

REFORMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL E IMPACTO DE GÉNERO: UN ESTUDIO CRÍTICO

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

EXTRACTO

Palabras Clave: Seguridad Social y Género

El presente trabajo constituye un análisis crítico desde la perspectiva de género de la reforma producida en el sistema de Seguridad Social español por medio de la ley 27/2011, de 1 de Agosto. Impacto que debe ser forzosamente tenido en cuenta en el proceso de elaboración normativa por aplicación del principio de transversalidad, vinculante tanto por aplicación de la normativa de la Unión Europea como por así estar establecido también en el ámbito interno español. Con este presupuesto se elabora un estudio que se asienta en tres pilares: los defectos de la nueva norma para establecer mecanismos capaces de compensar efectivamente el impacto de género motivado por la alteración de la duración de la carrera de cotización; la escasa respuesta efectiva de la misma frente a los problemas generados por la falta de declaración del trabajo desempeñado por las mujeres; y la escasa concienciación de que la propia norma de Seguridad Social, bien formulada, puede ser en sí misma, un instrumento para el fomento de la natalidad.

Se destaca así que el nuevo marco de pensiones no tiene en cuenta el efecto perverso que genera en el colectivo de mujeres un sistema de cálculo de la base reguladora que alarga hacia el pasado el parámetro de referencia para su determinación y que establece mecanismos de relleno de lagunas que penalizan las bases más lejanas en el tiempo. Tampoco acierta la reforma en lo que guarda relación con el afloramiento del trabajo sumergido prestado para el negocio familiar, que generalmente suele llevarse a cabo por mujeres. Ni siquiera la incorporación al régimen general del régimen especial de trabajadoras/as al servicio del hogar familiar se ha realizado de modo que no promueva que este tipo de trabajos se sumerja definitivamente, como en general ocurre con el trabajo a tiempo parcial.

Y es que es necesaria una perspectiva de la conciliación/corresponsabilidad susceptible de alterar roles y conciencias, lo que requiere una mayor amplitud de miras.

ABSTRACT

Key Words: Social Security, Gender

The present work makes a critic analysis from the gender perspective of the Spanish Social Security System reform done through the Law 27/2011, of August 1st. Such impact must be considered in the process of normative-elaboration to apply the transversality principle, bound to the application of EU-law and to the internal Spanish law. With this assumption it's elaborated a study that is based in three pillars: the new norm faults to establish mechanisms capable of compensate effectively the gender impact and the different contributions periods in gender (i.e. women leave work for maternity) or the lack of an effective answer to those problems derived from the non declaration of women work. And also, the lack of consciousness that if it's properly formulated, the Social Security norm could be in itself a good engine to increase birth rates.

We highlight that the new pension framework truly does not take into account the bad effect that has on women. The current system to calculate the regulatory base includes extending those periods and establishes a fake mechanism to fulfil some holes in the compensations paid in the past.

Also, does not consider the submerged work in family business, which generally speaking is run by women. And as regards house services, does not touches the incorporation of this type of services to the general workers' regime, so instead of improving it, it promotes that this type of work end us up as submerged work as generally occurs with temp-jobs. And there is a need to have a conciliation/corresponsability attitude to change this view point.

*Perque sou condemnat ara,
Comte l'Arnau?
Perque sou condemnat ara,
Valga 'm Deu, val!
Per soldadas mal pagadas,
Muller lleyal,
Per soldadas mal pagadas,
Viudeta igual.*

Romance del Conde Arnau
Mila y Fontanals, Romancero catalán
Barcelona, 1882

ÍNDICE

1. IMPACTO DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA CENTRALIDAD DE LA ESTRATEGIA DE LA TRANSVERSALIDAD
2. EL IMPACTO DE GÉNERO MOTIVADO POR LA ALTERACIÓN DE LA DURACIÓN DE LA CARRERA DE COTIZACIÓN Y SUS LIMITADOS MECANISMOS DE COMPENSACIÓN
 - 2.1. El impacto de género provocado por los cambios operados en la determinación de la base reguladora
 - 2.2. El deficiente marco de los mecanismos de compensación del impacto de género motivado por el alargamiento de las carreras de cotización
 - 2.3. Mecanismos de compensación del impacto de género establecidos en la ley 27/2011
3. EL RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO FEMENINO NO DECLARADO COMO MECANISMO PARA LA DISMINUCIÓN DEL IMPACTO DE GÉNERO
 - 3.1. Consideración del trabajo femenino en los negocios familiares
 - 3.2. La falta de consideración del trabajo doméstico
 - 3.3. La alternativa de una correcta regulación del trabajo a tiempo parcial como mecanismo para que aflore el trabajo sumergido
4. LA NORMA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO DE LA NATALIDAD

1. IMPACTO DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA CENTRALIDAD DE LA ESTRATEGIA DE LA TRANSVERSALIDAD

El concepto de impacto de género que da título al presente trabajo reconduce al término transversalidad de género, una estrategia de actuación que fue por primera vez enunciada en la Conferencia Nacional de Naciones Unidas sobre las mujeres de Pekín, en 1995 y que desde entonces ha sido adoptada

tanto en la Unión Europea¹ como en España. El impacto de género no constituye, pues, una perspectiva de análisis jurídico de naturaleza estrictamente teórica sino, más adecuadamente, la única perspectiva coherente con el marco de principios antidiscriminatorios por razón de género establecidos tanto en la normativa de la Unión Europea como en la normativa española. Pese a la rotundidad de su formulación, sin embargo, la transversalidad de género se ha desarrollado más en el ámbito subliminal que en la esfera de las acciones reales y efectivas. De hecho los ámbitos principales en los que la idea de la transversalidad se ha manifestado con mayor intensidad han sido aquellos referidos a normas o actuaciones públicas en los que la conexión con el género resultaba clara de antemano. Es difícil encontrar, al respecto, tareas más imaginativas de identificación de repercusiones de género en espacios nuevos. Cierta renovado interés en la Unión Europea por reforzar las repercusiones de género existentes en las actividades de cuidado se sitúa en esta perspectiva de transversalidad fundamentalmente producida en espacios clásicos. De un lado la Directiva 2010/18, de 8 de marzo de 2010, de permisos parentales, independientemente de que su formulación final no haya sido excesivamente comprometida², ha incorporado rotundamente la cuestión del género en la temática de la conciliación³. De otro lado se advierte cierto compromiso jurisprudencial del Tribunal de la Unión Europea por identificar las repercusiones que la normativa sobre cuidado familiar puede llegar a tener en el ámbito de la prohibición de conductas discriminatorias: Se constata, por ejemplo, en el asunto *Roca Álvarez*⁴, en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró discriminatoria contra el colectivo de mujeres una norma estatal (el permiso de lactancia español)

¹ En la Comunicación de la Comisión Europea de 1996 sobre *La incorporación de la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en todas las políticas y actividades de la Unión Europea* se lanzó la estrategia de transversalidad como una forma de actuación comunitaria definiéndola como *la integración sistemática de las situaciones, prioridades y necesidades de mujeres y hombres, respectivamente, en todas las políticas y actividades, con vistas a promover la igualdad entre ambos sexos, y a movilizar todas las políticas y las medidas generales con el propósito específico de alcanzar la igualdad, teniendo en cuenta, de manera activa y abierta, durante la fase de planificación, sus efectos sobre las situaciones respectivas de mujeres y hombres en la ejecución, el control y la evaluación* Acerca del significado y alcance del concepto de transversalidad de género en la Unión Europea, Pérez del Río, “Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario”, *RL*, 13, 2005.

² En esto no ha supuesto una alteración relevante respecto a la regulación establecida en la Directiva precedente de permisos parentales, la Directiva 96/34, acerca de la cual elaboró un estudio crítico Cabeza Pereiro, “La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”, *Revista de Derecho Social*, 31, 2005, pág. 25 ss.

³ Esta conexión no se advierte en el articulado de la Directiva, pero sí en los Considerandos, en los que reiteradamente se menciona. Por ejemplo, el Considerando 8 comienza de la siguiente manera: *Considerando que la política familiar debe contribuir al logro de la igualdad entre los sexos ...*

⁴ STJUE de 30 de Septiembre de 2010, C- 104/09.

que se configuraba con titularidad prioritariamente femenina puesto que esta formulación causaba el efecto de perpetuar roles femeninos de cuidado. Estos dos ejemplos sirven claramente para evidenciar que en el ámbito de la Unión Europea existe actualmente una tendencia a conectar conciliación con género que en periodos anteriores no había resultado tan clara⁵. Es una conexión que manifiesta la vertiente más meridiana de la estrategia de la transversalidad, aunque en puridad de términos sea una manifestación bastante elemental de la misma.

Pero en el contexto comunitario el espíritu de la transversalidad de género no ha rebasado el espacio delimitado por el contrato de trabajo dejando fuera las cuestiones de Seguridad Social. Así, en la Directiva 2006/54, de 5 de Julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), se refiere expresamente la transversalidad al ámbito aplicativo de la Directiva⁶, que incluye relaciones individuales en toda su extensión, relaciones colectivas, regímenes profesionales de Seguridad Social y formación profesional pero que expresamente deja fuera las relaciones públicas de Seguridad Social. Es una marginalización de la protección social en relación con la aplicación del principio antidiscriminatorio en la normativa comunitaria que se enmarca dentro de una tendencia de larga tradición⁷. Ni siquiera queda alterada por lo establecido en el art. 8 del TFUE⁸ que, aún sin utilizar expresamente el término, recoge la idea de la transversalidad de género. Y ello fundamentalmente porque en el ámbito competencial propio de la Unión Europea la Seguridad Social tiene un campo de actuación muy reducido.

⁵ Tuve ocasión de analizar esta tendencia en Ballester Pastor, "Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad", *RDS*, 51, 2010, pág. 31-66.

⁶ Artículo 29 de la Directiva 2006/54: *Transversalidad de la perspectiva de género. Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva.* La Directiva 2006/54 no se aplica al ámbito de la seguridad social.

⁷ Así se desprende del análisis de la Directiva 79/7 sobre aplicación del principio antidiscriminatorio por razón de género al ámbito de la seguridad social. Un comentario acerca de este alcance limitado, entre otros, por Tejerina Alonso, "La Directiva 79/7/CEE de 19 de Diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Su incidencia en la legislación española", *Noticias de la Unión Europea*, 36, 1988, pág. 75 ss; y Guerrero Padron, "Justificación de la discriminación indirecta por razón de sexo en la seguridad social. Doctrina del TJCE", en *VVAA LA igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* celebrado en Lleida en Mayo 2004, Ed. MT y AASS, 2005, pág. 517 ss.

⁸ El art. 8 TFUE establece lo siguiente: *En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.*

En España no existen estos problemas de atribución competencial y, consiguientemente con ello, el concepto de transversalidad se enuncia en la LOIE 3/2007, de 22 de Marzo, con un carácter totalmente general del que no es posible detraer el ámbito de la Seguridad Social⁹. Debe reseñarse, sin embargo, que desprovistas del motor que han supuesto en la evolución de la política antidiscriminatoria por razón de género las referencias de la normativa comunitaria, las normas de Seguridad Social española se han enfrentado a la cuestión antidiscriminatoria en general y a la estrategia de transversalidad en particular de un modo un tanto tibio incluso teniendo en cuenta algunos preceptos básicamente correctores introducidos por la LOIE. Esta apatía se ha extendido también al ámbito de la jurisprudencia ordinaria, que ha exhibido una actitud bastante reticente a identificar eventuales repercusiones de género en las normas de Seguridad Social, incluso en sus aspectos más aparentes. Piénsese, por ejemplo, en la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la determinación de la base reguladora aplicable a la prestación de desempleo en caso de reducción de jornada por guarda legal. Pese a que este tipo de reducción de jornada tiene una repercusión mayoritaria indudable en el colectivo de mujeres, el Tribunal Supremo no aplicó en su momento la interpretación más consecuente con el concepto de discriminación indirecta, lo que hubiera justificado la teoría del paréntesis que jurisprudencialmente se había aplicado con anterioridad a otros supuestos¹⁰. Al contrario, consideró el TS¹¹ que el parámetro relevante para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo debía forzosamente ser la inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, lo que inevitablemente reconducía a la base minorada por la reducción de jornada. De este modo el TS se mostraba insensible a la estrategia de la transversalidad de género, no solo por negarse a aceptar la posible existencia de discriminación indirecta en el ámbito de la Seguridad Social¹², sino también por negarse a tener en cuenta las repercusiones de género de una determinada interpretación de un

⁹ La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece, en su artículo 15, el principio de transversalidad de género del siguiente modo: *El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.*

¹⁰ Por ejemplo en el caso de la antigua prestación de invalidez provisional previa a la situación legal de desempleo. Por todas, STCT de 7 de Marzo de 1989.

¹¹ Por todas, SSTS de 23 de Noviembre de 2004, Rec. 166/2004; y de 4 de Noviembre de 2004, Rec. 3108/2003.

¹² Tal y como se defendía en el voto particular de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de Junio de 2005, Rec. 1655/2005.

texto normativo¹³. La solución jurisprudencial dada resultaba particularmente expresiva de dicha actitud reticente a la consideración del impacto de género teniendo en cuenta que, con anterioridad, el mismo Tribunal Supremo había establecido que la base salarial para el cálculo de la indemnización en caso de despido debía calcularse en atención al salario completo del trabajador/a previo a la reducción de jornada¹⁴. Para corregir esta interpretación la LOIE¹⁵ tuvo que establecer expresamente que, en la prestación de desempleo, la base aplicable era la correspondiente a la jornada anterior a la reducción de jornada. Lamentablemente, sin embargo, la aportación de la LOIE en este ámbito no fue más que una corrección puntual a una situación concreta: para el resto de prestaciones de Seguridad Social diferentes del desempleo no se producía automáticamente la retroacción al momento de la prestación laboral a tiempo completo, sino meros ajustes mediante cotizaciones ficticias de carácter temporal. Ni siquiera con la LOIE se ha producido, pues, la generalizada aplicación de la teoría del paréntesis para el cálculo de la base reguladora en cualquier prestación cuando la situación de partida es una reducción de jornada por guarda legal. El impacto de género como perspectiva de actuación del poder judicial en el ámbito de la Seguridad Social quedó, a partir de esta doctrina, definitivamente desterrado.

Curiosamente, pese a la escasa entidad de la competencia de la Unión Europea en el ámbito de la Seguridad Social en relación con el género, de alguna sentencia del Tribunal de la Unión Europea es posible advertir implícitamente que la jurisprudencia comunitaria favorece la interpretación favorable a la consideración de la base más alta correspondiente al trabajo a tiempo completo. Y ello a pesar de que, de una primera lectura, pudiera interpretarse lo contrario. En efecto, en el asunto *Gómez Limón*¹⁶, el TJCE¹⁷ consideró que no era con-

¹³ Por esta razón se planteó cuestión de inconstitucionalidad del art. de referencia 8el art. 2.11.1 LGSS) por parte del TSJ de Cataluña. Sobre los eventuales problemas de constitucionalidad de la doctrina del TS en torno a la base reguladora de desempleo en jornadas reducidas por guarda legal, Gala Duran, “De nuevo sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo en los casos de reducción de jornada por cuidado de familiares. ¿Es inconstitucional el art. 211.1.LGSS? Comentario al Auto del TSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2005”, *Iuslabor*, 4, 2005.

¹⁴ Por todas, STS de 11 de Diciembre de 2001, Rec. 1817/2001.

¹⁵ Art. 211.5 LGSS conforme a redacción dada por la LOIE: *En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.*

¹⁶ STJCE de 16 de Julio de 2009, C-537/07.

¹⁷ Las referencias al Tribunal de Justicia en sede comunitaria se realizarán por medio de la mención “TJCE” cuando se trate de sentencias anteriores al año 2010, y de la mención “TJUE” cuando se trate de sentencias posteriores a ese año. La denominación diferenciada obedece al cambio terminológico que entró en vigor ese año.

trario a la Directiva 79/7, de 19 de Diciembre de 1978 (antidiscriminatoria por género en el ámbito de la Seguridad Social) que la prestación de Seguridad Social de la trabajadora en reducción de jornada por cuidado de hijos se calculara exclusivamente conforme al salario minorado por reducción de jornada. De esta manera parecía coincidir con la doctrina del Tribunal Supremo español que había negado la aplicación de las bases por jornada completa. Pero la conclusión fue diferente en el asunto *Meerts*¹⁸, con relación al salario relevante para el cálculo de la indemnización por despido. En este asunto el TJUE consideró que dicha indemnización debía calcularse en atención al salario correspondiente a la jornada completa y no conforme a la reducida por cuidado. Pese a lo que pudiera parecer esta diferencia en el resultado de los pronunciamientos no constituye una contradicción porque en el asunto *Gómez Limón* la cuestión giraba en torno a una prestación de Seguridad Social cuya configuración y alcance es competencia exclusiva interna mientras que en el asunto *Meerts* la cuestión era exclusivamente retributiva. Así pues, cuando el TJUE tiene competencia para actuar porque la cuestión se mueve estrictamente en el ámbito de la responsabilidad indemnizatoria empresarial en relación al salario percibido, establece claramente que el ejercicio del derecho al disfrute de los permisos parentales no puede impedir el acceso a otros derechos, particularmente el derecho a la indemnización que hubiera correspondido por extinción si el trabajador no se hubiera encontrado en situación de permiso parental. No es difícil advertir, pues, que el espíritu de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Comunitario es reforzar el impacto de género en general, aunque el contenido de sus fallos deba detenerse forzosamente cuando entran en escena temas que exceden de su competencia.

Este es el contexto en el que han surgido las reformas y propuestas de reforma de Seguridad Social de los últimos meses en España. Resulta de particular interés destacar que, aunque en algunos aspectos y finalidades de estas normas la relación con el género resulta más que evidente (por ejemplo, la inversión de la pirámide poblacional en relación con la conciliación, y ésta, a su vez, en relación con el género), y aunque ciertamente existen varias referencias a la cuestión del género en los documentos y normas de reforma, no puede decirse que hasta la fecha se haya producido una adecuada correlación entre las innovaciones operadas o pretendidas y su impacto de género. Se advierte, de hecho, cierta complacencia en el tratamiento de los temas de género, que aparecen sin el suficiente rigor, a veces como fórmulas de estilo, a veces como peajes inevitables e incomprensibles.

Debe destacarse, asimismo, que la cuestión del impacto de género, cuando ha aparecido en las reformas más recientes de la normativa española, lo ha

¹⁸ STJCE de 22 de Octubre de 2009, C-116/08.

hecho con una dimensión muy limitada a aspectos meramente declarativos. Por ejemplo, la ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo se ha limitado a ejemplificar situaciones constitutivas de discriminación por razón de género. Así ha sucedido cuando ha dado una nueva redacción al art. 22.4 ET para que establezca la necesidad de que las categorías profesionales se acomoden a criterios o sistemas tendentes a garantizar la ausencia de discriminación tanto directa como indirecta¹⁹, lo que ya había sido establecido desde antiguo por el Tribunal Constitucional²⁰. Lo mismo puede decirse de la redacción dada por la ley 35/2010 para el art. 23.2 ET, en el que se recuerda que los criterios para el ejercicio de los derechos de carácter formativo recogidos en convenio colectivo deben garantizar la ausencia de discriminación por razón de género, tanto directa como indirecta²¹; o de la redacción del art. 24.2 ET en el que la prohibición de discriminación por razón de género en su vertiente directa e indirecta se refiere a los ascensos y a la promoción profesional²². Igualmente irrelevante en cuanto a sus repercusiones efectivas es la nueva redacción establecida para el art. 17.1 ET, que se limita a clarificar por enésima vez la redacción de un precepto confuso desde su primera formulación. Algún interés mayor desde la perspectiva de la transversalidad tiene apenas la incorporación que se hace al párrafo cuarto del art. 82.3 ET por medio de la ley 35/2010 en la que se establece que las situaciones de descuelgue salarial *no podrán suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razón de género*. Constituye una regla aplicable al descuelgue salarial que persigue evitar que por esta vía de excepción a la eficacia vinculante del convenio se neutralicen preceptos correctores de las discriminaciones contenidos en los convenios colectivos supraempresariales. Resulta en todo caso bastante llamativo que todo el cúmulo de reformas llevadas a cabo por la ley 35/2010 no haya superado una perspectiva tan elemental y simplista del impacto de género. No ha abordado, por ejemplo, la cuestión del derecho a la adaptación de la jornada de trabajo desde una perspectiva que permita superar

¹⁹ Art. 22.4 ET conforme a redacción dada por la ley 35/2010: *La definición de las categorías y grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre hombres y mujeres.*

²⁰ Ya desde la STCo 145/1991, de 1 de Julio.

²¹ Art. 23.3 ET conforme a redacción dada por la ley 35/2010: *En la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores mujeres y hombres.*

²² Art. 24.2 ET conforme a redacción dada por la ley 35/2010: *Los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación.*

la escasa virtualidad otorgada al art. 34.8 ET²³. El derecho a la conciliación, así, sigue vinculado en nuestro ordenamiento al derecho a la ausencia, sin que se planteen seriamente ni la corresponsabilidad social ni la empresarial en las actividades de cuidado. Ni siquiera se ha operado todavía, hasta el momento en que se redactan estas líneas al menos, la reforma del permiso de lactancia en los términos señalados en la STJUE dictada en el asunto *Roca Álvarez (supra)*, lo que necesariamente obliga a un replanteamiento generalizado del modo en que el ordenamiento español ha abordado hasta ahora la cuestión de la corresponsabilidad. Advuértase, al respecto, que el tipo de condicionamientos establecidos en nuestro sistema de Seguridad Social actualmente para que la suspensión/prestación de maternidad transite parcial y limitadamente de la madre al padre no es precisamente respetuoso con el concepto de corresponsabilidad, y su corrección no se ha abordado seriamente en ninguna de las muchas reformas de la conciliación que se han operado en nuestro país. Sigue faltando asimismo un planteamiento consecuente frente a la fuerza mayor familiar, en los términos establecidos en la Directiva 2010/18, de 8 de marzo. Definitivamente, pues, la reforma operada por la ley 35/2010 ha asumido la estrategia de la transversalidad de género desde una perspectiva de muy escasa sensibilidad.

Algo parecido ha sucedido en la norma reformadora de la negociación colectiva aprobada por medio del RDL 7/2011, de 10 de Junio. Apenas es posible identificar en esta norma una llamada a cuestiones con repercusión en el género. Aparece en el nuevo art. 84.2 f ET cuando establece la preferencia aplicativa del convenio de empresa frente al sectorial en el nuevo supuesto de concurrencia que prevé para una serie de materias, entre las que se encuentran *las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal*. Resulta una referencia interesante por cuanto parece presumir la sensibilidad conciliadora en el ámbito empresarial y, consecuentemente, deriva a este ámbito aparentemente más adaptable a las circunstancias particulares de ambas partes, la determinación preferente de las medidas de conciliación. El problema surge porque el ámbito del acuerdo empresarial no es necesariamente sensible a las necesidades de conciliación de los trabajadores/as, sobre todo porque entre las materias enumeradas en el nuevo art. 84.2 ET para establecer la preferencia aplicativa del convenio de empresa aparecen el horario y la distribución del tiempo de trabajo. En este contexto, las cuestiones de conciliación no debieran constituirse en una de las temáticas de preferencia del ámbito empresarial, sino en un tema que debiera garantizarse en todo caso en beneficio de los trabajadores/as, con el objetivo de asegurar que los eventuales derechos de conciliación establecidos en sede sectorial no terminan desapare-

²³ Particularmente relevante al respecto ha sido la reciente STCo 26/2011, de 14 de marzo, en la que se refuerza el carácter de derecho fundamental de los derechos vinculados al cuidado y a la conciliación.

ciendo en sede empresarial. Este nuevo precepto no es solo ajeno a la estrategia de la transversalidad, sino potencialmente peligroso desde una perspectiva de género. Pero el resto del articulado del RDL 7/2011 evidencia similar filosofía: por ejemplo, en el nuevo art. 85.3. i) ET se establece como contenido obligatorio del convenio el porcentaje de la jornada que podrá distribuirse de manera irregular, estableciendo incluso para el caso de defecto de acuerdo un porcentaje del 5%. Por razones obvias este tipo de previsiones resulta particularmente peligroso para las personas con sujetos dependientes a cargo. La cuestión que inevitablemente surge es que si el legislador no ha sido capaz de identificar siquiera las repercusiones negativas desde una perspectiva de género que la conciliación plantea no es factible que sea capaz de identificar conexiones más remotas, aunque a ello le obligue teóricamente la estrategia de la transversalidad.

Las premisas del presente estudio se asientan, así pues, en un contexto hostil o, al menos, escasamente sensible a las obligaciones que conlleva la estrategia de la transversalidad. Resulta particularmente paradójico reclamar la aplicación de dicha estrategia, expresamente formulada en sede comunitaria e interna española, cuando, como se ha expuesto, los preceptos que se están aprobando en este momento son potencialmente peligrosos en sí mismos desde una perspectiva de género. No se puede olvidar, sin embargo, que la estrategia de la transversalidad está enunciada rotundamente en el art. 15 LOIE, y que desde instancias comunitarias se está produciendo un importante empuje hacia la identificación de las repercusiones de género, siquiera en sus aspectos más visibles relacionados con los derechos de conciliación. Por ello en las páginas que siguen se va a intentar una aproximación al tema que supere los formalismos y que identifique realmente el impacto de género de nuestro Sistema de Seguridad Social a partir del texto de las reformas recién realizadas. Se comprobará que los objetivos de la transversalidad de género no son contradictorios con los que pretende la reforma del Sistema de Seguridad Social, sino totalmente complementarios. Incluso una correcta normativización a la luz del impacto de género es susceptible de facilitar importantes objetivos de la propia reforma.

2. EL IMPACTO DE GÉNERO MOTIVADO POR LA ALTERACIÓN DE LA DURACIÓN DE LA CARRERA DE COTIZACIÓN Y DEL PARÁMETRO DE REFERENCIA PARA EL CÁLCULO DE LA BASE REGULADORA

2.1. El impacto de género provocado por los cambios operados en la determinación de la base reguladora

Existen una serie de alteraciones establecidas en la ley 27/2011 que, por implicar un mayor perjuicio para aquellos sujetos con vidas laborales más

accidentadas e irregulares, terminan por incrementar el impacto negativo por razón de género.

La primera, y más evidente, es la que se produce cuando se alarga el parámetro temporal de referencia para el cálculo de la base reguladora en jubilación. La Ley 27/2011 establece que, después de que transcurra el plazo transitorio correspondiente²⁴, dicho periodo de referencia abarcará un espacio temporal de 25 años²⁵. Resulta evidente que, cuanto más se retrotraiga en el tiempo el periodo relevante para el cálculo de la pensión más perjuicio terminarán causando en la cuantía final de la misma, los periodos de inactividad. Si se tiene en cuenta que las carreras femeninas presentan niveles de inactividad y de rotación más elevados en los periodos fértiles, en parte por la existencia efectiva de hijos/as y también en parte por la discriminación generada contra las propias mujeres que se encuentran en momentos biológicos en que la maternidad es potencialmente posible, el impacto de género de la nueva previsión es más que evidente.

La segunda se da como consecuencia del nuevo sistema de cobertura de lagunas para las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación instaurado en la Ley 27/2011 que, como se sabe, en comparación con el sistema aplicable hasta la actualidad, supone una alteración de doble significado²⁶: de un lado, en la referida Ley 27/2011 se otorga mayor valor a las lagunas de cotización acaecidas en el periodo de tiempo inmediatamente anterior al periodo que ha de tenerse en cuenta para el cálculo de la base reguladora (puesto que las lagunas en tal caso se rellenan con las mensualidades más cercanas al hecho causante); de otro lado, las lagunas más remotas se rellenan con la mitad de la base

²⁴ Dando nueva redacción a la DT quinta LGSS.

²⁵ Previa alteración del art. 162.1 LGSS cuya redacción, es como sigue: La base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será el cociente que resulte de dividir por 350 las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

²⁶ Establece la Ley 27/2011 como redacción del art. 162.1.1.2 LGSS la siguiente: *Si en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran periodos durante los cuales no hubiese existido la obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán de acuerdo con las siguientes reglas: 1º: Si durante los 36 meses previos al periodo que ha de tomarse para el cálculo de la base reguladora existieran mensualidades con cotizaciones, cada una de las correspondientes bases de cotización dará derecho, en su cuantía actualizada, a la integración de una mensualidad con laguna de cotización y hasta un máximo de 24, a partir de la mensualidad más cercana al hecho causante de la pensión en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente. En ningún caso, la integración podrá ser inferior al 100% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración. 2º Las 24 mensualidades con lagunas más próximas al periodo al que se refiere la regla anterior, se integrarán con el 100% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración; 3º El resto de mensualidades con lagunas de cotización, se integrarán con el 50% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración.*

mínima, lo que implica una diferencia notable con relación al sistema actualmente vigente, que rellena las lagunas con la cuantía establecida para las bases mínimas. Si se tiene en cuenta, como se acaba de exponer, que el parámetro de referencia para la determinación de la base reguladora se amplía, y que las mujeres tienen defectos de cotización predominantemente en los periodos de tiempo coincidentes con etapas fértiles, debe concluirse que una penalización en el mecanismo de relleno de las bases distantes en el tiempo relevantes a efectos de determinación de la base reguladora es susceptible de tener efectos perjudiciales en la pensión resultante aplicable al colectivo de mujeres.

2.2. El deficiente marco de los mecanismos de compensación del impacto de género motivado por el alargamiento de las carreras de cotización

En el Acuerdo Social y Económico (ASE) para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, firmado el 2 de Febrero de 2011 expresamente se reconocía el impacto desigual entre hombres y mujeres del alargamiento de la carrera de cotización²⁷. Resulta innecesario en este momento incidir en la evidente repercusión de género que tiene la exigencia de periodos más largos de cotización: son las mujeres las que, estadísticamente, tienen carreras profesionales más accidentadas e irregulares por lo que un endurecimiento de los requisitos de cotización que exige una permanencia más estable y duradera en el mercado de trabajo sin duda repercute más negativamente en el colectivo de mujeres que en el de hombres. Por ello tiene un efecto claramente negativo para el colectivo de mujeres la eliminación de los días cuota para la determinación de concurrencia del periodo mínimo de carencia para acceder a la pensión de jubilación que establece la nueva Ley²⁸: si las mujeres son, en relación con los hombres, un colectivo con mayores problemas para llegar al periodo mínimo de cotización dada su mayor inestabilidad laboral resulta evidente que la eliminación del mecanismo dirigido a favorecer dicho acceso por medio de la consideración como periodo de cotización de un tiempo adicional en atención a las pagas extraordinarias recibidas (días cuota) implica una mayor dificultad de acceso para el colectivo femenino.

El Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 25 de Enero de 2011 señala la im-

²⁷ Así se establece expresamente en el subapartado titulado *Mujeres* contenido en la parte primera (pensiones) del ASE en el que literalmente se establece lo siguiente: *Es evidente que distinguir entre carreras largas y comunes y cortas a efectos de determinar la edad legal de jubilación tendrá un impacto desigual entre hombres y mujeres.*

²⁸ El texto del art. 161.1.b primer párrafo *in fine* LGSS en la redacción dada por la Ley 27/2011 establece, con relación a la carencia para el acceso a la prestación de jubilación lo siguiente: *A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.*

portancia de seguir avanzando en políticas de igualdad a efectos de promover la equiparación de salarios, lo que se presenta en el Informe como uno de los elementos más relevantes para suavizar el impacto de género²⁹. El Informe Parlamentario simplifica notablemente la cuestión al reconducir todas las vertientes de la discriminación laboral femenina al ámbito retributivo, pero en todo caso reconoce que la discriminación laboral de base sitúa a las mujeres en una situación particularmente vulnerable en el marco de la protección social. Sin embargo, a partir de esa referencia general, el objetivo del Informe se traslada a otros ámbitos, y el impacto de género se conecta con la conciliación, con la promoción del acceso a pensión de los miembros de la unidad familiar que no desarrollan trabajo retribuido y con el modo de otorgar relevancia, en la dimensión de la protección social, al trabajo generalmente no declarado de las mujeres en los negocios familiares.

Finalmente, en el ASE, las medidas sugeridas para corregir este impacto estuvieron relacionadas exclusivamente con las actividades de conciliación por cuidado de hijos. Fueron de dos tipos: a) adelantamiento de la edad de jubilación ordinaria antes de los 67 años a las mujeres, consistente en nueve meses por cada hijo, con un máximo de dos años, siempre que con ese periodo dispusieran de la carrera de cotización suficiente para la jubilación plena entre los 65 y los 67 años; b) ampliación a tres años del periodo de cotización ficticia por excedencia para cuidado de hijos. Ambos mecanismos implican, con diferente alcance como más abajo se expone, que el ASE optó por una corrección del impacto de género fundamentalmente asentado en el mecanismo de las cotizaciones ficticias³⁰.

Cuando esta previsión del ASE se trasladó al Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y, más adelante, a la actual ley 27/2011, se produjo una alteración en la denominación del bloque de medidas, que dejó de llamarse *Mujeres*³¹ para pasar a denominarse *Beneficios por cuidado de hijos*. Así es como queda enunciado en el art. 9 de la ley 27/2011. Esta alteración resulta un cambio fundamental puesto que una conexión exclusiva entre mujeres y conciliación provoca el efecto de justificar el mantenimiento de los roles tradicionales. Pero salvo este ajuste nada nuevo

²⁹ Un comentario del alcance del Informe Parlamentario en general y, en particular, con relación al impacto de género, por Panizo Robles, “Dos décadas de reformas de la Seguridad Social: del Pacto de Toledo de 1995 al Acuerdo Social y Económico de 2011”, *Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 336, 2011, pág. 91 ss.

³⁰ Estas cotizaciones ficticias se añaden a las otras que ya existen en el Sistema de Seguridad Social español. Las analicé en Ballester Pastor, *El cómputo recíproco de cotizaciones en el Sistema español de Seguridad Social*, Madrid, 2007, pág. 157 ss.

³¹ Parte de la doctrina reinterpretó la feminizada referencia al beneficio de conciliación previsto en el ASE para referirlo también a los hombres. Por ejemplo, Panizo Robles, “Dos décadas de reformas de la Seguridad Social...”, op. cit., pág. 77.

es posible identificar en la nueva ley respecto a lo establecido en el ASE con relación a las repercusiones de género de la alteración en el periodo de cotización para el acceso a la pensión de jubilación. Se advierte inmediatamente que, tanto en uno como en otro texto, la corrección se limita a intentar compensar los perjuicios en el acceso a la pensión de jubilación provocados en el colectivo de sujetos con responsabilidades familiares. Destaca inmediatamente, pues, que no es una medida de compensación para el colectivo femenino, sino para el colectivo de sujetos con responsabilidades familiares. Esta precisión resulta interesante porque refuerza el objetivo de la corresponsabilidad. Pero el mecanismo de compensación es cicatero y escasamente sensible a los problemas reales que genera en el colectivo de mujeres una medida de alargamiento de las carreras de cotización como la proyectada. Y ello fundamentalmente porque, aunque sin duda una de las circunstancias que ralentiza el desarrollo normal de las carreras profesionales de las mujeres es la asunción de responsabilidades familiares, no puede olvidarse que hay otros factores concurrentes que colaboran, con similar intensidad, a la irregularidad de la vida laboral femenina a efectos de pensiones. Son factores como la simple y llana discriminación laboral, que hace a las mujeres más vulnerables a la continua rotación³²; o el mayor tiempo que éstas invierten en formación a efectos de compensar una desigual consideración social, sobre todo para el acceso a puestos en los que se encuentran infrarrepresentadas.

Ni en el ASE ni en la ley 27/2011 se ha planteado siquiera la posibilidad de medidas correctoras más consecuentes con una situación de discriminación efectiva femenina en el mercado de trabajo. Así, en España ni se ha planteado el establecimiento de diferentes edades de jubilación en atención al género pese a que es una medida ampliamente aplicada en países de nuestro entorno, incluso con menores diferencias de carácter laboral entre géneros³³, ni se han sugerido medidas correctoras de reparto entre miembros de la unidad familiar a efectos de que la cotización del sujeto con cotización efectiva mayoritaria pueda transferir parte de las mismas al sujeto con cotización minoritaria por dedicación familiar, al estilo de las que existen en países como Suecia³⁴. Se ha optado por el más simple de los planteamientos, sin atender a la situación real del mercado de trabajo español en relación con el género.

³² Al respecto, por todos, Gálvez, “La nueva reforma. Las pensiones y las mujeres”, <http://www.noalmaltrato.com/2011/01/la-nueva-reforma-las-pensiones-y-las-mujeres/>

³³ Un estudio de carácter estadístico acerca de las edades oficiales y reales de acceso a la jubilación en los países que componen la Unión Europea por Romans, “The transition of women and men from work to retirement”, *Statistics in focus. Population and social conditions*, 97, 2007.

³⁴ Refería esta particularidad del sistema de pensiones en Suecia en Ballester Pastor, “La reforma del sistema de pensiones en Suecia o los nuevos límites del Estado del bienestar”, *RMTySS*, 20, 1995, pág. 87.

2.2. Mecanismos de compensación del impacto de género establecidos en la ley 27/2011

(i) La Ley 27/2011 introduce una nueva DA 60 LGSS, con la siguiente redacción:

DA 60 LGSS: 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional cuadragésima cuarta, en cualquier régimen de Seguridad Social y a todos los efectos salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, se computará como período cotizado aquel de interrupción de la cotización, derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. La duración de este cómputo como período cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido. Dicho período se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre.

Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, a los exclusivos efectos de determinar la edad de acceso a la jubilación prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 161, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, la duración del cómputo como período cotizado será de un máximo de 270 días cotizados por cada hijo o menor adoptado o acogido.

2. En función de las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social, podrán adoptarse las disposiciones necesarias para que el cómputo, como cotización efectiva, del período de cuidado por hijo o menor, en los términos contenidos en el párrafo primero del apartado anterior, se anticipe antes del 2018, en los supuestos de familias numerosas.

3. En cualquier caso, la aplicación de los beneficios establecidos en la presente disposición no podrá dar lugar a que el período de cuidado de hijo o menor, considerado como período cotizado, supere cinco años por beneficiario. Esta limitación se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el artículo 180.1 de esta Ley.

Esta modalidad de cotización ficticia se caracteriza por tener un alcance general, que se refiere a cualquier aspecto relacionado con el cómputo del período cotizado salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización, salvedad ésta de notable importancia porque la falta de carencia mínima es la más susceptible de afectar al colectivo de mujeres y la que plantea situaciones más sangrantes de desprotección. En todo caso la ley 27/2011 contempla un espectro de cotización ficticia de mayor amplitud que el que se recogía en el primer proyecto de la ley de reforma (de 1 de Abril de 2011), que solo aplicaba dicha cotización ficticia a efectos de determinación de la edad de jubilación.

Con esta redacción la DA 60 LGSS lleva a cabo un interesante tratamiento paralelo a la cotización ficticia contemplada en la DA 44 LGSS, cuyos beneficios son acumulativos. De hecho éste es el único sentido que cabe dar a la DA 60 que precisamente comienza señalando su aplicación *sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Adicional cuadragésima cuarta*. Recuérdese que la DA 44 LGSS, introducida por la LOIE, establece una cotización ficticia en beneficio de las mujeres que hubieran dado a luz de 112 días completos por cada parto³⁵. La cotización ficticia de la DA 44 LGSS se aplica a las mujeres trabajadoras en el momento del acceso a las prestaciones de jubilación o incapacidad permanente, con relación al tiempo de parto en el que no eran trabajadoras. La DA 60 tiene un ámbito aplicativo más extenso: se refiere a las personas (hombres o mujeres) que hubieran tenido un hijo por nacimiento o adopción en un momento en que se había producido una interrupción de sus carreras de cotización (entre los nueve meses anteriores al nacimiento o tres meses anteriores a la adopción y la finalización del sexto año posterior a dicha situación).

La principal similitud entre la cotización ficticia de la DA 44 y la de la DA 60 aparece en lo concerniente a su duración: 112 días por hijo. Esta equiparación en la duración se produce, sin embargo, tan solo hasta el año 2013 porque a partir de ese año se irá incrementando la duración de la cotización ficticia hasta llegar a 270 días por hijo. Hay dos diferencias, sin embargo, entre la nueva DA 60 LGSS y la DA 44 LGSS: esta última cotización ficticia se aplica tan solo a las mujeres que hubieran tenido algún parto si durante el tiempo previsto para la suspensión/prestación por maternidad no existía cotización en su beneficio. No se aplica, pues, la DA 44 LGSS ni a los hombres ni a las progenitoras en adopción. La cotización ficticia contemplada en la DA 60 tiene, sin embargo, una dimensión subjetiva mayor, porque abarca a todos los sujetos con actividades de cuidado y no tan solo a las madres biológicas. La segunda diferencia es que la DA 60 LGSS se aplica exclusivamente en los supuestos de interrupción de la cotización, por extinción de la relación laboral o del cobro de prestaciones de desempleo, en los concretos momentos temporales referidos, mientras que la DA 44 LGSS implica una cotización ficticia que se aplica en el momento del acceso a pensiones, siempre que en los momentos de referencia para la aplicación de la misma no existiera ninguna relación laboral.

³⁵ DA 44 LGSS. *Periodos de cotización asimilados por parto. A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la seguridad social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.*

En todo caso, y pese a esta relativa amplitud subjetiva, el de la DA 60 LGSS es un mecanismo de eficacia bastante limitada. Por ejemplo, no tiene ninguna repercusión en la determinación de la base reguladora, ni siquiera en lo relacionado con la cobertura de lagunas, que sigue el procedimiento generalmente establecido cuyo impacto negativo de género ya ha sido tratado en otra parte del presente trabajo.

La acumulación del beneficio de la cotización ficticia establecido en la DA 60 LGSS al previo de la DA 44 LGSS supone, por medio de una formulación que definitivamente podía haber sido menos compleja, una ampliación, con ciertas limitaciones y condiciones, de la cotización ficticia prevista inicialmente exclusivamente para las mujeres por nacimiento de hijo. Ello implica que, por nacimiento de hijo, una madre tendrá derecho a la cotización ficticia prevista en la DA 44 LGSS y, adicionalmente, si se cumplen los requisitos establecidos, a la cotización ficticia prevista en la DA 60 LGSS (haciendo un total por hijo de 224 días). Si no se cumplen los requisitos previstos en la DA 44 LGSS, pero sí los de la DA 60 LGSS (por ejemplo, en caso de adopción) la cotización ficticia será de 112 días; y si no se cumplen los requisitos de la DA 60 LGSS, pero sí los de la DA 44 LGSS (por ejemplo si la trabajadora no tuvo su cotización interrumpida en los espacios temporales establecidos en la DA 60 LGSS) la cotización ficticia será de 112 días. La formulación es ciertamente compleja e incomprensiblemente desigual en sus efectos, porque no se advierte a comprender porqué merece una duplicación de la cotización ficticia un solo supuesto frente al resto.

Por lo demás, el mecanismo de cotización ficticia previsto en la DA 60 se aplica exclusivamente bajo muy particulares criterios temporales (*supra*). Pero además el tiempo ficticio atribuido por hijo no puede ser superior al tiempo efectivo de interrupción y solo puede reconocerse a uno de los progenitores que, en defecto de acuerdo, sería la madre. Por lo demás, se establece un periodo máximo de duración del beneficio previsto en la DA 60 LGSS de cinco años por beneficiario (independientemente del número de hijos), que se aplicará *de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el art. 180.1 de esta ley*. Cabe entender que el legislador ha querido establecer una limitación máxima por beneficiario para las cotizaciones ficticias derivadas de la DA 60 y del art. 180 LGSS consideradas en su conjunto. Llama la atención, sin embargo, que en esta consideración conjunta a efectos de límites máximos no haya incluido la cotización ficticia prevista en la DA 44 LGSS, cuya formulación es más parecida a la DA 60 LGSS que al art. 180 LGSS. Las dificultades aplicativas de aplicar el límite de cinco años exclusivamente a la DA 60 LGSS y al art. 180.1 LGS resultan, por lo demás, evidentes.

La difícil redacción del precepto y sus incomprensibles condiciones y diferencias son tan solo algunas de las críticas que merece. Sin duda el beneficio

podía haber sido más generoso y más imaginativo, por ejemplo admitiendo la posibilidad de que las interrupciones de un progenitor pudieran computarse en beneficio del otro para que éste accediera al máximo por hijo, pero el legislador ha preferido mantenerse en el espacio discreto, desconfiado y escasamente operativo que ha caracterizado tradicionalmente su intervención en estos temas.

(ii) La Ley 27/2011 establece también como mecanismo compensatorio del perjuicio de género ocasionado por el alargamiento de las carreras profesionales una ampliación de la cotización ficticia prevista para la excedencia por cuidado de hijos. Ello ha supuesto la reforma del art. 180.1 LGSS cuya redacción quedaría, de aprobarse el PLP, como sigue: *Los tres años de periodo de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la seguridad social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.* La reforma eleva el tiempo de cotización ficticia en caso de excedencia por cuidado de hijos de los dos años actuales a tres. Resulta una ampliación paradójica desde el punto de vista de la corresponsabilidad y de la transversalidad. Efectivamente, la adición de beneficios a las situaciones de ausencia de larga duración por razones de cuidado familiar debe ser objeto de particular atención porque debe evitarse el efecto promotor del abandono extenso en el tiempo de las carreras profesionales. Debe diferenciarse, pues, entre aquellas situaciones de cuidado de las que los sujetos pueden difícilmente escapar, y que deben ser susceptibles de todas las medidas posibles de compensación, y aquellas otras que implican una opción personal o familiar. La excedencia por cuidado de hijos entra dentro de este segundo grupo, por lo que debiera evitarse cualquier mecanismo que favoreciera su extensión en el tiempo, al menos si está exenta de instrumentos de reparto, como en el presente caso. Los servicios comunitarios de cuidado debieran servir para atender las necesidades correspondientes a los hijos/as menores de tres años. Sin embargo, en demasiadas ocasiones el cuidado requerido por sujetos familiares dependientes no tiene establecidos mecanismos de atención social válidos o suficientes, lo que implica que, con frecuencia, dicho cuidado recaiga de hecho en el colectivo femenino, lo que supone un forzoso alejamiento del mismo del mercado de trabajo que carece de alternativa. Sin embargo, paradójicamente, la excedencia motivada por cuidado de familiar mantiene la antigua cotización ficticia por el tiempo máximo de un año, sin que la nueva ley le haya configurado ninguna extensión similar a la existente para la excedencia por cuidado de hijos. Resulta evidente que la reforma no es demasiado consecuente con los

objetivos perseguidos por el principio de corresponsabilidad y no termina de advertir los efectos perversos que puede llegar a tener una política inadecuada de conciliación de responsabilidades incluso en el ámbito del control del gasto puesto que implica un coste que podía haberse dedicado a otros ámbitos. Definitivamente, pues, en el ámbito de la Seguridad Social la institución de la excedencia por cuidado de hijos y familiares tiene tantas deficiencias como las que acumula su vertiente laboral³⁶.

No afecta la nueva ley al mecanismo de cotización ficticia establecido para los supuestos de reducción de jornada en el art. 180.3 LGSS, de modo que se mantiene el sistema de contabilización al 100% de la base tan solo para los dos primeros años si la reducción es por cuidado de menor y para el primer año en el resto de situaciones. En el caso de que se pretendiera contabilizar al 100% el resto del tiempo transcurrido en reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares está prevista la posibilidad de suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social específico para esta situación³⁷. La ficción de cotización al 100%, sin embargo, no tiene límites temporales máximos cuando se trata de determinar la base reguladora del desempleo (art. 211.5 LGSS) en caso de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares (art. 37.5 ET), hospitalización de neonato (art. 37.4 bis ET) o violencia de género (art. 37.7 ET). Analizando en conjunto el mecanismo establecido de cotización ficticia y la posibilidad de convenio especial específico establecido para las instituciones de cuidado, resulta particularmente llamativo que no se haya planteado en la reforma el alargamiento de la cotización ficticia en el caso de reducción de jornada, siquiera para equipararlo al tiempo ficticio propuesto para la excedencia por cuidado de hijos (tres años). Si se tiene en cuenta que la reducción de jornada es una figura más conveniente puesto que permite el mantenimiento de los vínculos laborales y fomenta el reparto de responsabilidades (al no promover el abandono total del trabajo para desempeñar tareas de cuidado en exclusiva), resulta desconcertante que la promoción abierta por medio de la ampliación de la ficción de cotización no le haya alcanzado. También resulta algo inquietante que la excedencia por cuidado de familiares no solo quede al margen de la ampliación a tres años de las cotizaciones ficticias para la excedencia por cuidado de hijos, sino también del convenio especial específico previsto para las reducciones de jornada por guarda legal o cuidado

³⁶ Refiere una serie de reformas pendientes de la excedencia por cuidado de hijos y familiares tomando como referencia la nueva Directiva 2010/18 sobre permisos parentales, Lousada Arochena, "La incidencia sobre la excedencia para el cuidado de hijos/as del nuevo Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental", *Aequalitas*, 28, 2011, pág. 7 ss.

³⁷ Describe su alcance, por ejemplo, Martínez Lucas, "La cotización a la Seguridad Social y la adaptación de la jornada de trabajo", *AL*, 9, 2010, pág. 14 ss.

de familiares³⁸. No se acaba de entender que el convenio especial previsto específicamente para los supuestos de reducción de jornada más allá del periodo de tiempo de cotización ficticia al 100% no pueda extenderse a la excedencia por cuidado de familiares en aquellos mismos periodos de tiempo en que no se aplica ficción de cotización que, en todo caso, podrían dar lugar a convenio especial general, cuyo condicionado es más exigente que el configurado para el acceso al convenio especial específico para la reducción de jornada³⁹. Resulta claro que el legislador no ha tenido la suficiente habilidad para detectar aquellas situaciones vinculadas al cuidado que merecen especial atención por parte del ordenamiento a efectos de ser promovidas y garantizadas. Ha llevado a cabo, en cambio, una actividad un tanto caprichosa de supuesta corrección del impacto de género que presenta importantes carencias y que no es necesariamente la económicamente más eficiente.

(iii) Aparece en la ley 27/2011 una curiosa referencia al desarrollo futuro de mecanismos para otorgar relevancia a los periodos de atención y cuidado en relación con las carreras de cotización femeninas. La DA quinta de la Ley titulada *Elaboración por el Gobierno de un estudio y propuestas de actuación en relación con la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo* establece lo siguiente: *Se encomienda al Gobierno que en el plazo de un año presente en la Comisión no Permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo un estudio sobre las medidas a adoptar para impulsar los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos, de las personas con discapacidad o personas en situación de dependencia, como elementos a considerar en las carreras de cotización de las mujeres. En dicho estudio se evaluarán económicamente las medidas que se propongan, y también la actual regulación existente en el sistema de Seguridad Social, especialmente en el artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social, y en el artículo 9 de la presente Ley.* Lo más curioso de este precepto es que no es exclusivamente un mecanismo de seguimiento de las medidas contenidas en el art 9 de la Ley (cuyo contenido se ha analizado en los dos apartados previos al presente), sino que tiene también un objetivo de estudio para el establecimiento futuro de medidas de corrección en el ámbito de las carreras de cotización en atención a las tareas de cuidado. Si se tiene en cuenta que, como se ha ex-

³⁸ Actualmente la regulación de los convenios especiales de seguridad social se encuentra fundamentalmente en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de Octubre, que, aunque ha simplificado y unificado las diferentes modalidades de convenio especial, no ha eliminado definitivamente la profunda disgregación del sistema. Describiendo la evolución normativa del convenio especial en España y destacando su fragmentación, Poquet Catala, “Convenio especial con la Seguridad Social para trabajadores incursos en expedientes de regulación de empleo”, *AL*, 1, 2011, pág. 3.

³⁹ Por ejemplo, para acceder al convenio especial específico previsto para la reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares no se exige cotización previa, pero sí en el caso de convenio especial general. Martínez Lucas, “La cotización a la seguridad Social...”, op. cit. pág. 15.

puesto más arriba, las medidas de corrección del impacto de género motivado por el alargamiento de las carreras de cotización se han limitado en la nueva ley a los aspectos vinculados al cuidado no tiene demasiado sentido que este aspecto se reconduzca a un estudio futuro, a menos que el propio legislador asuma la escasa relevancia de las medidas en cuestión. Destaca, asimismo, que no se mencione como contenido de este estudio de futuro el impacto de género referido a otros aspectos de la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo (tanto en su versión inicial como en las posteriores, especialmente la que dio lugar al Informe parlamentario de 2011) diferentes de la cuestión del cuidado, como la igualdad efectiva (particularmente en el ámbito retributivo), el establecimiento de incentivos fiscales para la generación de pensiones a favor de los cónyuges no incorporados al mercado de trabajo y la configuración de mecanismos para que adquiera relevancia en el plano de las carreras de cotización femeninas el trabajo desempeñado en negocios familiares. El precepto de la ley 27/2011 reproduce perfectamente la indefinición del legislador en relación con el impacto de género de la reforma de las pensiones. Al extremo, parece dar incluso la sensación de que la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo ha desaparecido en la nueva ley en todos sus aspectos excepto en el referente a la compensación por actividades de cuidado. Y es que los dos temas obviados en la reforma con referencia a la Recomendación 17ª (valoración del trabajo doméstico a efectos de pensiones; y afloramiento del trabajo sumergido por parte de las mujeres en los negocios familiares) implican planteamientos de notable complejidad que el legislador, en este momento, ha preferido no abordar, en parte por cierta falta de convencimiento en torno a su adecuación, que parece a su vez derivar de su escasa concienciación frente al impacto de género de la reforma de las pensiones; y, en parte también, porque implica un coste, mediante la atribución de derechos a sujetos hasta ahora no declarados que, en momentos de recorte, el legislador claramente no está dispuesto a asumir. Llama la atención que, paradójicamente, el afloramiento del trabajo sumergido, que tiene una composición fundamentalmente femenina, surja política y normativamente como un objetivo prioritario⁴⁰. Más adelante se tratará esta cuestión. Así pues, aunque ambos contenidos de la Recomendación 17ª constituyen estrategias de actuación muy firmes y concretas (en ello se diferencian de la mayoría del resto de recomendaciones que adoptan posiciones mucho menos comprometidas) se han difuminado hasta desaparecer en la nueva ley. Resulta evidente que la intención del legislador no ha sido la de otorgar a la cuestión del impacto de género la importancia que merece.

⁴⁰ Por todas, Resolución de 2 de Febrero de 2011, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las Directrices Generales del Plan General de Control tributario de 2011; y, sobre todo, RDL 5/2011 de 29 de Abril de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas.

(iv) La penúltima de las correcciones con repercusión en género es la que guarda relación con el derecho a la jubilación anticipada. La Ley 27/2011 tiene en cuenta la situación de la mujer víctima de violencia de género para atribuirle la posibilidad de que la eventual extinción a la que se viera abocada se catalogue como cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador a efectos de acceder a la jubilación anticipada del art. 161.bis. 2 LGSS. La incorporación del supuesto resulta, en el texto vigente, enormemente confusa. Así pues, resulta claro que no se le aplica la necesidad de que el cese se haya producido por causa de crisis, puesto que se refiere a un supuesto particular, pero no resulta claro si se exigen o no los otros requisitos para este tipo de jubilación anticipada establecidos en los apartados a), b) y c) del art. 161.bis. 2. A LGSS: tener cumplidos los 61 años de edad, encontrarse inscrita en la oficina de empleo durante un plazo mínimo de seis meses y acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 33 años. Y ello porque la formulación en el PLP es tan rotunda con relación a la jubilación anticipada de las víctimas de violencia de género⁴¹ y tan desconectada de los apartados correlativos del art. 161 bis para las situaciones de crisis que parece escapar de los requisitos generales, aunque esta conclusión parezca un tanto excesiva. De otro lado, la consideración de que esta previsión constituya verdaderamente un beneficio resulta bastante cuestionable, puesto que como se sabe, cada trimestre de adelanto va acompañado de una importante penalización en la cuantía final de la pensión.

La cuestión del impacto de género en relación con la jubilación anticipada reconduce a otra temática que no ha sido objeto de tratamiento esta vez en la Ley 27/2011 pero que sin duda debiera tener la importancia que merece. Se refiere a la anticipación de la edad de jubilación por causa de la penosidad de la actividad. A ello se refiere la Recomendación 12ª del Informe parlamentario sobre evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2011, así como el art. 161. bis LGSS (que menciona la posibilidad de que por RD se establezcan edades mínimas de jubilación inferiores a la ordinaria por la *naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre* de la actividad) y la DA 45 LGSS (que deriva a texto reglamentario el establecimiento del procedimiento para dicha anticipación, en atención a *la siniestralidad en el sector, penosidad, peligrosidad y toxicidad de las condiciones de trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral que genera en los trabajadores y los requerimientos físicos exigidos para el desarrollo de la actividad*). En este aspecto la Recomendación 12ª del Informe parlamentario sobre evaluación y reforma del Pacto de Toledo reproduce los criterios y procedimientos para el establecimiento de edades anticipadas de jubilación en atención a la penosidad de las

⁴¹ Establece el PLP lo siguiente: *La extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género dará acceso a esta modalidad de jubilación anticipada.*

ocupaciones establecidas en el art. 161 bis y en la DA 45 LGSS. Finalmente, la DA 23 de la ley 27/2011 establece la aprobación por parte del Gobierno en el plazo de un año del procedimiento general de aprobación de coeficientes reductores de la edad de jubilación a cuyo fin se deben realizar los estudios necesarios sobre *siniestralidad en el sector, penosidad, en la que se tendrá también a estos efectos la turnicidad, el trabajo nocturno y el sometimiento a rirmos de producción, la peligrosidad y toxicidad de las condiciones de trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral que genera en los trabajadores y los requerimientos físicos exigidos para el desarrollo de la actividad*. Resulta, sin embargo, que el establecimiento de este tipo de jubilaciones anticipadas por penosidad ha sufrido una distorsión, que a su vez tiene un impacto de género negativo evidente. Efectivamente, aunque tanto en la DA 45 LGSS como en la Recomendación 12 del Informe parlamentario sobre evaluación y reforma del Pacto de Toledo se hace referencia a un procedimiento técnico (mediante estudios de siniestralidad) que permita la identificación de las actividades que, por sus particulares condiciones, requieren de un tratamiento de la edad de jubilación más beneficioso, lo cierto es que el establecimiento de algunas de estas anticipaciones se está produciendo por medio de procedimientos diferentes. Así, por ejemplo, el adelantamiento de la edad ordinaria de jubilación de los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza se estableció por medio de la ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010 (ley 26/2009, de 23 de Diciembre), que a su vez lo introdujo en la DA 47 LGSS. Sin duda esta forma de regulación, dejando caer⁴², unos cuantos apartados en el texto de la LGSS resulta mucho más superficial que la que hubiera resultado de haberse puesto en marcha el proceso reglamentario, previos los estudios oportunos, al que se refiere la DA 45 LGSS para la jubilación anticipada por penosidad⁴³. Queda por ver si la llamada a un nuevo estudio técnico que lleva a cabo la DA 23 de la ley 27/2011 llegará efectivamente a realizarse y a establecer criterios objetivos, claros y, sobre todo, no discriminatorios de jubilación anticipada por razón de penosidad. Efectivamente, si no se utilizan mecanismos técnicos de identificación de esta condición es previsible que sigan manteniéndose estereotipos clásicos, que no suelen tener en cuenta la dureza de algunas profesiones típicamente femeninas. Adviértase que las ocupaciones que hasta la fecha han establecido esta modalidad de jubilación anticipada son las correspondientes a los trabajadores incluidos en el Estatuto minero, el personal de vuelo de

⁴² Es la expresión que utiliza Aradilla Marqués refiriéndose a este supuesto en “Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones de la seguridad Social (al hilo de la ley 26/2009, de 23 de Diciembre)”, *AL*, 10, 2010, pág. 4.

⁴³ Que sí se ha utilizado para el establecimiento de la edad anticipada de jubilación para el colectivo de bomberos al servicio de Administraciones y organismos públicos (RD 383/2008, de 14 de Marzo).

trabajos aéreos, los trabajadores ferroviarios, artistas, profesionales taurinos, bomberos y miembros del Cuerpo de la Ertzaintza. Se advierte inmediatamente que son colectivos de amplia composición masculina. Llama la atención que una actividad altamente feminizada y particularmente rigurosa respecto a las habilidades físicas que requiere, como es la del personal de limpieza o la del personal especializado en cuidados a la dependencia, no tenga establecida la jubilación anticipada por penosidad. En aspectos como éste se advierte la clara degradación en la que se encuentran las actividades de atención doméstica y familiar que llevan a cabo fundamentalmente las mujeres, lo que tiene un efecto perpetuador de desigualdades por género particularmente peligroso en el ámbito de la protección social.

(iv) La inclusión de los trabajadores/as al servicio del hogar familiar en el régimen general de la Seguridad Social operada por medio de la DA 39 de la ley 27/2011 constituye una de las innovaciones introducidas por la reforma con más claras repercusiones de género. Es una alteración en el sistema de seguridad social largamente reivindicada, no solo a efectos de avanzar en la progresiva eliminación de los regímenes especiales y por ende, en la unificación del sistema de Seguridad Social, sino también a efectos de hacer desaparecer una de las discriminaciones indirectas por razón de género más evidentes. En efecto, es sabido que el ámbito subjetivo de este régimen especial está compuesto fundamentalmente por mujeres y también lo es que sus características resultan claramente peyorativas no solo respecto al régimen general, sino también respecto al resto de regímenes especiales. La incorporación en el régimen general de este régimen especial implica, al respecto, una nueva etapa particularmente relevante. Y ello a pesar de todas las interrogantes que suscita una regulación condicionada en sus aspectos más relevantes a un desarrollo reglamentario que coincidirá con el relevo de gobierno.

Los intentos de elevación en la protección dispensada al colectivo de trabajadores/as domésticos han sido muy tardíos. De hecho, la cobertura por contingencias profesionales que por la vía fáctica se estaba reconociendo para este colectivo se incorporó expresamente al régimen especial tan solo a partir del 1 de Enero de 2011, por la acción de la ley de presupuestos para 2011 (ley 39/2010, de 22 de Diciembre). Resultaba, por ello, ciertamente paradójico que nuestro país se permitiera proponer mejoras para el colectivo de trabajadores/as al servicio del hogar familiar en la 101 Conferencia de la OIT (2011)⁴⁴, que pretendía aprobar una resolución sobre trabajo doméstico. Esta desidia en hacer efectiva una reforma que se consideraba generalmente imprescindible encuentra su justificación en la alta tasa de trabajo no declarado que aglutina este sector y que podría agravarse en el caso de que el coste en la elevación

⁴⁴ Fuente: Europa Press, recogido en publicación Internet La Ley 7940/2011.

del nivel de protección fuera inmediata e incondicionadamente transferida al empleador. Ello explica que la inclusión en el régimen general anunciada por la ley 27/2011 se haya producido con notables cautelas, acompañadas a su vez de numerosas incertidumbres. Efectivamente, de un lado, la equiparación no se producirá directamente en el régimen general, sino mediante la creación de un sistema especial, lo que evidencia que el interés del legislador es establecer notables excepciones. De otro lado, algunas referencias resultan imprecisas acerca de la anunciada desaparición del régimen especial: de hecho, aunque con carácter general parece que la integración significa la desaparición del mismo⁴⁵, estableciéndose al respecto concretas instrucciones acompañadas de un detallado régimen transitorio aplicado a las bases de cotización y a los tipos, hay momentos en que la propia ley 27/2011 parece atribuir cierta permanencia en el tiempo al régimen especial, siquiera por alguna referencia que aparece a cierta “modificación” en el régimen especial⁴⁶, que tan solo el desarrollo reglamentario podrá aclarar.

La efectividad de la integración requiere una profunda sensibilidad y generosidad susceptibles de eliminar la tendencia a que el trabajo termine desarrollándose, como es lo habitual, en el marco de la economía sumergida. E inevitablemente este efecto terminará produciéndose si todos los esfuerzos por provocar la integración del régimen especial de trabajadores/as al servicio del hogar familiar en el régimen general consisten fundamentalmente en la convergencia de tipos de cotización⁴⁷, como ha sucedido por medio de la ley 27/2011. La actual regulación de la integración del colectivo de trabajadores/as domésticos constituye, en realidad, una huida hacia delante. La progresiva elevación de la carga en la cotización se produce por medio de un régimen transitorio que concluirá en la plena equiparación en el año 2019, teniendo apenas como compensación una bonificación, aplicable durante 2012, 2013 y 2014, del 20% en la cotización empresarial (DT única de la ley 27/2011). El carácter transitorio de la bonificación y su escasa entidad hacen anticipar que tendrá escasa repercusión para evitar el tránsito a la no declaración, sobre todo porque la ley 27/2011 parece establecer (con crítica formulación) su absorción en el caso de confluencia con la bonificación ya existente aplicable

⁴⁵ En el apartado 1 de la DA 39 de la ley 27/2011 puede leerse lo siguiente: *Con efectos de 1 de Enero de 2012, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar quedará integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un sistema especial para dichos trabajadores en los términos y con el alcance indicados en esta disposición y con las demás peculiaridades que se determinen reglamentariamente.*

⁴⁶ Por ejemplo, en el apartado 5 de la DA 39 de la ley 27/2011 se establece literalmente lo siguiente: *El Gobierno procederá a modificar la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, con efectos de 1 de enero de 2012.*

⁴⁷ Describiendo esta característica del proceso de integración Panizo Robles, “Dos décadas de reformas de la seguridad social...”, op. cit. pág. 41.

a las familias numerosas y que puede llegar hasta el 45%⁴⁸. Al mismo tiempo, la DA 39 de ley 27/2011 establece expresamente un incremento de la carga del empleador en lo referente a la prestación de Incapacidad Temporal, cuyo abono será responsabilidad suya desde el día cuarto al día octavo (DA 39.3.b de la ley 27/2011). A menos que el desarrollo reglamentario sea capaz de aportar compensaciones más comprometidas que inevitablemente deben conllevar una mayor implicación social, no es arriesgado anticipar que la integración provocará la huida del sistema. Resulta evidente que el legislador debía haber invertido en este ámbito lo desperdiciado en otros, sin pretender que una alteración de tamaña envergadura pudiera prosperar a coste 0.

Definitivamente, pues, en la mezquina configuración de los mecanismos compensatorios frente al impacto de género motivados por el alargamiento de las carreras de cotización exigido por la ley 27/2011 se refleja el reforzamiento del carácter contributivo del sistema a costa del sacrificio de buena parte de sus rasgos solidarios⁴⁹. Probablemente este sobredimensionamiento del carácter contributivo del sistema que persigue la nueva Ley no es tan inevitable como se nos ha hecho creer desde posicionamientos claramente ideologizados⁵⁰, sobre todo porque resulta indudable el efecto perverso que provoca en los grupos más vulnerables. Pero aun asumiendo que esta haya sido la opción del legislador resulta inasumible que no se hayan aplicado correcciones efectivas para

⁴⁸ En la DT única *in fine* de la ley 27/2011 se establece, tras la configuración de la reducción de cuotas del 20%, lo siguiente: *Esta reducción de cuotas se ampliará con una bonificación hasta llegar al 45% para familias numerosas, en los términos de las reducciones y bonificaciones que ya se viene aplicando en este Régimen especial*. Adviértase que se establece una “ampliación” de la reducción hasta el 45%, lo que evidencia que la voluntad del legislador es evitar la acumulación de ambas bonificaciones.

⁴⁹ Una lúcida reflexión sobre el tema por Rodríguez -Piñero, “Pensiones adecuadas, sostenibles y seguras”, *RL*, 18, 2010, pág. 9: *Una cosa es que la solidaridad intergeneracional, en la que se habían basado buena parte de los sistemas públicos de pensiones, no permita garantizar en el futuro pensiones adecuadas y sostenibles y otra cosa es que se abandone del todo esa idea y que se considere el derecho a la pensión desde la perspectiva individualista del ahorro del interesado a lo largo de su carrera productiva. La estabilidad macroeconómica, la consolidación de las finanzas públicas y la consecución del equilibrio presupuestario, con reducción de la deuda pública, resultan esenciales para asegurar el presente y el futuro de las pensiones, pero no cabe confundir el objetivo de la buena regulación de los mercados financieros con el de la mejora del sistema de pensiones*. Asimismo, Monereo Pérez y Fernández Avilés, “La conformación de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social”, *RL*, 2, 2010, pág. 6: *La obligación de mantener el sistema no puede ser contraria al necesario carácter dinámico y perfectible de la seguridad Social para lograr sus objetivos fundamentales de liberación del individuo ante situaciones de necesidad, que también son variables en el devenir histórico*.

⁵⁰ Particularmente interesante resulta la argumentación crítica de algunos economistas frente a las reclamaciones de endurecimiento contributivo del Sistema que ha encabezado otro grupo de economistas. Al respecto, Torres López y Navarro, “La propuesta de los 100 economistas sobre las pensiones. Errores, medias verdades y silencios al servicio de la banca”, *Documentos para el debate ATTAC*, 1, 2011.

aminorar los efectos perversos de género que indudablemente tiene la reforma proyectada, no solo porque así lo exige el concepto de transversalidad, sino también porque el marco actual de relaciones laborales y de Seguridad Social obliga a tener en cuenta peculiaridades de grupo⁵¹. Late, además, en toda la regulación supuestamente compensatoria del impacto de género motivado por la reformas proyectadas un importante desconocimiento de las condiciones efectivas en que se desarrolla el trabajo de las mujeres y cierta desidia a llevar a cabo los estudios oportunos para identificar y corregir los orígenes de la desprotección social a la que acaba abocada una población mayoritariamente femenina cuya situación, en términos de grupo, sin duda se agravará como consecuencia de las reformas proyectadas de Seguridad Social.

3. EL RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO FEMENINO NO DECLARADO COMO MECANISMO PARA LA DISMINUCIÓN DEL IMPACTO DE GÉNERO

3.1. Consideración del trabajo femenino en los negocios familiares

Pese a lo evidente que resulta, no existe un pronunciamiento rotundo en España, ni normativo ni meramente documental, acerca de la conexión entre el reflotamiento del trabajo sumergido en general y las implicaciones que ello puede tener en que el colectivo femenino se sitúe, en términos de protección social, en el lugar que le corresponde. En lugar de eso, con carácter mucho más puntual y esporádico, se refiere en el ASE y en el Pacto de Toledo una sola y concreta medida de afloramiento referida a una concreta situación que, efectivamente, tiene un impacto mayoritario en el colectivo femenino, pero que no deja de ser una referencia excesivamente puntual, como si ésta fuera la única situación en que se produce una ocultación del trabajo femenino que merezca ser tenida en cuenta. Al respecto, en la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo se refiere la necesidad de reconocer, a efectos de protección social, el trabajo no declarado desempeñado por las mujeres para el mantenimiento de los negocios familiares. Se proponen, al respecto, dos tipos de medidas, tanto en el texto de la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo como en el ASE: (i) fomento del reconocimiento de los periodos de cotización por trabajo efectivo desempeñado para el negocio familiar que permita acceder a derechos propios;

⁵¹ En el actual marco de relaciones laborales y de Seguridad Social se exige del legislador *un acentuado activismo normativo, destinado, en lo esencial, a regular nuevos supuestos de hecho nacidos al compás de esa quiebra*. Valdés Dal-Re, "Derecho del Trabajo y Derecho de Seguridad Social: ¿hacia unas nuevas relaciones?", *RL*, 17, 2010, pág. 5.

(ii) y posible implantación de modalidades específicas de cotización para favorecer la cotización de ambos cónyuges⁵².

La ley 27/2011 lleva a cabo una regulación muy peculiar⁵³ porque se limita a establecer que, en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio si el juez advirtiera que se ha producido una prestación de servicios no declarada de un cónyuge para el negocio familiar, comunicará tales hechos a la Inspección de Trabajo a efectos de que se realicen las acciones correspondientes. Esta referencia no deja de ser sorprendente: al limitar la iniciativa judicial para comunicar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el trabajo sumergido de un cónyuge para la unidad familiar en caso de disolución del vínculo parece estar legitimando el trabajo sumergido en tanto en cuanto el matrimonio perviva. Por lo demás, la averiguación acerca de la efectiva prestación de servicios para el negocio familiar realizada en el momento de la separación divorcio o nulidad puede ser verdaderamente difícil cuando se refiere a momentos pasados en el tiempo. Definitivamente, pues, se trata de una regulación que no parece susceptible de generar por sí misma el afloramiento del trabajo pretendido por el Pacto de Toledo y el ASE.

Hasta ahora las acciones más relevantes para la consideración efectiva del trabajo femenino en los negocios familiares se han producido en el ámbito rural. Al respecto, la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo soste-

⁵² El texto de la Recomendación 17ª del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2011) establece literalmente en sus párrafos 10 y 11 lo siguiente: *La Comisión apoya la posibilidad - en casos de ruptura familiar- cuando concurriera la aportación de la mujer al mantenimiento de los negocios familiares, y previa resolución judicial, del reconocimiento en la carrera de cotización de la mujer, de periodos de tiempo que permitan generar derechos propios y no únicamente derivados. Ello tendría una clara incidencia en el ámbito del trabajo autónomo, en el medio rural y en los sectores del comercio y de la hostelería; además, evitaría la desprotección sobrevenida que afecta a las mujeres en esas áreas cuando se produce una separación o divorcio a edades tardías.* La Comisión considera que ha de estudiarse la implantación de modalidades específicas de contratación para aquellas personas que, colaborando en negocios familiares, no generen derechos de pensión adecuados. A tal efecto, una de las posibilidades consistiría en la utilización de cotizaciones sobre jornadas parciales que permitan la cotización de ambos cónyuges, cuando ambos realicen actividades para el mantenimiento del negocio. Igualmente cabría la posibilidad de instrumentar mecanismos de previsión complementaria para dar cobertura a estas situaciones.

⁵³ DA 52 Ley 27/2011: *Cónyuges de titulares de negocios familiares. En aquellos supuestos en que quede acreditado que uno de los cónyuges ha desempeñado, durante el tiempo de duración del matrimonio, trabajos a favor del negocio familiar sin que se hubiese cursado la correspondiente alta en la Seguridad Social, en el régimen que correspondiese, el juez que conozca del proceso de separación, divorcio o nulidad comunicará tal hecho a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al objeto de que por ésta se lleven a cabo las actuaciones que correspondan. Las cotizaciones no prescritas que, en su caso, se realicen por los periodos de alta que se reconozcan surtirán todos los efectos previstos en el ordenamiento, a efectos de causar las prestaciones de Seguridad Social. El importe de tales cotizaciones será imputado al negocio familiar y, en consecuencia, su abono correrá por cuenta del titular del mismo.*

nible del medio rural, en su DF cuarta establecía que para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Gobierno promoverá y desarrollará el régimen de cotitularidad de bienes, derechos y obligaciones en el sector agrario y la correspondiente protección de la Seguridad Social. Posteriormente el RD 297/2009, de 6 de Marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias dio forma jurídica a la cotitularidad y, entre otras cosas, consolidó los beneficios en las reducciones de cuotas del cónyuge en las explotaciones agrarias que ya había establecido previamente la Ley 18/2007, de 4 de Julio (reducción al cónyuge cotitular del 30% de la cuota que resulte de aplicar un tipo del 18,75% a la base mínima de cotización por contingencias comunes durante cinco años a los/las cotitulares menores de 40 años) refiriéndolas también a las uniones de hecho. La reducción de cuota establecida para la cotitularidad agraria tiene un carácter insuficiente, en parte por su carácter temporal, en parte porque se aplica solo a menores de 40 años, en parte porque no se ha configurado con la entidad suficiente, pero en todo caso evidencia cierta sensibilidad frente al trabajo no declarado de las mujeres en los negocios familiares en el ámbito rural que no se advierte en el resto de sectores de actividad. Además la tendencia es a ampliar el marco de garantías económicas para las mujeres que desempeñan actividades agrarias familiares aunque no sea en régimen de cotitularidad: así, en el art. 13 del Anteproyecto de Ley sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias elaborado con fecha 2 de Marzo de 2011 se establece el derecho de estas mujeres, en los casos de transmisión de la explotación agraria, de nulidad o disolución del matrimonio o de la unión de hecho o de liquidación del régimen económico a exigir una compensación económica al otro titular de la explotación agraria o a sus herederos. Así las cosas, aunque el régimen de la cotitularidad agraria sea ciertamente mejorable, supone un punto de partida que debiera ampliarse también a todo tipo de empresas de carácter familiar.

En todo caso, resulta necesario en un contexto de consolidación normativa identificar el mejor modo de afrontar estas situaciones. Ello obliga a tener en cuenta los efectos perversos que pueden tener reformas aparentemente inofensivas. Así, por ejemplo, la propuesta que aparece en la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo de ofrecer la posibilidad de cotización por jornadas parciales, lo que hasta ahora resulta imposible en el régimen especial de trabajadores autónomos, puede facilitar el reparto de la cotización entre los integrantes de la unidad familiar pero si no se establecen las garantías oportunas puede terminar favoreciendo la falta de declaración de trabajo efectivo y, por ende, puede ampliar el espacio de la economía sumergida parcial. Esta ha sido, sin embargo, la postura adoptada por la ley 27/2011 que ha establecido la posibilidad de que se pueda cotizar a tiempo parcial en el régimen especial de

trabajadores autónomos⁵⁴. Por ello resultaría necesario explorar mecanismos nuevos que favorezcan realmente que aflore este tipo de trabajo sin provocar efectos colaterales. Una posibilidad podría ser la de posibilitar cotizaciones por unidades familiares, asegurando una única pensión de jubilación que se mantendría siempre que existiera un cónyuge superviviente, evitando así que el fallecimiento del único cónyuge cotizante (que suele ser el hombre, y que suele fallecer antes que la mujer) sitúe al superviviente en una situación de deficiente protección. Ello obligaría al establecimiento de las garantías oportunas, asegurando el desarrollo efectivo de actividades por ambos miembros de la unidad familiar y estableciendo una cotización específica para las unidades familiares que debe ser superior a la que resultara aplicable en cotizaciones individuales, pero supone una alternativa de reparto de cotizaciones que puede resultar interesante⁵⁵.

3.2. La falta de consideración del trabajo doméstico

Por lo demás, el ámbito del trabajo femenino que merece ser hecho visible en los documentos de reforma no abarca el trabajo doméstico. En este sentido el objetivo del legislador se limita a intentar sacar a la superficie unas actividades concretas que son laborales conforme a los criterios legales aplicables pero no está interesado en otorgar relevancia alguna al trabajo efectivamente prestado en el ámbito estrictamente doméstico. Respecto a la situación de eventual desprotección social en la que quedan los sujetos, mayoritariamente mujeres, que limitan su actividad al ámbito doméstico y familiar las reformas efectivas o sugeridas apuntan en una doble dirección:

De un lado, la Recomendación 17 del Pacto de Toledo (igual que en el Informe Parlamentario de Evaluación y reforma de 2011) titulado *Mujer y protección social* refiere que *debe estudiarse la posibilidad de un incentivo fiscal para generar pensiones a favor de los cónyuges no incorporados al mercado de trabajo, cuando el matrimonio tenga régimen de bienes gananciales*. El mismo objetivo aparece en el ASE, aunque nada al respecto se ha enunciado en el texto del PLP. Se abandona, en todo caso, en nuestro país la posibilidad de incorporar a la Seguridad Social a las mujeres dedicadas al hogar familiar

⁵⁴ El art. 25.4 del Estatuto del Trabajador Autónomo, conforme a la reforma operada por la ley 27/2011 en su DF décima, establece lo siguiente: *Considerando los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera, la ley podrá establecer un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos, para determinadas actividades o colectivos y durante determinados periodos de su vida laboral. En su defecto, se aplicarán la disposición adicional séptima del texto refundido de la ley general de Seguridad Social sobre normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial*

⁵⁵ Esta idea la sugiere, para las unidades familiares en actividades agrícolas, Blazquez Agudo, *Ibidem*, pág. 44 y 45.

propio que previó la ley 24/1997, de 15 de Julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social⁵⁶. A cambio, tanto el Pacto de Toledo como el ASE proponen facilitar que sea la propia unidad familiar la que sufrague el coste de la protección social por medio de la suscripción de planes de pensiones parcialmente subvencionados por medio de incentivos fiscales. Esta configuración implica que tan solo las rentas familiares medias y altas, que son las que menos necesitan la inversión social y en las que la opción por el cuidado familiar en exclusiva es relativamente libre, serán las beneficiarias de eventuales planes de pensiones y de los incentivos fiscales que las acompañen. En cambio difícilmente las rentas más bajas que deban renunciar a los ingresos procedentes de uno de sus miembros como consecuencia forzada de una situación familiar a la que no dan cobertura ni la sociedad ni una adecuada implicación empresarial en la configuración y distribución del tiempo de trabajo, podrán asumir el coste adicional que supone la inversión en un plan de pensiones, aunque esté parcialmente subvencionado. La cuestión de la cobertura social de los sujetos dedicados exclusivamente a las tareas domésticas y familiares debiera haberse abordado desde una perspectiva consecuente con la libertad de opción personal y familiar. Por ello el primer objetivo debiera haber sido asegurar que el trabajo doméstico es efectivamente una opción personal, para lo cual resulta fundamental una política de conciliación y corresponsabilidad que implique no solo a la sociedad sino también a interlocutores sociales y empresarios para una adecuada configuración del tiempo de trabajo. A partir de este punto de partida podrían tener sentido tanto la aplicación de beneficios fiscales para la suscripción de planes de pensiones, tal y como sugieren la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo y el ASE, como incluso el eventual reparto de cotizaciones entre los miembros de la unidad familiar (desde el sujeto activo en el mercado laboral hasta el que desarrolla actividades en el marco del hogar familiar -modelo sueco-).

De otro lado, una respuesta normativa que en sus inicios se ligó a la protección de los cónyuges dependientes es, en España, la pensión de viudedad, que ha tenido un desarrollo normativo y jurisprudencial particularmente intenso⁵⁷ concluido actualmente con una configuración ampliada más allá de la situación de necesidad en la que queda el cónyuge superviviente, configurándose en cambio como una prestación extensiva aplicable en caso de fallecimiento de un sujeto incluido en el Sistema de Seguridad Social en beneficio de su cónyuge, con escasa repercusión de las circunstancias económicas concurrentes. La

⁵⁶ Refiere este aspecto Panizo Robles, "Dos décadas de reformas de la...", op. cit. pág. 93.

⁵⁷ Uno de los últimos estudios realizados acerca de esta evolución por Piñeyroa de la Fuente, "Doctrina constitucional y evolución de la cobertura de la pensión de viudedad en España", *RL*, 6, 2010.

reforma operada por medio de la ley 40/2007, de 4 de Diciembre⁵⁸, sirvió para endurecer el acceso a la pensión de viudedad estableciendo requisitos adicionales aplicables a ciertas situaciones concretas (contingencia común previa al matrimonio, unión de hecho, condición de acreedor de pensión compensatoria, etc), con lo cual rebajó el coste que suponía la prestación para la Seguridad Social. Dicha reducción, sin embargo, no tenía como parámetro de referencia en todo caso la situación de necesidad del cónyuge superviviente. Con relación a la pensión de viudedad la Recomendación 13ª del Pacto de Toledo propuso el establecimiento de una graduación en el nivel de cobertura de esta prestación a efectos de intensificar la protección dispensada a aquellos sujetos en los que fuera previsible que concurriera una situación de mayor necesidad. El Pacto de Toledo en la Recomendación 13ª proponía, al efecto, una mayor intensidad protectora en las personas beneficiarias con 65 o más años para las que la pensión constituyera su principal fuente de ingresos, mediante la elevación del porcentaje de la base reguladora utilizado. Sugería asimismo que se llevaran a cabo los estudios pertinentes a efectos de determinar los efectos que tendría que la pensión de viudedad se calculara conforme a los periodos de cotización acreditados por el causante. Pero estas situaciones constituyen una mera presunción sin llegar a configurar por tanto una graduación conforme a la situación económica real del superviviente. Parece propiciarse en el Pacto de Toledo, por esta vía de las presunciones, un mecanismo de cobertura más intensa para aquel sujeto que en la unidad familiar muestra algún grado de dependencia económica respecto del otro sujeto. Al texto final de la ley de reforma, sin embargo, ha terminado por incorporarse una corrección de la prestación de viudedad que no pretende incrementar la protección dispensada al sujeto con mayor grado de dependencia sino, supuestamente, no incentivar la falta de interés en desarrollar una actividad retribuida a quienes percibirían una prestación de viudedad. El legislador de este modo evita abordar las correcciones que requiere una prestación tan compleja como la viudedad actuando frente a un problema de existencia dudosa. La innovación en cuestión consiste en la posibilidad de que, a efectos de IRPF no se declaren, o tributen en menor cuantía, los ingresos hasta cierto nivel percibidos por las personas

⁵⁸ Esta reforma normativa ha sido objeto de numerosos comentarios. Entre otros, Díaz Aznarte, “Las prestaciones por muerte y supervivencia en el ordenamiento español tras la ley 40/2007, de 4 de Diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, en Monereo Pérez (Dir) *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la ley 4/2007, de 4 de Diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.*, Madrid, 2008; y Pérez Alonso, “Nueva pensión de viudedad y orfandad en el Régimen General de la Seguridad Social, Valencia, 2008.

perceptoras de pensión de viudedad⁵⁹. La corrección implica un beneficio cuestionable, siquiera porque el problema que pretende resolver no es tal. La viudedad en España, sin embargo, sigue constituyendo un engendro extraño, que otorga automáticamente rentas a sujetos que no deberían ser protegidos por el Sistema de Seguridad Social y que, sin embargo, no llega a otorgar una adecuada protección a sujetos económicamente dependientes del causante y que han quedado desamparados a causa de su fallecimiento. De fondo late la idea, que ha empezado a hacerse efectiva en numerosos ordenamientos de nuestro entorno, de que la pensión de viudedad debe desaparecer progresivamente por partir de una situación de dependencia económica de uno de los miembros de la unidad familiar respecto del otro que no debería perpetuarse. Sucede, sin embargo, que en un contexto de discriminación laboral por razón de género, de escasa sensibilidad ante la conciliación social y empresaria, de escasa promoción efectiva de la corresponsabilidad y, para colmo, de endurecimiento de los requisitos de cotización que permitan el acceso contributivo a las pensiones laborales ordinarias, la pensión de viudedad podría terminar siendo el único mecanismo compensatorio efectivo del impacto de género provocado por las reformas. Cualquier reforma que anticipe su regresión protectora cuando las circunstancias de base no se alteren puede causar impacto de género negativo. Y sin duda, cualquier reforma que evita abordar el problema irreal inventando y actuando frente a otros problemas inexistentes tiene el mismo efecto regresivo desde una perspectiva de género.

3.3. La alternativa de una correcta regulación del trabajo a tiempo parcial como mecanismo para que aflore el trabajo sumergido

La cuestión de la infrautilización en España del trabajo a tiempo parcial parte, a mi juicio, de una premisa falsa. No es cierto que el trabajo a tiempo parcial no exista en nuestro país. En realidad lo que debiera ser trabajo a tiempo parcial está copado por los trabajos no declarados o sumergidos, cuya titularidad es fundamentalmente femenina. De ahí que un adecuado tratamiento del trabajo a tiempo parcial podría servir para que el trabajo efectivamente

⁵⁹ DA 30.3 de la ley 27/2011: *Con efectos para las declaraciones del IRPF, a presentar a partir del ejercicio 2013, se regulará en la ley 3572006, de 28 de Noviembre, del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre Sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio, un mecanismo corrector de la progresividad en el caso de pensiones de viudedad que se acumulen exclusivamente con rentas procedentes del trabajo u otras pensiones, tomando como referencia el importe de la pensión mínima de viudedad. Para ello, las personas que compatibilizan estos ingresos estarán exentas de la obligación de declarar si no sobrepasan el límite legal establecido y, en el caso de que exista la obligación de declarar, se aplicará a las personas que perciban rendimientos del trabajo y pensiones de viudedad la separación de la escala de tributación en el IRPF por ambas fuentes.*

desempeñado por un colectivo compuesto fundamentalmente por mujeres tuviera repercusión en el ámbito de su protección social. En efecto, el tipo de trabajador adscrito a este tipo de trabajos es el que generalmente es declarado como trabajador a tiempo parcial en la mayoría de países de nuestro entorno, y que fundamentalmente se refiere a estudiantes, personas con responsabilidades de cuidado familiar o personas que no tienen otras perspectivas laborales, cuya gran mayoría son mujeres. Es lógico pensar que este tipo de trabajo existe pero que se encuentra ocupado por un colectivo que se mantiene en el ámbito del trabajo no declarado y que probablemente no desea salir de él por la mayor flexibilidad horaria que les permite. Si a ello sumamos que la declaración de un trabajo marginal durante la percepción de una prestación por desempleo dispone en nuestro país de una regulación altamente deficiente, se explican los problemas para que aflore la economía sumergida por medio de contratos a tiempo parcial. Por ello los trabajos a tiempo parcial sumergidos solo pueden emerger por medio de la flexibilidad horaria en beneficio del trabajador, y no del empresario. Sería por ello el momento de plantearse la escasa eficacia que hasta ahora han tenido las medidas promotoras del trabajo a tiempo parcial que configuran beneficios temporales exclusivamente para el empresario, y no para el trabajador.

La reforma operada por medio de la ley 27/2011 incide, sin embargo, en los mismos tópicos de antaño. Anuncia un nuevo proyecto de ley sobre trabajo a tiempo parcial que debe incluir las siguientes reformas (DA 29 de la ley 27/2011): *a) Medidas que modifiquen la regulación laboral del contrato de trabajo a tiempo parcial, en unos términos que promuevan el necesario equilibrio entre las necesidades de flexibilidad y adaptabilidad, requeridas por las empresas, y las demandas de estabilidad y seguridad en el empleo, demandadas por las personas trabajadoras; b) Revisión de los incentivos a las empresas para la utilización de la contratación indefinida mediante esta modalidad de contratos; c) Mejora de la protección social de trabajo a tiempo parcial, en particular mediante el incremento de coeficiente multiplicador establecido actualmente para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente.* Dejando de lado que el precepto no establece ninguna innovación relevante para el trabajo a tiempo parcial, debe resaltarse la notable confusión que genera en su primer apartado al establecer que la regulación correspondiente debe tender a conseguir el necesario equilibrio entre las necesidades de flexibilidad y adaptabilidad requeridas por las empresas y “las demandas de estabilidad y seguridad en el empleo demandadas por las personas trabajadoras”. Es una referencia al concepto de flexiguridad que se ha reproducido tal cual, sin tener en cuenta que, en el trabajo a tiempo parcial son otros los términos entre los que debe buscarse el equilibrio. A saber: la flexibilidad organizativa empresarial y la flexibilidad horaria o temporal del trabajador.

Debe tenerse en cuenta que puede resultar particularmente perversa una promoción de la contratación a tiempo parcial indiscriminada que no tenga en cuenta sus efectos colaterales. Y es que uno de los principales problemas que plantea la promoción de la contratación a tiempo parcial es el del riesgo que puede generar de sustitución fraudulenta de la contratación a tiempo completo. Si ya resulta suficientemente grave que en España el contrato a tiempo parcial que debiera declararse engrose el volumen del trabajo sumergido, resultaría aun más grave que la promoción económica del trabajo a tiempo parcial fuera utilizada para sumergir parcialmente parte del trabajo efectivamente realizado. De ahí que resulte particularmente problemática la promoción por medio de bonificaciones a la Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial que se ha operado por medio del RDL 1/2011, de 11 de Febrero incluso cuando se refiere a contratos temporales. El carácter provisional de la medida no exime de crítica al sistema configurado, dada la tendencia de nuestro sistema a enquistar costumbres empresariales defectuosas a partir de cuestionables políticas promocionales.

4. LA NORMA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO DE LA NATALIDAD

Existe una referencia expresa a las graves consecuencias del descenso de la natalidad en el ámbito de la protección social en el primero de los apartados de la Exposición de Motivos del PLP⁶⁰. También aparece en la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo, directamente relacionada con las políticas de género⁶¹. De hecho pocos factores hay tan indiscutidos desde el punto de vista de la evolución del Sistema de Seguridad Social como la repercusión que tiene al respecto la tasa de natalidad. Sin embargo, como se ha expuesto más arriba, la postura adoptada por el PLP, el Pacto de Toledo y el ASE no ha superado el espacio delimitado por correcciones muy elementales. Como se advertía entonces, la cuestión del impacto de género en relación con la protección social

⁶⁰ En el que expresamente se refiere lo siguiente: *La disminución prolongada de las tasas de natalidad y el simultáneo incremento de la esperanza de vida de las personas mayores está provocando una inversión de la estructura de la pirámide de población, aumentando el número de pensionistas en relación con la población activa, esto es, variando la tasa de dependencia de los pensionistas. De no modificarse, aun parcialmente, esta tendencia mediante el incremento de las tasas de natalidad y de los flujos migratorios, la misma se acentuará en las próximas décadas, por la propia evolución demográfica.*

⁶¹ En el párrafo sexto de la Recomendación 17ª del Pacto de Toledo, titulada *Mujer y protección social*, se establece que las medidas de género a abordar deben hacerse *como expresión de consideración social hacia la maternidad y, también, atendiendo a la importancia de la natalidad para el sostenimiento del sistema de pensiones en el futuro.*

tiene muchas más caras de las que se han tenido en cuenta hasta la fecha. Y una de esas facetas es la que guarda relación con las posibilidades que la propia normativa tiene para modificar al alza las tasas de natalidad. Difícilmente ello puede conseguirse si se asienta exclusivamente en cotizaciones ficticias y en correcciones esporádicas, puntuales e insuficientes. Es necesaria una perspectiva de la conciliación/corresponsabilidad susceptible de alterar roles y conciencias, lo que requiere una mayor amplitud de miras.

Sin duda el presupuesto fundamental para favorecer la corresponsabilidad es la eliminación de la discriminación por razón de sexo, en general. Y ello porque, independientemente de la existencia de unas determinadas concepciones históricas acerca del papel de la mujer, lo cierto es que un obstáculo para el reparto viene constituido por el hecho de los menores ingresos de las mujeres en la unidad familiar, y también por las mayores dificultades en su promoción profesional. Pero al mismo tiempo es necesaria una normativa específica efectiva de conciliación/corresponsabilidad que, como mínimo, no obstaculice el reparto de responsabilidades ni perpetúe determinados modelos familiares y determinados roles sociales. También sería necesaria una normativa amigable con las medidas dirigidas al cuidado familiar, que no sembrara desconfianza frente al hecho de la maternidad y el cuidado de los hijos. Lamentablemente, sin embargo, los muchos preceptos que a lo largo de la historia más reciente en España han tenido nominalmente como objetivo la conciliación de responsabilidad han tenido como presupuesto una estructura familiar tradicional, que la norma no ha querido cuestionar. La cuestión de la conciliación en la realidad normativa española sigue asentada en el derecho a la ausencia (los permisos), prácticamente igual que en la década de los 90, los 80 e incluso los 70, sin que se haya planteado de una manera seria el desmantelamiento de todo el sistema y la configuración de uno nuevo en el que la organización del tiempo sea lo primordial y el derecho a la ausencia lo secundario. Tampoco se ha planteado seriamente la urgencia de alterar los modelos familiares incrementando el papel del padre en las tareas de cuidado. De hecho la suspensión de la ampliación de la duración de la suspensión/prestación por paternidad inicialmente prevista para 2011 evidencia precisamente la escasa relevancia que se otorga a estas cuestiones.

De hecho los beneficios otorgados a la conciliación típicamente españoles (por carecer de equivalente en otros países) han tenido una efectividad dudosa: así podría decirse del desaparecido cheque bebé, de las bonificaciones por la contratación o readmisión de mujeres en maternidad reciente, de las medidas establecidas para la hospitalización del neonato e incluso de la reciente prestación establecida para el cuidado del hijo con enfermedad grave. En efecto, el *cheque bebé* ha tenido un efecto nulo en el incremento de la natalidad y sin embargo ha supuesto un coste muy considerable. También es cuestionable que las

bonificaciones a la admisión o readmisión de mujeres en maternidad reciente hayan servido para que los empresarios tuvieran una postura más favorable a la admisión o readmisión de mujeres. Asimismo, las previsiones establecidas para la hospitalización del neonato son tan excepcionales que resultan anecdóticas: de hecho, lo que evidencian es la inexistencia en España de mecanismos adecuados de actuación frente a la fuerza mayor familiar. Incluso la reciente configuración de la prestación para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 135 quater LGSS y RD 1148/2011, de 29 de Julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave) podría tener efectos perversos⁶² desde el punto de vista de la corresponsabilidad puesto que los permisos de larga duración retribuidos al 100% tienden a favorecer el alejamiento de las mujeres del mercado de trabajo. De hecho ni siquiera los países con tradición de corresponsabilidad más enérgica tienen configurados permisos de esta naturaleza. Ciertamente se trata de una situación lo suficientemente grave e intensa como para justificar cierta generosidad, pero ello no debiera impedir favorecer al mismo tiempo la corresponsabilidad, lo que podría haberse conseguido más fácilmente si se hubieran establecido derechos de mayor alcance cuando el permiso fuera disfrutado por ambos progenitores y no por uno solo. También hubiera resultado adecuado que el ámbito de los sujetos beneficiarios se hubiera extendido a miembros de la unidad familiar extensa, algo que resulta bastante consecuente con el tipo de vínculos familiares en nuestro país y que ayudaría a repartir entre más sujetos las actividades de cuidado. Incluso podría haberse establecido, con algunas excepciones, un límite de duración máxima para cada sujeto, lo que favorecería la alternancia.

Pero el principal problema es que el modelo normativo español es escasamente sensible frente a la maternidad y el cuidado de los hijos. En general es desconfiado y perpetúa modelos incompatibles con la corresponsabilidad. Algunos ejemplos de esta postura normativa escasamente sensible frente a la conciliación y la corresponsabilidad se presentan a continuación.

1) La participación social en el coste del cuidado de los hijos (vía Seguridad Social fundamentalmente) es muy reducida: se limita a la prestación de maternidad, la prestación de paternidad, la reciente prestación para el cuidado de hijo con enfermedad grave y a una serie de cotizaciones ficticias que han sido objeto de estudio en otra parte del presente trabajo (excedencia, reducción de jornada...). La prestación de maternidad está configurada de una manera totalmente hostil al reparto de responsabilidades, pensando en un modelo

⁶² Un interesante análisis crítico de esta prestación, en el que se destaca la cortedad de miras del legislador, por Lousada Arochena, "Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave", *AL*, 8, 2011, pág. 7.

familiar en que la mujer es la responsable exclusiva de las responsabilidades domésticas y familiares. Al respecto, no se entiende el mantenimiento del requisito de que ambos trabajen que se exige para que el padre pueda acceder a parte de la prestación de maternidad lo que hace que la prestación de maternidad disfrutada por el padre en estas condiciones sea la única prestación de seguridad social que requiere una doble cotización: la de la madre, primero, y la del padre después. Ciertamente el requisito de que ambos trabajen aplicado a la maternidad no es contrario ni a la Constitución española ni al derecho de la Unión europea, como se ha encargado de establecer recientemente el Tribunal Constitucional⁶³, pero sin duda el asunto *Roca Alvarez (supra)* introduce en su fundamentación una serie de interesantes reflexiones acerca del perjuicio que ocasionan las normas de atribución preferentemente femenina de los derechos vinculados al cuidado de los hijos. La regulación de la maternidad y paternidad en España está definitivamente atrofiada: regula situaciones que no merecen protección (hospitalización del neonato), inventa problemas donde no los hay (incompatibilidad entre la maternidad a tiempo parcial y la excedencia) y establece incomprensibles requisitos (el hecho de que la cotización sea fundamentalmente cualificada -tenga que producirse en un periodo de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante de 7 años-, penalizando con mayor cotización cuando la cotización sobrepasa este espacio temporal; o todos los requisitos para el acceso a la paternidad que se han comentado anteriormente). Todo ello, evidencia, al final, una gran reticencia social ante la maternidad, ante el cuidado, ante la paternidad y ante el reparto que inevitablemente repercute en la opción de las unidades familiares en cuanto al número de hijos.

2) El mecanismo de conciliación que fundamentalmente establece el ordenamiento español gira en torno al derecho a la ausencia (permisos). No están previstos seriamente derechos de ajuste de jornada más allá de la reducción de jornada del art. 37.5 ET, que solo es operativo en tanto en cuanto no implique alteración de horario. Asimismo, el art. 34.8 ET establece un derecho a la adaptación de la jornada cuyo alcance efectivo es, al menos, cuestionable. Por tanto su nivel de compromiso con un eventual derecho a la adaptación es bastante tibio. Esta inexistencia de reconocimiento del derecho al trabajo en los supuestos de conciliación se advierte también en otros aspectos: por ejemplo, la norma laboral española no se ha mostrado particularmente enérgica con las posibilidades de alternancia de la prestación de maternidad con el trabajo, puesto que, salvo convenio colectivo, el disfrute a tiempo parcial de la suspensión/prestación por maternidad y paternidad requiere acuerdo al respecto con el empresario. Lo mismo sucede con la posibilidad de acumular el tiempo de lactancia a la maternidad. La norma española debía haber establecido ambas posibilidades (de disfrute a tiempo parcial y de acumulación de maternidad y

⁶³ STCo 75/2011, de 19 de mayo

lactancia) como un derecho del trabajador/a, y no como una mera posibilidad condicionada al acuerdo, lo que a su vez hubiera actuado como un incentivo para que las empresas se avinieran a negociar medidas de ajuste temporal en convenios colectivos que permitieran acomodar las necesidades temporales del mayor número de trabajadores/as. Resulta de todo punto incomprensible que se mantengan derechos desfasados e inútiles en términos similares a como se hacía hace más de cien años (por ejemplo, con relación a la lactancia) y que no se plantee seriamente la necesidad de instaurar, en cambio, mecanismos efectivos de ajuste temporal para asegurar el derecho al trabajo de los sujetos con responsabilidades familiares. De hecho valdría la pena renunciar a figuras como el permiso de lactancia a cambio de una mayor implicación normativa en los derechos vinculados a los ajustes de jornada.

3) Existen en el ordenamiento jurídico laboral español serios defectos en relación con la fuerza mayor familiar. La cuestión es particularmente grave porque la obligación de permisos por fuerza mayor familiar en los casos en que resulta necesaria la presencia de padres/ madres está expresamente prevista en la Directiva 2010/18 (como lo estaba en su precedente la Directiva 96/34). Las posibilidades que establece al respecto la normativa española son claramente insuficientes. Por ejemplo, la posible excedencia fraccionada por cuidado de hijos resulta inoperante como instrumento para la fuerza mayor familiar porque puede venir condicionada a un preaviso que no siempre puede concederse. La fuerza mayor es uno de los principales retos para la conciliación efectiva en nuestro país.

4) No existe transversalidad en las normas laborales con relación a los derechos de cuidado porque la norma laboral se ha elaborado sin tener en cuenta las consecuencias que puede tener en las personas con responsabilidades de cuidado. En este contexto la existencia de responsabilidades familiares no genera realmente ninguna obligación para el empresario que le incentive para favorecer la adaptación del tiempo de trabajo: tan solo tiene que esperar a que los trabajadores/as que no pueden aguantar la situación abandonen. Se genera cierto darwinismo social en el que solo sobreviven los fuertes: los que no tienen responsabilidades familiares (generalmente hombres) o los que tienen suficientes ingresos para contratar a otros que se encarguen del cuidado. Probablemente la configuración de una obligación legal de conciliación, que recayera en el empresario, favorecería que voluntariamente adoptara mecanismos de ordenación del tiempo de trabajo favorables a los trabajadores con responsabilidades familiares. Pero, por contra, el tema se deja en manos de la buena voluntad del empresario o, en todo caso, de las posibilidades que puedan abrir los convenios colectivos.

5) Finalmente, ni siquiera la prestación de paternidad ha servido en España para favorecer la inversión de roles. La suspensión del incremento de su dura-

ción a cuatro semanas ha evidenciado que la corresponsabilidad (y en general las políticas de igualdad) son consideradas una especie de lujo del que es necesario prescindir en épocas de crisis. Entretanto, la actual configuración de 13+2 es absolutamente insuficiente como mecanismo para la alteración de roles sociales por lo que es un coste que, aunque sea bajo, resulta innecesario. Asimismo, la configuración del permiso de paternidad en la regulación española no es lo suficientemente rotunda como instrumento antidiscriminatorio. Ello se advierte, por ejemplo, en sus importantes defectos de rigidez. Efectivamente, si el objetivo del permiso de paternidad es favorecer el reparto de responsabilidad debería promocionarse su utilización y no establecer limitaciones a su ejercicio. No tiene por ello demasiado sentido que si se disfruta a tiempo parcial la jornada tenga que ser de, al menos, el 50%; o que no sea fraccionable; o que tenga que disfrutarse simultáneamente a la maternidad o inmediatamente después de ella. Asimismo, el permiso de paternidad se comprende mal en un contexto en que se dificulta la participación del padre en la maternidad y en la lactancia. No tiene demasiado sentido que, de un lado, se pretenda fomentar el reparto de responsabilidades mediante un permiso de disfrute exclusivo como el permiso de paternidad; y, de otro, se dificulte el disfrute por parte del padre del permiso de maternidad.