

PENSIONES Y BRECHA DE GÉNERO EN ESPAÑA: UN COMPLEJO DIÁLOGO ENTRE LA NORMATIVA NACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

¹ÁNGEL JURADO SEGOVIA

<http://dx.doi.org/10.21902/rbp.v11i2.5226>

RESUMEN

El presente estudio reseña la controversia jurídica suscitada en torno a una medida del sistema español de Seguridad Social instaurada en orden a reducir la brecha de género en las pensiones. Aunque a nivel nacional parecía haberse descartado que esta medida causase alguna discriminación prohibida, el Tribunal Europeo de Justicia de la Unión Europea sí que ha declarado que esta medida es contraria a la igualdad entre hombres y mujeres. Esta sentencia europea ha provocado que recientemente el legislador español haya reformado la regulación de esa medida. No obstante, tras la reforma se siguen planteando dudas acerca de su acomodo con las pautas marcadas por la jurisprudencia europea.

PALABRAS CLAVE: España; Pensiones; Brecha de género; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Discriminación entre hombres y mujeres.

ABSTRACT

This paper reviews the legal controversy raised around a measure of the spanish Social Security system introduced in order to reduce the gender gap in pensions. Although at the national level it seemed to have been ruled out that this measure caused any prohibited discrimination, the European Court of Justice of the European Union has declared that this measure is contrary to equality between men and women. This European ruling has recently led the Spanish legislator to reform the regulation of this measure. However, after the reform, doubts continue to be raised about the compliance with the guidelines set by european jurisprudence.

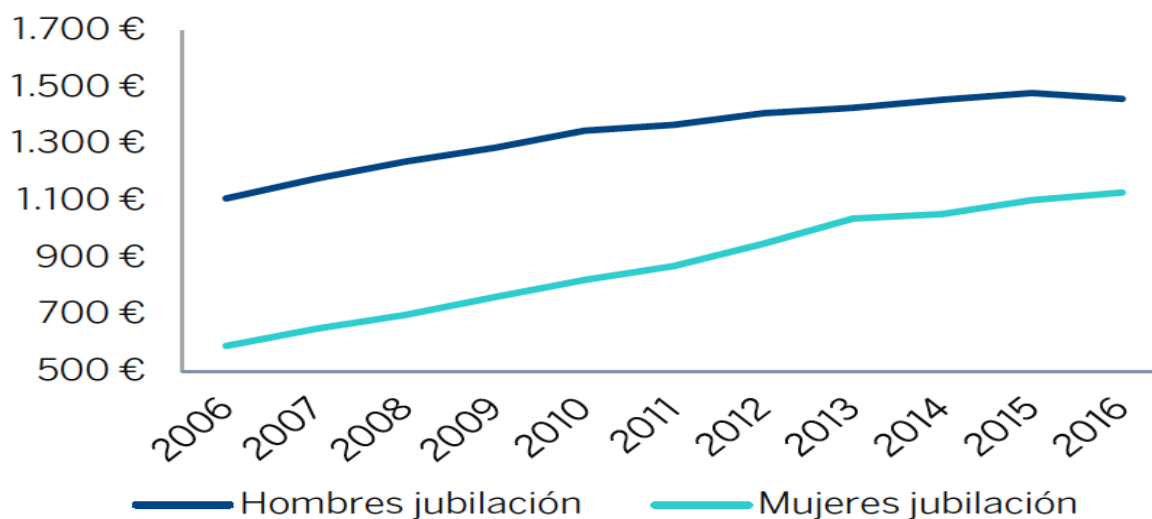
KEYWORDS: Spain; Pensions; Gender gap; Court of Justice of the European Union; Discrimination between men and women.

¹ Doctor en Derecho. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid, (España). E-mail: angel.jurado@ucm.es Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-2612-9967>

Introducción

Como ponen de manifiesto diversos estudios (cfr., entre otros, Ayuso y Chuliá, 2018), en España la brecha de género en las pensiones -en particular en las pensiones contributivas de jubilación (ver figura 1)-, se debe fundamentalmente a las diferencias en los comportamientos laborales de los hombres y mujeres, pues estas últimas han venido asumiendo en mayor medida las tareas de cuidado del hogar y de los hijos, participando, por ello, en menor medida en el mercado de trabajo, con el consecuente efecto de un menor número de pensiones de jubilación generadas por mujeres y de unas pensiones más reducidas económicamente.

Figura 1. Importe medio de las pensiones de jubilación de hombres y mujeres (España 2006-2016).



Fuente: Ayuso y Chuliá, 2018.

1. Algunas medidas normativas adoptadas frente a la brecha de género en las pensiones. En particular, sobre el llamado “complemento por maternidad”.

La normativa española en materia de Seguridad Social ha ido tomando consciencia de esta situación y se han ido incorporando a la misma algunas medidas que, de un modo u otro, pretenden mitigar tales efectos. Sin perjuicio de otras medidas normativas que pueden ser valoradas desde una perspectiva de género, las que tradicionalmente han pretendido tener un impacto sobre el reconocimiento y cuantías de las pensiones para reducir sus diferencias entre hombres y mujeres son medidas que han incidido sobre las cotizaciones relevantes a tales efectos. En este sentido, sin ánimo exhaustivo, se pueden citar como ejemplos significativos las siguientes medidas.

De un lado, lo que se conoce como periodos de cotización asimilados por parto (art. 235 Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social –en adelante LGSS-). Cuando una mujer acceda una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente, se le computarán 112 días de cotización por cada parto de un hijo, salvo que, por ser trabajadora en activo el momento del parto, se hubiera cotizado durante ese periodo. Esta medida pretende complementar las carreras de cotización de las mujeres con hijos, considerando el hecho de que a veces abandonan el mercado laboral en los momentos próximos al parto.

Por otro lado, el reconocimiento también de cotizaciones ficticias en caso de excedencia -suspensión del contrato de trabajo- o reducción de la jornada de trabajo por razones familiares (art. 237 LGSS). Cuando se ejercita el derecho laboral a la excedencia por cuidado de hijo u otros familiares, la Seguridad Social reconoce el tiempo de excedencia –con un los límites temporales- como cotizado –aunque no ha existido cotización real-, intentando así evitar o reducir los efectos negativos que dicho apartamiento del mercado laboral puede comportar de cara al acceso o en el importe de futuras pensiones. Algo similar se prevé para el caso de las reducciones de jornada por razones familiares, respecto las cuales se computan las cotizaciones al 100% como si no hubiera existido reducción de jornada, ni, por tanto, reducción del salario que se utiliza como referencia para determinar la cotización. Aunque estas medidas se prevén indistintamente para hombres y mujeres –pues ambos pueden ejercer los derechos laborales a la excedencia y a la reducción de jornada- tienen un mayor impacto en las mujeres, en la medida que son éstas las que más habitualmente ejercitan tales derechos a la excedencia o la reducción de jornada por razones de cuidado de hijo u otros familiares.

Sin embargo, a partir de la Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado, se introdujo en España otra medida adicional que ha actuado no ya sobre las cotizaciones sino directamente sobre el importe de ciertas pensiones reconocidas a partir del 1 de enero de 2016. La medida quedó definitivamente plasmada en el art. 60 de la LGSS, titulado “*Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social*”, cuyo apartado 1 disponía, en su formulación original, lo siguiente:

“Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.”

Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala:

- a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.*
- b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento.*
- c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.”*

Es decir, una medida dirigida a aumentar el importe de las pensiones contributivas más relevantes del sistema español de Seguridad Social, siendo los requisitos determinantes del derecho a tal incremento -calculado porcentualmente sobre la cuantía resultante de la aplicación de las reglas generales previstas en la normativa de Seguridad Social- ser mujer y haber tenido, en el momento del acceso a la pensión, dos o más hijos, biológicos o adoptados. En el caso de la jubilación, no obstante, se excluía el reconocimiento del incremento en caso de que se accediese a determinadas fórmulas de jubilación anticipada o jubilación parcial (art. 60.4 LGSS).

La medida ha venido teniendo un impacto significativo en las pensiones reconocidas a las mujeres en los últimos años. Así, desde de su entrada en vigor y hasta finales de 2019, más de 640 mil mujeres habían visto reconocido un complemento en su pensión, con una cuantía media mensual de aproximadamente 59 euros, desglosándose, según la tipología de pensión, en entorno a 314 mil complementos de pensiones de viudedad, entorno a 274 mil complementos de pensiones de jubilación y entorno a 58 mil complementos de pensiones de incapacidad permanente (cfr. Gala Durán, 2020, p. 2; Moreno Romero, 2021, p. 684).

Desde el punto de vista de la *ratio legis*, aunque la norma aludía única y expresamente a la “aportación demográfica” como razón justificativa de esta medida, vinculándola, sobre todo hacia el futuro, con la cuestión relativa a la sostenibilidad del sistema de pensiones, también podía deducirse de forma bastante evidente que, desde una perspectiva histórica, pero, sin duda, con implicaciones en las pensiones reconocidas en el momento presente a muchas mujeres, la novedad introducida en 2015 tenía entre sus motivaciones subyacentes mitigar las consecuencias negativas de ciertas de situaciones de desigualdad sufridas históricamente por las mujeres y contribuir así a rebajar la brecha de género que desde el plano laboral se traslada a las pensiones de Seguridad Social, en la línea de lo recomendado por el llamado “Pacto de Toledo” –comisión parlamentaria especializada en materia de pensiones- (cfr. García Romero, 2016, p. 129 y 130; Martínez Barroso, 2020, p. 6 y ss.). De hecho, en este sentido resultaba

muy expresivo el proyecto de Real Decreto que se estuvo tramitando en 2018 por el Gobierno para complementar y desarrollar ciertos aspectos de la regulación del citado complemento en las pensiones; proyecto que finalmente no fue, sin embargo, aprobado (cfr. Rivas Vallejo, 2020, p. 2).

Intentando buscar una explicación sobre por qué el legislador evitó fundamentar más directamente y desde un primer momento el citado complemento en la reducción de la brecha de género, quizá cobre relevancia el hecho de que para el objetivo global de mitigar tal brecha se entendiese necesario que una de las pensiones a las que se debía unir tal complemento era la pensión de viudedad; pensión ésta en que el número de mujeres beneficiarias es radicalmente superior al de hombres -aproximadamente un 90% mujeres- y de ahí que tales pensiones de viudedad sean, como se ha señalado, las que mayor porcentaje han venido representado en cuanto a los complementos reconocidos desde 2016. Cabe pensar, por tanto, que el legislador a la hora de diseñar el complemento tenía muy en mente el perfil de mujer totalmente o muy apartada del mercado laboral y dedicada fundamentalmente al cuidado de los hijos, que se ve, además, afectada por la situación de necesidad derivada del fallecimiento del cónyuge (cfr. Rivas Vallejo, 2020, p. 10). Sin embargo, paradójicamente, la justificación de la brecha de género podía no acomodarse suficientemente para explicar el reconocimiento del complemento en tales pensiones contributivas de viudedad de las mujeres, pues, de acuerdo con las reglas del sistema español de Seguridad Social, tales pensiones se calculan a partir de las carreras de cotización del cónyuge o pareja de hecho fallecida, de modo que cuando éste es un hombre podía resultar algo forzado invocar la discriminación histórica en el mercado de trabajo y, por tanto, en las cotizaciones, como fundamento de un complemento por brecha de género en las pensiones (cfr., en esta línea, Vigo Serralvo, 2020, p. 286 y 287).

Sea como fuere, repasando algunas otras consideraciones efectuadas por la doctrina, y sin perjuicio de que algún análisis ya anticipó la probable contradicción entre el reseñado complemento “por maternidad” y la jurisprudencia europea desde la perspectiva de la no discriminación entre hombres y mujeres –ver *infra* 2- (Ballester Pastor, 2016, p. 72 y ss.), la mayoría de críticas doctrinales se han venido focalizando en otras exclusiones derivadas de la titularidad definida por el legislador a la hora de reconocer el complemento a las mujeres, particularmente por dejar fuera a las pensiones reconocidas a las mujeres con anterioridad a 1 de enero de 2016, a las mujeres con un solo hijo y a las mujeres que acceden a la jubilación anticipada (cfr., entre otros, Sánchez Rodas, 2019, p. 1 y 2; Vigo Serralvo, 2020, p. 282 y 283; Villar Cañada, 2020, p. 292; Moreno Romero, 2021, p. 680).

Respecto a la posible discriminación entre hombre y mujeres, el Tribunal Constitucional español (en adelante TC) desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un órgano judicial por considerar que la misma carecía de fundamentación suficiente al limitarse a plantear la vulneración constitucional pero “*sin efectuar por sí mismo ningún análisis de la grave censura de inconstitucionalidad que así se expresa, en particular sin atender a las diversas justificaciones (de orden biológico y socio-laboral) de la diferencia de trato aducidas por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social*” (Auto 61/2018). Ello ya anticipaba, en buena medida, que el TC consideraba que se trataba de una medida con justificación constitucional desde el punto de vista de la finalidad perseguida de compensar a las mujeres por su histórica postergación en el mercado laboral, tal y como quedó más evidenciado en una posterior decisión del TC. Inadmitiendo, en efecto, otra cuestión de inconstitucionalidad, referida en este caso el no reconocimiento del complemento a las mujeres que accedían a la jubilación anticipada voluntaria, el TC destacó que el “complemento por maternidad” no tenía como motivación tan sólo la “aportación demográfica” sino que también respondía al objetivo de compensar a aquellas madres cuya cotización se ha visto acortada por las “*dificultades para la conciliación de la maternidad*”; esto es, a “*las madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores*”. Por ello, el TC no consideró arbitrario ni irracional, sino objetivo y razonable, que el legislador hubiese excluido del complemento a aquellas mujeres que son ellas voluntariamente las que deciden, además, acortar voluntariamente su “*carrera de seguro*” accediendo a la jubilación anticipada (Auto 114/2018). De este modo, de un modo más o menos explícito, también el TC español vino a conectar el complemento “por maternidad” con la finalidad de mitigar la brecha de género en las cotizaciones y, por ende, en las pensiones derivada de la tenencia y cuidado de hijos.

Sin embargo, este complemento ha seguido estando en los últimos meses en el centro de la actualidad jurídica relativa al sistema de pensiones español, pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) sí que enjuició la medida como discriminatoria para los hombres (§2); lo que recientemente ha llevado al Gobierno español a reformular el contenido de la regulación contenida en el citado art. 60 LGSS (§3).

2. El TJUE considera el “complemento por maternidad” discriminatorio para los hombres.

En efecto, como se apuntaba, el TJUE dictaminó, a través de su sentencia de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18; asunto WA), que el complemento reconocido en el art. 60 LGSS constituía, respecto a los hombres, una discriminación prohibida por el Derecho de la Unión Europea. La citada sentencia trae causa en la pensión de incapacidad permanente reconocida a un hombre, que alegó que, al ser padre de dos hijas, tendría derecho a un complemento de la pensión del 5%. La Seguridad Social denegó tal complemento, argumentando que la normativa era clara en el sentido que el complemento se reconocía únicamente a las mujeres. El beneficiario de la prestación recurrió la decisión ante los tribunales de justicia, correspondiendo el asunto al Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona. En opinión de este órgano judicial, la maternidad biológica implica un mayor sacrificio para las mujeres a nivel personal y profesional, por lo que desde este punto de vista podría justificarse un complemento destinado tan sólo a las mujeres, si bien el hecho de que el fundamento del complemento girase en torno a la “aportación demográfica” - lo que es predicable tanto de mujeres como de hombres-, provocó que el órgano judicial albergase dudas sobre la conformidad de la norma española con la normativa europea en materia de no discriminación por razón de sexo, planteando, por ello, una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Pues bien, los razonamientos que llevaron al Tribunal europeo a concluir que, efectivamente, el complemento por maternidad en las pensiones del sistema español constituía una discriminación por razón de sexo, se pueden sintetizar del siguiente modo:

- La Directiva europea 79/7, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, prevé expresamente, en su art. 4.1, la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo en el cálculo de la prestaciones. Discriminación directa para los hombres en la que el TJUE entiende que incurre el complemento español de las pensiones al no dispensarles el mismo tratamiento que a la mujeres que han tenido 2 o más hijos, sin que la justificación de la “aportación demográfica” pueda justificar dicho trato desigual en tanto que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres.

- No se aceptan las argumentaciones formuladas por el Gobierno español en el sentido de que el complemento no sólo tiene como objetivo recompensar a las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos por su aportación demográfica a la Seguridad Social, sino también minorar la brecha existente entre las pensiones de hombre y mujeres, que se produce como consecuencia

de las distintas trayectorias laborales, aportándose, en este sentido, por parte de la Administración española numerosos datos estadísticos reveladores de las diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de hombres y mujeres. Para el TJUE, que complemento tenga por objeto también la protección de la mujer como progenitora/cuidadora y los citados datos estadísticos no son elementos suficientes para justificar la desigualdad de trato, pues no cabe excluir que un progenitor padre se pueda encontrar en una situación comparable al de una mujer, sufriendo las mismas desventajas en su carrera profesional y de seguridad social.

- El art. 4.2 de la citada Directiva prevé una excepción a la exigencia de igualdad de trato, disponiendo que la misma no se opone a aquellas disposiciones que vayan dirigidas a proteger a la mujer por razón de su maternidad, lo que permite normas específicas en materia de seguridad social que protejan a la mujer durante su embarazo e incluso durante un periodo posterior al parto. No obstante, el TJUE entiende que el complemento por maternidad en las pensiones no resulta subsumible en tal excepción en tanto que dicho complemento no está específica ni necesariamente vinculado al hecho de que la mujer haya disfrutado de un permiso de maternidad, ni a las concretas desventajas en su carrera que haya podido sufrir una mujer en el periodo posterior al parto, pues se puede reconocer el complemento a madres que accedieron al mercado laboral tiempo de después haber dado a luz.

- El art. 7.1. b) de la Directiva 79/7 considera no contrarios a los principios de la misma los beneficios que en materia de jubilación se puedan reconocer en favor de las personas que se han ocupado de la educación de hijos y en general en todas las prestaciones después de periodos de interrupción del empleo debidos a tal educación de los hijos. Mas, de nuevo, el TJUE no considera aplicable esta disposición al caso del complemento español enjuiciado, toda vez que el mismo no queda supeditado expresamente a tales circunstancias sino simplemente a la tenencia de hijos biológicos o adoptados.

- Finalmente, el TJUE tampoco entiende que el complemento por maternidad del sistema español de pensiones se acomode a lo dispuesto en el art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece que el principio de igualdad de trato no impide a los Estados miembros adoptar medidas para facilitar al sexo menos representado su participación en actividades profesionales o dirigidas a evitar o compensar ventajas en sus carreras profesionales, por cuanto que, más allá de suponer una mejora en el momento de lucrar prestaciones de Seguridad Social, el citado complemento no parece que aporte remedio alguno a los problemas o desventajas que pueden encontrar las mujeres durante su carrera profesional,

no contribuyendo, por tanto, a una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional.

• Por todo lo anterior, el TJUE concluye que el principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres en materia de seguridad social *“debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional (...) que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión”*.

Entre la doctrina que ha prestado atención a este pronunciamiento del TJUE, se pueden detectar voces bastante críticas, considerándola una decisión judicial excesivamente formalista que ignora una incontestable realidad histórica que la norma española pretendía paliar, por los menores salarios y cotizaciones que en general afectan a las mujeres y que se asocian al cuidado de hijos, sin que otras medidas ligadas más estrictamente a los momentos cercanos a la maternidad permitan cubrir esa realidad y sin tener en cuenta otras situaciones como la de la mujer pensionista de viudedad que nunca ha estado integrada en el mercado laboral (cfr., en esta línea, Rivas Vallejo, 2020, p. 10; Martínez Barroso, 2020, p. 19 y 20. Véase también, aunque criticando también la improvisación del legislador español, Villar Cañada, 2020, p. 296 y 297). En esta misma dirección, la decisión del TJUE ha sido valorada negativamente por desconocer una realidad social que acaba por dinamitar la noción de acción positiva a favor de las mujeres (Ramos Quintana, 2020, p. 14 y 15).

3. La reformulación normativa del complemento en las pensiones: el nuevo complemento “para la reducción de la brecha de género”.

Más de un año después de que el TJUE declarase la incompatibilidad del complemento “por maternidad” con la normativa europea, el Gobierno español ha recurrido al instrumento del Real Decreto-Ley –previsto constitucionalmente (art. 86) para aprobar normas con rango de Ley sin tramitación parlamentaria por razones de urgente y extraordinaria necesidad- para reformular el mencionado complemento. Mediante el Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, se ha dado, en efecto, una nueva redacción al art. 60 LGSS, que sigue previendo un complemento para ciertas pensiones contributivas; complemento que ahora sí se identifica expresa y formalmente con el objetivo de reducir la brecha de género.

Según se desprende del propio preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2021, la reforma del art. 60 LGSS responde a la necesidad redefinir el complemento para adecuarlo a la jurisprudencia europea antes reseñada y convertirlo en un instrumento más eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones, que “*constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas. En este sentido, se constata que la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y es esta una, si no la más importante, causa de esa brecha*”; lo que no es óbice para dejar “*la puerta abierta a que aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados tengan acceso al <<complemento>>*”. Y, para justificar la legitimidad del principal objetivo perseguido por este nuevo complemento, nótese que el Real Decreto-Ley invoca la doctrina del Tribunal Constitucional antes citada y que había sido vertida para legitimar el anterior complemento “por maternidad”, concibiéndolo como una medida de acción positiva para compensar a las mujeres (Autos 114/2018 y 119/2018). La necesidad de dar una “*respuesta legislativa inmediata*” a la interpretación efectuada por el TJUE y asegurar que se sigue avanzando en la reducción de la brecha de género con garantías de seguridad jurídica son las razones que esgrime, asimismo, el preámbulo del Real Decreto-Ley para haber acometido la reforma del complemento a través de un instrumento normativo de tal naturaleza, reservado, como se decía, para casos de extraordinaria y urgente necesidad.

Siendo cierto que la utilización de la figura del Real Decreto-Ley en supuestos con, cuando menos, dudosa justificación, se ha convertido en una práctica relativamente frecuente de diversos Gobiernos desde hace ya algunos años, puede resultar más sorprendente en el presente caso, habida cuenta de que, de un lado, la aprobación del Real Decreto-Ley se ha producido más de un años después de que se dictase la sentencia del TJUE y, por otro lado, el mismo Gobierno que ahora ha decidido reformular el complemento había venido optando por mantener como criterio administrativo el no reconocimiento del complemento a los hombres que lo reclamaban; es decir, no adaptar la práctica administrativa a la sentencia del TJUE, lo que ha comportado una significativa conflictividad judicial y, en buena medida, una situación de inseguridad jurídica a la par que de desigualdad en la aplicación de la ley, en tanto que sólo han obtenido el complemento aquellos hombres que han llevado el asunto hasta los tribunales (cfr. Moreno Romero, 2021, p. 684-687 y 706, que señala que a finales de 2020 se había

registrado un total de 524 procesos judiciales sobre el particular). Por ello, llama la atención que el Gobierno haya aludido ahora a razones de urgencia legislativa y de seguridad jurídica, cuando seguramente podría o debería haber invocado previamente tales razones para suspender la aplicación del complemento hasta no haberse aprobado una nueva configuración del complemento por la vía legislativa ordinaria (en esta línea, Moreno Romero, 2021, p. 684, 686 y 706).

Sea como fuere, veamos cuáles son las líneas maestras del nuevo complemento, centrándonos en el reconocimiento de la posibilidad de que en determinadas circunstancias puedan ser titulares del complemento también los hombres y en el nuevo modo de determinar la cuantía del complemento, que constituyen, sin dudas, las dos novedades más relevantes de la reforma operada.

El derecho al complemento se sigue vinculando a las pensiones contributivas de jubilación –no excluyéndose ahora a la jubilación anticipada, aunque sí se mantiene la exclusión de la jubilación parcial-, incapacidad y viudedad y en cuanto a su titularidad se sigue haciendo referencia, de entrada, a las mujeres con hijos sin mayores precisiones, con la relevante diferencia que se incluye también a las mujeres que hayan tenido un solo hijo. En consecuencia, el nuevo complemento sigue operando sobre una suerte de presunción de que las mujeres con hijos han tenido mayores dificultades para complementar unas carreras de cotización a efectos de lucrar ciertas pensiones de Seguridad Social y, por ello, se les reconoce el complemento sin necesidad de mayores requisitos (cfr. Moreno Romero, 2021, p. 710).

Cuestión diversa es que esa presunción pueda quedar desplazada si el otro progenitor de los hijos también solicita el complemento, aunque ello no significa automáticamente que la mujer vaya a dejar de tener reconocido el complemento. Es decir, ambos progenitores de un hijo pueden *a priori* tener derecho al complemento, pero en el bien entendido que cada hijo sólo puede dar derecho a un único complemento –no cabe, por tanto, que un hijo genere un complemento en la pensión de su madre y de su padre a la vez-. Para que el derecho del progenitor mujer quede desplazado por el derecho del progenitor hombre se exigen, en el caso de las pensiones de jubilación o incapacidad permanente, que concurren unas circunstancias concretas, a saber: que medie solicitud expresa por parte de ese otro progenitor hombre y que el mismo reúna unos requisitos que se refieren a sus cotizaciones y cuantía de las pensiones reconocidas. En este sentido, la norma dispone concretamente el siguiente régimen a efectos de que los progenitores hombres puedan tener derecho al complemento:

- Para el caso de un complemento por hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de 120 días sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento o adopción y los 3 años posteriores a dicha fecha, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

- Para el caso de un complemento por hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995: que la suma de las bases de cotización de los 24 meses siguientes al nacimiento o adopción sea inferior, en más de un 15%, a la de los 24 meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

Como se puede comprobar, se trata de una regulación algo alambicada, pero que, a la postre, lo que viene a establecer es que mientras que en el caso de las mujeres se presumen, como se decía, sin necesidad de mayores datos, los obstáculos para sus carreras de cotización derivados de la tenencia de hijos, en el caso de los hombres se tienen que acreditar ciertas circunstancias que permitan, cuando menos, correlacionar ciertos “altibajos” o impactos negativos en la carrera cotización con la tenencia de hijos y que, además y en todo caso, las pensiones generadas sean inferiores a las del progenitor mujer. En la práctica, parece que cabe afirmar que en las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente el complemento se va a seguir reconociendo en la mayoría de casos a las mujeres, quedando excluidos los hombres. Con todo, no cabe descartar que también en la práctica se pueda dar algún supuesto concreto particularmente conflictivo, como consecuencia de que el legislador no haya contemplado que ocurre en los casos de divorcio, separación o ruptura de una pareja de hecho, ni se haya contemplado que posible influencia tiene a la hora de atribuir el reconocimiento del complemento el régimen de guardia y custodia que se hubiera establecido respecto a los hijos -a diferencia de lo que sí ocurre en otras prestaciones del sistema de Seguridad Social (cfr. arts. 11, 21 y 25 del Real Decreto 1335/2005, sobre prestaciones familiares)-. Alguna doctrina ya había advertido de los problemas aplicativos que se podrían derivar en este sentido de una reformulación del complemento que abriera su reconocimiento a los hombres, pero sólo reconociese un complemento por “unidad familiar” (Gala Durán, 2020, p. 6 y 7).

En el supuesto de la pensión de viudedad, los progenitores hombres también pueden tener derecho al complemento, pero, nuevamente, las condiciones de acceso divergen respecto a las mujeres, pues en tal caso el único requisito es haber tenido un hijo, mientras que en el caso de los hombres se exige que el hijo o hijos sean comunes con la persona sujeto causante de la

pensión de viudedad y que, además, alguno de esos hijos reúna los requisitos para lucrar la pensión de orfandad. Por tanto, considerando las reglas aplicables a esta última pensión (art. 224 LGSS), ello excluye que los hombres puedan tener derecho al complemento cuando los hijos comunes con la mujer fallecida han alcanzado una cierta edad -21 o 25 años, según los casos y salvo en el caso de hijos incapacitados para trabajar-.

Por otra parte, Como se apuntaba, otra diferencia significativa del nuevo complemento respecto al precedente se refiere a su cuantía. Ahora su importe ya no se determina a través un porcentaje sobre la cuantía de la pensión a la que se tiene derecho y en función del número de hijos, sino que el importe del complemento se establece mediante una cantidad a tanto alzado por cada hijo. Así, en 2021 se reconocerá un complemento equivalente a 27 euros mensuales (Disp. Ad. 1ª Real Decreto Ley 3/2021) por cada hijo, con el límite máximo de 4 hijos, a abonar en 14 pagas, junto con el abono de la pensión que lleva aparejada el complemento. Se prevé, asimismo, que el importe del complemento se incrementará cada año en el mismo porcentaje que se incrementen las pensiones contributivas, quedando ello fijado a través de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En todo caso, adviértase que el viejo y nuevo complemento van a convivir, pues éste último sólo resulta aplicable a las pensiones que se reconozcan a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2021 -4 de febrero de 2021-, mientras que quienes ya tuvieran reconocido el anterior complemento “por maternidad” mantendrán su percibo. Ello no obstante, la percepción de este último complemento será incompatible con el complemento “para la reducción de la brecha de género” que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, debiéndose optar entre uno u otro complemento. Además, cuando al otro progenitor, de alguno de los hijos que hubiese dado lugar al reconocimiento del complemento “por maternidad”, le sea reconocido el complemento para la reducción de la brecha de género, la cuantía mensual de este último se deducirá del complemento “por maternidad” que se viniera percibiendo.

Finalmente, nótese también que el nuevo complemento complementos se prevé como una medida temporal, de modo que, en principio, no se reconocerán más complementos –aunque parece que se mantendrá el derecho a seguir percibiendo los ya reconocidos- cuando la diferencia entre el importe medio de las pensiones contributivas de jubilación causadas –parece que se refiere a nuevos reconocimientos- en el año anterior no supere el 5%. Según fuentes del propio Gobierno, en el momento de aprobarse el nuevo complemento dicha brecha en las

pensiones contributivas de jubilación rondaría el 19% (Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2021).

Reflexiones finales; ¿supera el nuevo complemento el test de no discriminación entre mujeres y hombres?

Una vez aprobado el nuevo complemento “para la reducción de la brecha de género” parece ineludible plantearse, a modo de reflexiones finales, si su configuración supera el test de no discriminación que cabe deducir de la doctrina del TJUE antes reseñada. Como ha señalado alguna autora, la reacción del Gobierno español ante dicha jurisprudencia se presenta, *prima facie*, como “una solución no pacífica” (Romero Moreno, 2021, p. 705). Y es que más allá de la vinculación formal con la doctrina del TJUE expresada en el preámbulo del RD-ley 3/2021 y del cambio nominativo del complemento, seguramente con la intención de hacerlo más aceptable desde el punto de vista de las políticas de acción positiva en favor de las mujeres, la cuestión de fondo es si el derecho al complemento se reconoce ahora a las mujeres y hombres –utilizando las propias palabras de la jurisprudencia europea- “que se encuentren en una situación idéntica”.

La respuesta es, a mi modo de ver, negativa, pues parece obvio, a la luz de la regulación del nuevo complemento en las pensiones de jubilación o incapacidad permanente, que mientras que en el caso de las mujeres se presume sin más que la tenencia de hijos ha causado unas desventajas, en el caso de los hombres se exigen acreditar unas circunstancias vinculadas a su concreta carrera de cotizaciones y a su pensión para que se active la presunción en su favor, desplazando con ello el derecho al complemento de la progenitor mujer del mismo hijo. Por lo demás, en el caso de la pensión de viudedad también se prevén, como se vio, condiciones diversas de acceso al complemento para mujeres y hombres, más restrictivas en este último caso. Las diferencias en las presunciones y requisitos establecidos para mujeres y hombres hacen muy complejo afirmar que el nuevo complemento se reconozca a mujeres y hombres que se encuentren en una situación idéntica.

La opción más segura que se le planteaba al legislador español para acomodar el complemento a la jurisprudencia europea, esto es, reconocer sin más el anterior complemento a los hombres, era tan sencilla como inviable desde el punto de vista de la sostenibilidad económica del sistema español de Seguridad Social, desde hace años bastante comprometida (cfr., haciendo algunas estimaciones del elevado coste que ello implicaría, Vigo Serralvo, 2020, p. 293). Ahora bien, aparte de esa inviable opción seguramente se presentaba alguna otra (cfr.

barajando diferentes opciones, Gala Durán, 2020, p. 6 y 7), que pudiera haber compaginado mejor los objetivos perseguidos por el legislador español y las pautas deducibles de la doctrina del TJUE. Siendo cierto que esta última no resulta del todo esclarecedora acerca de las características que debería reunir un complemento que primando el objetivo de reducir la brecha de género en la pensiones no sea discriminatorio para los hombres, a mi modo de ver, de los razonamientos esgrimidos por el TJUE cabe deducir que, a su juicio, la solución más respetuosa con la normativa europea pasaría por atribuir la titularidad indistinta y compatible del complemento a mujeres y hombres, pero condicionada en ambos casos a unos mismos requisitos que permitieran poner en relación la falta de actividad laboral y/o el descenso en las cotizaciones al sistema de Seguridad Social con los momentos cercanos al nacimiento o adopción de hijos y con su educación más o menos inicial (en esta línea parece leer la jurisprudencia europea Rivas Vallejo, 2020, p. 10 y 11).

Esta configuración del complemento, considerando la tendencia de las trayectorias históricas de hombres y mujeres en el mercado laboral español, seguramente hubiera llevado a que, al menos durante una primera etapa, se siguieran reconociendo muchos más complementos de pensiones a mujeres, aunque no impidiendo su reconocimiento a los hombres que acreditaran unas mismas condiciones. Que el legislador español no haya optado un complemento orientado en este sentido probablemente pone de manifiesto que, a pesar de la apertura formal del complemento a los hombres, el objetivo jurídico ha quedado, en buena medida, postergado por el objetivo político de conseguir que, con un esfuerzo presupuestario controlado y similar al del anterior complemento “por maternidad”, el nuevo complemento pueda ser reconocido al mayor número de mujeres posibles (cfr., apuntando el complejo abanico de objetivos presentes en la reformulación normativa del complemento, Romero Moreno, 2021, p. 707). Y, en este último sentido, el legislador ha aprovechado la ocasión para ampliar el complemento a los supuestos de un solo hijo y modificar su cuantía, dejando de operar como un porcentaje sobre la cuantía de la pensión y fijándose un importe igual para todos los beneficiarios por cada hijo, otorgando así al complemento un mayor carácter redistributivo (cfr. Romero Moreno, 2021, p. 711 y 712).

Referencias Bibliográficas

Ayuso, M. y Chuliá, E.: “¿Hacia la progresiva reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas?”, Documento de trabajo nº 22/2018, *BBVA Mi jubilación*, <https://www.jubilaciondefuturo.es/recursos/doc/pensiones/20160609/esfe/las-pensiones-y-la-brecha-de-genero.pdf>

Ballester Pastor, M. A.: “El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea, *Lex Social-Revista Jurídica de Derechos Sociales*, nº 1, 2016.

Gala Durán, C.: “El incierto futuro del "complemento por maternidad" tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA)”, *La Administración Práctica*, nº 4, 2020.

García Romero, M. B.: “Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género prestacional”, *Revista de Derecho Social*, nº 74, 2016.

Martínez Barroso, M. R.: “Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social. A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA vs Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18)”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 6, 2020.

Moreno Romero, F.: “La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones. Apunte sobre su reforma por el Real Decreto Ley 3/2021”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 58, 2021.

Ramos Quintana, M. I.: “El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica”, *Trabajo y Derecho*, nº 61, 2020.

Rivas Vallejo, P.: “La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 1, 2020.

Sánchez Rodas, C.: “Complemento por maternidad y pensiones contributivas. Las olvidadas madres del Baby Boom y las madres de hijos únicos”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº 1, 2019.

Secretaría de Estado de Seguridad Social: “El Gobierno aprueba un nuevo complemento para reducir la brecha de género en las pensiones”, *Revista de la Seguridad Social*, 2 de marzo de 2021; <https://revista.seg-social.es/2021/02/02/el-gobierno-aprueba-un-nuevo-complemento-para-reducir-la-brecha-de-genero-en-las-pensiones/>

Vigo Serralvo, F.: “Algunas notas críticas sobre el complemento por maternidad para las pensiones contributivas del art. 60 LGSS”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo-ADAPT*, nº 4, 2020.

Villar Cañada, I. M.: “¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº 1, 2020.