

¿Es posible configurar un complemento por maternidad/brecha de género no discriminatorio? Propuestas para una reforma

Is it possible to design a non-discriminatory pension increment to address the maternity/gender gap? Proposals for a legal reform

Iván Antonio Rodríguez Cardo

Catedrático de Universidad.

Universidad de Oviedo

 <https://orcid.org/0000-0003-0721-467X>

Sumario

1. Introducción
2. *The road so far*: dos complementos de prestaciones contributivas con finalidad legítima declarados discriminatorios por el TJUE
3. Una cuestión previa: ¿resultaba imprevisible que el TJUE considerase discriminatorio el complemento para la reducción de la brecha de género?
4. Dos premisas esenciales para el diseño de un complemento contra la brecha prestacional: fin legítimo y medios proporcionales y coherentes
5. Primera alternativa: complemento igualitario vinculado a un daño cierto por cuidado de hijos
6. Segunda alternativa: complemento de titularidad exclusivamente femenina contra la brecha de género
7. Consideraciones finales
8. Bibliografía

Resumen

Al igual que sucedió con el complemento de maternidad en 2019, el TJUE ha reiterado, ahora en relación con el complemento para la reducción de la brecha de género, que las medidas de acción positiva son contrarias al Derecho de la UE cuando su configuración proporciona a una mujer ventajas sobre un hombre que ha sufrido perjuicios comparables. Partiendo de la doctrina sentada por el TJUE, el presente estudio llega a la conclusión de que es posible implementar un complemento de pensión de naturaleza análoga a los que han sido declarados contrarios al Derecho de la UE, y propone dos alternativas diferentes en función del objetivo concreto que se trate de alcanzar.

Palabras clave

Brecha de género; Seguridad Social; conciliación; discriminación por razón de sexo; jurisprudencia del TJUE

Abstract

As with the maternity pension increment in 2019, the CJEU has now reiterated—this time in relation to the gender-gap pension increment—that positive action measures are contrary to EU law where their design grants women advantages over men who have suffered comparable disadvantages. Building on the doctrine established by the CJEU, this paper concludes that it is possible to implement a pension increment analogous in nature to those declared incompatible with EU law, and it proposes two alternative models depending on the specific objective pursued.

Keywords

Gender-gap; Social Security; work-life balance; gender discrimination; CJEU case law

1. INTRODUCCIÓN

La STJUE Melbán¹ ha declarado que el «complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género», regulado en el art. 60 LGSS, es incompatible con los arts. 4 y 7 de la Directiva 79/7/CEE, interpretados a la luz del artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pues los hombres deben cumplir requisitos más exigentes que las mujeres para causar el complemento. Como consecuencia, el TJUE considera que se ha producido una «discriminación directa» en perjuicio del varón, y admite que pueda «reconocerse al padre ese complemento con arreglo a los requisitos aplicables a las madres», incluso aunque «tal reconocimiento conlleve la supresión del complemento de pensión ya reconocido a la madre, considerando que, a tenor de esa norma, dicho complemento solo puede reconocerse al progenitor que perciba la pensión de jubilación de menor cuantía y tal progenitor es el padre».

El complemento para la reducción de la brecha de género había sustituido al complemento por maternidad, que perseguía una finalidad similar, pero que también fue declarado discriminatorio para los varones por la STJUE WA², y sobre la base de argumentos muy similares. Por consiguiente, el legislador español ha demostrado su voluntad de reducir la brecha prestacional entre mujeres y hombres a través de una medida de acción positiva. Sin embargo, los medios para conseguir ese fin no han resultado adecuados, porque la implementación de la medida concreta presenta deficiencias sustanciales, a juicio del TJUE, que provocan discriminación en los varones.

El presente estudio no tiene como finalidad analizar las sentencias citadas, ni cuestionar la posición o los argumentos del TJUE, sino valorar si el legislador español dispone de algún margen de maniobra para alcanzar el fin perseguido a través de una medida de acción positiva, o si, por el contrario, todas las medidas de acción positiva a favor de las mujeres dirigidas a reducir la brecha prestacional deben considerarse discriminatorias conforme al Derecho de la UE, y, consecuentemente, todas las intervenciones habrían de ser neutras en términos de género.

Aunque un sector de la doctrina se muestra pesimista³, sí podría haber espacio para una medida de acción positiva, porque el problema jurídico no estriba en la naturaleza de la medida en sí misma, sino en su deficiente configuración. Sin perjuicio de que sea posible reivindicar un cambio normativo o jurisprudencial en el Derecho de la UE que flexibilice su rigor, el objetivo último de este trabajo consiste en ofrecer alternativas viables, dentro del marco normativo vigente, para configurar un complemento a las pensiones percibidas por mujeres que permita reducir efectivamente la brecha prestacional y no sufra el reproche de los tribunales, y en particular del TJUE, por provocar discriminación en los varones. Quedan al margen otras posibles herramientas dirigidas a ese fin (*v.gr.*, períodos de ocupación cotizada, incrementos ficticios de bases de cotización, procedimientos de integración de lagunas más generosos o flexibilización de requisitos administrativos como el alta), que desde luego podrían, e incluso deberían, implementarse, bien como alternativa, bien como refuerzo.

¹ De 15-5-2025, asuntos acumulados C-623/23, C-626/23.

² De 12-12-2019, asunto C-450/18.

³ Vid. VIVERO SERRANO, J.B., “El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género fulminado por el TJUE”, *Brief de la AEDTSS*, <https://www.aedtss.com/el-complemento-de-pensiones-para-la-reduccion-de-la-brecha-de-genero-fulminado-por-el-tjue/>.

2. THE ROAD SO FAR: DOS COMPLEMENTOS DE PRESTACIONES CONTRIBUTIVAS CON FINALIDAD LEGÍTIMA DECLARADOS DISCRIMINATORIOS POR EL TJUE

Es un hecho estadístico constatable que el importe medio de las pensiones que perciben las mujeres es más reducido que el de las pensiones de los beneficiarios varones⁴, lo que conforma una “brecha prestacional”. Esta disparidad es consecuencia de la forma de cálculo de las pensiones, cuya base reguladora se halla a partir de bases de cotización, que a su vez se relacionan directamente con el salario, de modo que los salarios más elevados disfrutan de pensiones más altas⁵. Y como también es un hecho cierto que existe una “brecha salarial”, porque los salarios de las mujeres son inferiores a los de los hombres⁶, se llega a la lógica conclusión de que la “brecha prestacional” es difícil de evitar en tanto no se corrija la “brecha salarial”.

En ese escenario, parece más efectivo actuar directamente sobre la brecha salarial, pues permitiría atajar ambos problemas. Sin embargo, la realidad es compleja, porque la “brecha salarial” tiene causas muy diversas. Algunas se pueden combatir desde el Derecho, pero otras a menudo se vinculan a decisiones (quizá “renuncias”) de tipo personal. Si la “brecha salarial” pudiera eliminarse meramente a través de los principios de igualdad y no discriminación aplicados a la configuración del salario seguramente ya no existiría, o estaría a punto de ser erradicada, pero algunos factores son más profundos. De ahí que el legislador decidiera actuar en el plano de las prestaciones, donde cuenta con algo más de control y puede de algún modo mitigar los efectos de la brecha salarial, procurando que las diferencias de salario producto de la “brecha de género” no repercutan con toda su intensidad en las pensiones.

Ese es el origen del “complemento por maternidad”, regulado inicialmente en la DF 2^a de la Ley de Presupuestos para 2016 (Ley 48/2015), que incorporaba a la LGSS/1994 un art. 50 bis -art. 60 del texto refundido de 2015- y se dirigía a las mujeres madres –biológicas o por adopción- de dos o más hijos, que, si causaban pensión después de 1 de enero de 2016 (DF Única LGSS), disfrutarían de un incremento de su pensión contributiva (de jubilación, incapacidad permanente o viudedad) de entre un 5 y un 15% en función del número de descendientes, sin que, aparentemente, fuera relevante si seguían o no vivos o si habían causado un perjuicio a la carrera profesional de la madre.

El complemento fue diseñado con bastante premura, como demuestra que no se incluyera en el proyecto de ley original, sino a través de una enmienda durante la tramitación parlamentaria, y nació con una finalidad eminentemente electoral. Por tanto, no es de extrañar que adoleciera de defectos técnicos relevantes, e incluso de contradicciones internas. Por ejemplo, incrementar la pensión en un determinado porcentaje siempre beneficia más a las cuantías elevadas, que sufren menos “brecha prestacional”, y seguramente también sufren una menor “brecha salarial”, amén de que reconocer el complemento a las pensiones máximas resulta poco justificable, porque ninguna “brecha prestacional” puede afectar a quien percibe la más alta pensión posible. En cualquier caso, la finalidad declarada del

⁴ Las estadísticas actualizadas a 1 de agosto de 2025 pueden consultarse aquí: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/a59fc4a1-faa7-48dd-9a0e-a20302891ae3/PTAS202304.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_81D21J401P5L40QTIT61G41000-a59fc4a1-faa7-48dd-9a0e-a20302891ae3-ov7zcjG

⁵ Extensamente, vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La(s) brecha(s) de género en las pensiones contributivas autogeneradas”, *Femeris*, Vol. 10, nº 2, pp. 10 y ss. En el mismo sentido, vid. BALLESTER PASTOR I., “Mujeres y pensiones: la brecha de género de las pensiones contributivas”, en AA.VV., *La encrucijada de las pensiones del Sistema español de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2022, pp. 955 y ss.; BLÁZQUEZ AGUDO E., “Trabajo de las mujeres y protección social”, en AA.VV., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*, MTMSS, Madrid, 2019, pp. 161 y ss.; GRAU PINEDA C., “Conceptuación técnica de la brecha de género”, en MONTERO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., y MALDONADO MOLINA, J.A., *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025, pp. 199 y ss.

⁶ Vid. MARTÍNEZ MORENO, C., *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, Bomarzo, Albacete, 2019, pp. 32 y ss.

complemento no era la erradicación de la “brecha prestacional”, sino la compensación a las mujeres «por su aportación demográfica», lo que no parecía demasiado compatible con el cómputo de los hijos adoptados y hacía difícil explicar la exclusión de los hombres.

Las deficiencias técnicas y la indefinición de su finalidad provocaron que el diseño de ese complemento no superara el escrutinio del TJUE, cuya sentencia WA⁷ lo declaró contrario al Derecho de la UE, pues discriminaba al varón, cuya aportación «a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres». Por supuesto, el Gobierno español alegó que el complemento pretendía asimismo combatir la “brecha prestacional”, aun cuando nada dijera el precepto, pero el TJUE rechazó el argumento esgrimiendo varias razones, entre las que destacaban afirmaciones contundentes, y difícilmente rebatibles, como el hecho de que el complemento de maternidad «no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto»; que se extendía a la adopción, no solo a la maternidad biológica; o que se presumía *iuris et de iure* el perjuicio para la carrera laboral de la trabajadora, de modo que el «complemento de pensión controvertido se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional»⁸.

Esa sentencia generó un problema de envergadura para la Seguridad Social española, porque conllevaba el reconocimiento del complemento a los hombres en las mismas condiciones que a las mujeres, lo que, más allá del coste económico que suponía para el erario público (nunca estuvo concebido para que los dos progenitores lo percibieran), da lugar a un efecto perverso, ya que incrementa la brecha prestacional, toda vez que el complemento para los hombres era superior al de las mujeres al aplicarse el porcentaje a una pensión de mayor importe (en términos estadísticos).

Aunque con más de un año de retraso, y en un contexto de incertidumbre jurídica por la contumaz resistencia del INSS a reconocer el complemento a los hombres en las mismas condiciones que a las mujeres⁹, lo que derivó en nuevos reproches del TJUE, que concedió un derecho a indemnización a los damnificados¹⁰, el legislador decidió derogar el complemento por maternidad y mediante el Real Decreto-Ley 3/2021 reguló el «complemento de pensiones contributivas para la

⁷ De 12-12-2019, asunto C-450/18.

⁸ Vid. MONERO PÉREZ, J.L., y GUINDO MORALES, S., “El principio de igualdad en el complemento de maternidad en las pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social”, *La Ley Unión Europea*, nº 85, 2020; VICENTE PALACIO, M. A., “Sobre el carácter discriminatorio del complemento por maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4, 2020; MALDONADO MOLINA, J.A., “Una revisión de los problemas judiciales planteados por el complemento por maternidad”, en MONERO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., y MALDONADO MOLINA, J.A., *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025, pp. 625 y ss.

⁹ Vid. VIVERO SERRANO, J.B., *Complemento por maternidad, derecho a la tutela judicial efectiva y principio de primacía del Derecho de la Unión Europea*, Trabajo y Derecho, nº 84, 2021; Monereo Pérez, J.L., y LÓPEZ INSÚA, B.M., “Mujer y Seguridad Social: Igualdad y brecha de género”, en MONERO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., y MALDONADO MOLINA, J.A., *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025, pp. 105 y ss.; RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La inusitada vitalidad del complemento por maternidad: causas de la notable litigiosidad y posibles consecuencias en fase de ultraactividad”, *Trabajo y Derecho*, nº 87, 2022, pp. 45 y ss.; TORTUERO PLAZA, J.L., “La pesadilla del complemento de maternidad por aportación demográfica: todos contra la Seguridad Social”, en MONERO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., y MALDONADO MOLINA, J.A., *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025, pp. 667 y ss.

¹⁰ Vid. STJUE DX (de 14-9-2023, asunto C-113/22). La cuantía de esa indemnización asciende a 1800 euros. Por todas, vid. SSTS de 15/11/2023 (recurso 5547/2022) y 25/6/2025 (recurso 3074/2023).

reducción de la brecha de género»¹¹, admitiendo que los varones pudieran disfrutar de él, aunque en unas condiciones distintas a las de las mujeres.

En esencia, el complemento para la reducción de la brecha de género requiere inexcusablemente que el beneficiario haya tenido hijos, al menos uno (el complemento por maternidad exigía dos). En el caso de las mujeres, la condición de madre permite acceder al complemento si causa una pensión de jubilación, IP o viudedad, «debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres» (art. 60.1 LGSS). En cambio, los hombres han de cumplir requisitos adicionales, y, en particular, demostrar un perjuicio efectivo en su carrera de cotización en los rigurosos términos del art. 60.1 LGSS¹².

La STJUE Melbán¹³, con una argumentación muy similar a la previa STJUE WA, ha considerado que el complemento para la reducción de la brecha de género adolecía de defectos

¹¹ Vid. VIVERO SERRANO, J.B., *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Comares, Granada, 2021, pp. 159 y ss.; GALA DURÁN, C., “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?”, *Temas Laborales*, nº 158, 2021, pp. 121 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J., “El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 28, 2021, pp. 37 y ss.; PAREDES RODRÍGUEZ, J.M., “Complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones: interrogantes y valoración”, *REDT*, nº 244, 2021, pp. 37 y ss.; RAMOS QUINTANA, M.I., “Reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas: la reconstrucción de una frustrada acción positiva en el extinto complemento por maternidad”, *Trabajo y Derecho*, nº 77, 2021, pp. 15 y ss.; MOLINA NAVARRETE, C., “De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio?”, *RTSS (CEF)*, nº 457, 2021, pp. 135 y ss.; ARAGÓN GÓMEZ, C., “Cuestiones prácticas con respecto al antiguo complemento por maternidad y al nuevo complemento para la reducción de la brecha de género”, *REDT*, nº 245, 2021, pp. 217 y ss.; MORENO ROMERO, F., “La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: Apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021”, *RGDTSS (iustel)*, nº 58, 2021; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, “La perspectiva de género en la interpretación judicial: entre un necesario replanteamiento del alcance de la corresponsabilidad y una contención de la doctrina del varón discriminado”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, nº 19, 2025, pp. 57 y ss.; MONEREO PÉREZ, José Luis, y LÓPEZ VICO, Sheila, “El controvertido complemento por brecha de género español y su larga trayectoria legislativa y jurisprudencial”, *La Ley Unión Europea*, nº 139, 2025; SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Complemento de pensiones por aportación demográfica o brecha de género (art. 60 LGSS). Una sinopsis”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, 2024; MONEREO PÉREZ, José Luis, y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, “Luces y sombras del complemento de brecha de género: Complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 31, 2022, pp. 13 y ss.

¹² «Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos: a) Tener reconocida una pensión de viudedad por el fallecimiento del otro progenitor de los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad. b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones: 1.^a En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, 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. 2.^a En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro 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. 3.^a En cualquiera de los supuestos a que se refieren las condiciones 1.^a y 2.^a para el cálculo de períodos cotizados y de bases de cotización no se tendrán en cuenta los beneficios en la cotización establecidos en el artículo 237. 4.^a Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que sea titular de pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía. 5.^a El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma».

¹³ De 15-5-2025, asuntos acumulados C-623/23, C-626/23.

similares al complemento por maternidad, causando discriminación directa a los varones. En consecuencia, el TS debió reconocer a los hombres la posibilidad de percibir el complemento en las mismas condiciones que las mujeres¹⁴. Conviene tener presente que únicamente puede disfrutar del complemento uno de los progenitores, y que el art. 60 concede preferencia al que perciba una pensión de más baja cuantía, lo que en la práctica debería suponer que el complemento seguirá beneficiando principalmente a las mujeres. Sin embargo, el mayor número de varones que potencialmente pueden acceder al complemento reduce la efectividad de esa medida, y podría provocar un ensanchamiento de la brecha prestacional.

3. UNA CUESTIÓN PREVIA: ¿RESULTABA IMPREVISIBLE QUE EL TJUE CONSIDERASE DISCRIMINATORIO EL COMPLEMENTO PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO?

En líneas generales, la STJUE Melbán no ha sido bien recibida por parte de las autoridades españolas, ni por muchos grupos políticos y sociales, ni por los sindicatos¹⁵, y tampoco por un sector de la doctrina científica (con críticas que comenzaron incluso con el planteamiento de las cuestiones prejudiciales, porque ya se anticipaba, o temía, el resultado). Aun cuando pueda ser difícil encontrar instrumentos de medición de mayorías en esos contextos, las manifestaciones públicas han sido, en general, de sorpresa y rechazo, con críticas a las normas de la UE en esta materia, que se consideran obsoletas, desenfocadas y menos protectoras que las españolas, y también al TJUE, pues se han llegado a utilizar reproches *ad personam*, poniendo en duda la formación -y la sensibilidad- en materia de género de los jueces, con insistencia en que la Sala estaba compuesta íntegramente por hombres¹⁶.

Por supuesto, es legítimo discrepar de las resoluciones judiciales, o del diseño y pertinencia de un concreto marco normativo, o preferir unas opciones sobre otras. Sin embargo, es innegable que el TJUE ha jugado un papel protagonista en la configuración de los principios de igualdad y no discriminación en materia de Seguridad Social, y ha sido el causante de varias reformas de nuestra legislación interna tras declarar la regulación previa como discriminatoria para las mujeres, particularmente en relación con el trabajo a tiempo parcial. No parece ajustarse a la realidad el reproche

¹⁴ Vid. STS de 25-6-2025 (recurso 4933/2022).

¹⁵ Tanto CCOO (https://www.ccoo.es/noticia/726531--CCOO_lamenta_la_sentencia_del_TJUE_contra_el_complemento_de_brecha_de_genero_en_las_pensiones_y_propone_estudiar_urgentemente_medidas_alternativas_en_el_dialogo_social&opc_id=1ab811726abd2c270a515a200a07d23b) como UGT (<https://www.ugt.es/comunicado-sobre-la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-unión-europea>) difundieron comunicados críticos.

¹⁶ Vid. MOLINA NAVARRETE, C., “Los hombres del Tribunal de Justicia y el “mito del varón pensionista discriminado”: ¿“punto ciego” para la perspectiva de género?”, *Brief de la AEDTSS*, <https://www.aedtss.com/los-hombres-del-tribunal-de-justicia-y-el-mito-del-varon-pensionista-discriminado-punto-ciego-para-la-perspectiva-de-genero/>; del mismo autor, “Legitimidad de las acciones positivas para corregir las brechas de género en pensiones: ¿qué hacer cuando la primacía jurídica comunitaria es el mayor obstáculo?”, *IgualdadES*, nº 11, 2024, pp. 13 y ss.; AGUSTÍ MARAGALL, J., “La STJUE 15.5.25 sobre el complemento para la reducción de la brecha de género: un tercer paso atrás, quizás reversible”, *Jurisdicción social*, nº 266, 2025, pp. 5 y ss.; MALDONADO MOLINA, J.A., “Las cuestiones prejudiciales sobre el complemento para la reducción de la brecha de género”, en AA.VV., *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2024*, Cinca, Madrid, 2025, pp. 164 y ss.; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Complemento de pensiones contributivas y discriminación por razón de sexo: todos los jueces eran hombres (STJUE de 15 de mayo de 2025)”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. X, nº 1, pp. 6 y ss.; MORENO ROMERO, F., “Impacto del complemento de maternidad por aportación demográfica, primero, para la reducción de la brecha de género, después en las nuevas pensiones”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., y MALDONADO MOLINA, J.A., *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025, pp. 741 y ss.; de la misma autora, “Complemento para la reducción de la brecha de género: aplicación de una Directiva desfasada (79/7) y doctrina ancestral del TJUE: especial referencia a la STJUE de 15 de mayo de 2025 (asuntos C-623/23 y C-626/23)”, *Trabajo y Derecho*, nº 128, 2025; GALA DURÁN, C., “Una nueva intervención del TJUE en relación con el complemento del artículo 60 de la LGSS: A pesar del cambio normativo continúa la discriminación”, *REDT*, nº 288, 2025.

basado en la falta de conocimientos y/o sensibilidad de un órgano que, en esta materia concreta, ha sido considerablemente más vanguardista (o progresista) que nuestros tribunales internos, incluido el TC, que en más de una ocasión ha tenido que adaptar su doctrina a la del TJUE.

De hecho, se aprecia un considerable aumento del planteamiento de cuestiones prejudiciales en los últimos años que tienen como principal propósito eludir criterios del TS o del TC que se consideran cicateros, y de algún modo se contempla al TJUE como un órgano que muestra más valentía en el avance de los derechos de los trabajadores, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en toda su doctrina relativa a la coincidencia de maternidad/IT con las vacaciones.

Esa inercia, casi siempre favorable a los derechos de los trabajadores, quizás haya generado expectativas -irreales- sobre el Derecho de la UE y su interpretación por el TJUE, en el que no solo se depositaban grandes esperanzas para eludir normas internas restrictivas, sino que de alguna manera era considerado como un órgano judicial más comprometido con la justicia social que los tribunales internos, quizás más partidarios de interpretaciones basadas en la aplicación del derecho positivo, y no tanto de principios. En ese contexto, no es extraño que ante interpretaciones poco generosas con los trabajadores se generen críticas excesivas, que probablemente no están tan basadas en deficiencias técnicas en el proceso de interpretación, como en una cierta decepción o, incluso, pérdida de confianza. La STJUE Melbán es un ejemplo, pero no el único, pues en este 2025 una reacción crítica similar ha motivado la sentencia que no declaró discriminatorio para la mujer el cálculo de las pensiones de IP por contingencia profesional durante la reducción de jornada, pese al evidente perjuicio que supone utilizar como base reguladora el salario realmente percibido y no el que correspondería a tiempo completo¹⁷.

Se trata de decisiones que provocan sorpresa, por relativamente inesperadas, y cabría pensar que son poco coherentes con la línea previa marcada por el TJUE. Sin embargo, esa expectativa en ocasiones no se corresponde completamente con la realidad, o se ha generado de manera simplista, sin un análisis detenido de la doctrina previa y asumiendo como punto de partida premisas poco depuradas. La STJUE Melbán es un claro ejemplo, porque su argumentación y su fallo eran completamente previsibles en atención a los precedentes.

En verdad, la doctrina científica española ya había mostrado serias dudas desde el primer momento sobre la compatibilidad entre el diseño del complemento por maternidad y la jurisprudencia del TJUE. Con especial clarividencia, alguna autora ya advirtió en 2016 que los «Estados miembros carecen de libertad para determinar arbitrariamente qué beneficios vienen vinculados a la maternidad y, por tanto, pueden ser atribuidos exclusivamente a las madres, y cuáles no», además de recordar que «todos los asuntos planteados ante el TJUE que implicaban una diferencia de trato entre padres y madres por razón del cuidado de hijos han terminado en sentencias en las que se declaraba la existencia de discriminación directa». Su análisis de la jurisprudencia del TJUE, al que me remito en este momento, anticipaba una declaración de discriminación directa del complemento de maternidad, como así sucedió, porque «el complemento de pensiones por maternidad español ni puede considerarse un complemento por maternidad, ni atiende adecuadamente a la compensación de los defectos de cotización por cuidado de hijos, ni sigue instrucción de la Unión Europea, ni concuerda con la tendencia actual en los países de nuestro entorno. Al contrario, constituye una propuesta que se asienta en presupuestos ya superados y que entra en directa contradicción con lo establecido en la normativa de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE»¹⁸. La STJUE WA confirmó completamente ese análisis, apoyándose en argumentos contundentes que conviene reproducir:

¹⁷ Vid. STJUE KT (de 10-4-2025, asunto C-584/23).

¹⁸ Vid. 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*, nº 1, 2016, pp. 72 y ss.

- 1) «La circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera».
- 2) «La existencia de datos estadísticos que muestren diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las pensiones de los hombres no resulta suficiente para llegar a la conclusión de que, por lo que se refiere al complemento de pensión controvertido, las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores».
- 3) El diseño del complemento de maternidad «no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto».
- 4) «En particular, se concede dicho complemento a las mujeres que hayan adoptado dos hijos, lo que indica que el legislador nacional no pretendió limitar la aplicación del artículo 60, apartado 1, de la LGSS a la protección de la condición biológica de las mujeres que hayan dado a luz».
- 5) «Esta disposición no exige que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos, por lo que no se cumple el requisito relativo a que hayan disfrutado de un permiso de maternidad. Este es el caso, concretamente, cuando una mujer ha dado a luz antes de acceder al mercado laboral».
- 6) La legislación española «no supedita la concesión del complemento de pensión en cuestión a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos, sino únicamente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social».
- 7) «El complemento de pensión controvertido se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional».

El TJUE estableció de forma nítida los parámetros que debía respetar un complemento de esta índole, y marcó de alguna manera las «líneas rojas» que el Derecho de la UE no permite traspasar. El legislador español decidió no seguir esas pautas, asumiendo erróneamente que la mera posibilidad potencial de que los varones pudieran acceder al complemento para la reducción de la brecha de género ya satisfacía las exigencias del Derecho de la UE, pues no se producía una exclusión absoluta de los hombres¹⁹.

¹⁹ Vid. DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M., “Del complemento de pensiones por maternidad al de por brecha de género: Cómo intentar cumplir (sin lograrlo) la jurisprudencia europea sobre igualdad de género”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 56, 2022.

Sin embargo, el diseño de ese complemento presenta deficiencias estructurales de gran calibre que impiden su acomodación al Derecho de la UE, porque sigue basando la intervención en el perjuicio laboral que provoca el cuidado de hijos, pero presume ese perjuicio *iuris et de iure* para las mujeres, y no para los hombres, diferencia de trato que deviene discriminatoria. En esencia, el TJUE lleva décadas advirtiendo que las medidas que pretendan compensar perjuicios derivados de la conciliación familiar deben diseñarse de forma coherente al fin perseguido y que no pueden excluir sin más o tratar diferente a los varones, sino que deben configurarse a partir de los mismos criterios para ambos sexos, pues, de lo contrario, podrían recibir protección quienes no han sufrido perjuicio alguno, o quedar desamparadas personas que han visto afectada muy negativamente su carrera profesional o sus derechos de Seguridad Social.

Por supuesto, se puede discrepar de esta perspectiva de aproximación y defender opciones interpretativas diferentes, o proponer modelos de protección más modernos o basados en otros principios. Ahora bien, a la vista del marco normativo vigente en el Derecho de la UE, y en particular de la jurisprudencia del TJUE, era completamente previsible, y totalmente coherente, que el TJUE considerase que el complemento para la reducción de la brecha de género incurre en discriminación directa. Una respuesta diferente habría implicado que el TJUE modificaba su propia doctrina, ya muy consolidada, lo que desde luego es posible, pero habría sido, sin duda, más sorpresivo.

4. DOS PREMISAS ESENCIALES PARA EL DISEÑO DE UN COMPLEMENTO CONTRA LA BRECHA PRESTACIONAL: FIN LEGÍTIMO Y MEDIOS PROPORCIONALES Y COHERENTES

A la vista de los precedentes con el complemento de maternidad, no parece particularmente sensato que la entidad gestora obstaculice el acceso de los varones al complemento para la reducción de la brecha de género, pese a que su diseño está concebido para que las mujeres sean beneficiarias, salvo casos excepcionales. Las sentencias del TJUE y del TS, ya citadas, han de suponer que, por el momento, el progenitor con la pensión más reducida perciba el complemento, con independencia de su sexo, en una suerte de presunción de mayor perjuicio laboral que se traduce en menores bases de cotización.

En apariencia, esa es una situación transitoria o coyuntural, a la espera de una reforma legal que diseñe una medida de acción positiva eficaz y no contraria al Derecho de la UE. Por supuesto, cabría perpetuar en el tiempo esta configuración si se estima que el complemento será percibido mayoritariamente por mujeres, toda vez que sus pensiones son, estadísticamente, de menor cuantía que las de los varones, lo que implicaría una preferencia que minimizaría el impacto de la STJUE Melbán, porque el derecho potencial del varón quedaría diluido si en la práctica es la madre la que disfruta del complemento. No es, obviamente, una solución óptima, porque el reconocimiento del complemento a los hombres sin más exigencias implica su percepción en todos aquellos supuestos en los que la madre no se convierta en beneficiaria de la pensión, situación frecuente en el modelo tradicional de familia, de modo que se presumiría un perjuicio para el hombre que realmente no existiría -la madre, ama de casa, se habría hecho cargo del cuidado de los hijos-, pero el varón percibiría el complemento y contribuiría así a ensanchar la brecha prestacional. Por consiguiente, aunque en situaciones donde los dos progenitores sean beneficiarios de una pensión es probable que los varones no reciban el complemento, adoptando una perspectiva más amplia, y realista, el número de hombres que finalmente causarían derecho sería relativamente alto, contribuyendo de algún modo a agravar el problema que se trata de combatir.

Es razonable pensar, así pues, que a corto o medio plazo se producirá una reforma legal para introducir una medida de acción positiva diferente, y, en su diseño, el legislador debería partir de la

premisa de que el fin, aun completamente legítimo, no justifica los medios. La acción positiva supone una diferencia de trato a favor de un colectivo que se encuentra en una situación desfavorable, y, por esa razón, su valoración desde la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación se dulcifica. Sin embargo, ese mayor margen de maniobra no justifica cualquier diferencia de trato, como han advertido los tribunales supranacionales.

En este sentido, el análisis de las medidas de acción positiva es habitual desde hace décadas no solo en la doctrina del TJUE, sino también en la del TEDH. En cuanto a la discriminación por razón de sexo²⁰, el Tribunal de Estrasburgo ha abordado las solicitudes de varones exigiendo el mismo trato que las mujeres en relación, por ejemplo, con la reducción de la edad de acceso a prestaciones de la que se benefician en algunos países las mujeres que acreditan el cuidado de hijos²¹, con las menores cotizaciones en algunos casos²², o con el disfrute del permiso parental, reservado a las mujeres en ciertos Estados, situación que en un primer momento el Tribunal no consideró reprochable en ausencia de un consenso internacional sobre el asunto²³, pero que posteriormente, y fruto del análisis evolutivo que predica, ha estimado discriminatorio²⁴, tanto en general²⁵ como en contextos particulares, especialmente en las fuerzas armadas²⁶.

Un análisis de esas sentencias, y en general de la doctrina del TEDH, deja claro que la licitud de una diferencia de trato no solo depende de que se persiga un objetivo legítimo, condición *sine qua non*, sino también, y con igual relevancia, de que se acredite una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido, proporcionalidad que también implica una coherencia interna en el diseño de la medida para evitar un perjuicio que vaya más allá de lo necesario en una sociedad democrática, expresión tan frecuente en la jurisprudencia del TEDH que exime de cita concreta.

La STEDH *Konstantin Markin vs. Rusia*²⁷ resulta muy ilustrativa, advirtiendo que los «Estados contratantes disfrutan de un cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida las diferencias entre las situaciones en otros aspectos similares justifican distinciones de trato», y es un margen que «varía según las circunstancias, las áreas y el contexto». Sin embargo, las «actitudes sociales mayoritarias no son suficientes para justificar una diferencia de trato basada en el sexo», y no cabe «imponer las tradiciones cuyo origen está en la idea de que el hombre juega un papel prioritario y la mujer uno secundario en la familia». Desde esta perspectiva, el TEDH, en la misma línea que el TJUE, considera que «en lo que respecta a los cuidados para el niño durante el periodo correspondiente al permiso parental, los hombres y las mujeres se encuentran en “situaciones análogas”», a diferencia de lo que sucedería con el permiso de maternidad más estricto, entendiendo por tal el que tiene como «fin primordial» permitir a la «madre recuperarse de la fatiga del parto y amamantar a su bebé si lo

²⁰ Vid. CARMONA CUENCA, E., «Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 42, 2018, pp.317 y ss.

²¹ Vid. STEDH *Andrle vs. República Checa* (de 17-2-2011, recurso 6268/08).

²² Vid. STEDH *Van Raalte vs. Países Bajos* (de 21-2-1997, recurso 20060/92).

²³ Vid. STEDH *Petrovic vs. Austria* (de 27-3-1998, recurso 20458/92).

²⁴ Vid. LOUSADA AROCHENA, J.F., «Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género», *Femeris*, vol. 4, núm. 2, 2019, pp.43 y ss.; PRECIADO DOMENECH, C.H., «La protección de los derechos sociales a través del CEDH. La STEDH 22 marzo 2012, Caso Konstantin Markin c. Rusia», *Jurisdicción Social*, núm. 203, 2019, pp. 3 y ss.; ABRIL STOFFELS, R.M., «La conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, la corresponsabilidad en el hogar y la lucha contra los estereotipos: una nueva punta de lanza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 28, 2012.

²⁵ Vid. STEDH *Weller vs. Hungría* (de 31-3-2009, recurso 44399/05).

²⁶ Vid. STEDH *Hulea vs. Rumanía* (de 2-10-2012, recurso 33411/05); *Konstantin Markin vs. Rusia* (de 22-3-2012, recurso 30078/06) y *Gruba y otros vs. Rusia* (de 6-7-2021, recurso 66180/09) y *B.T. vs. Rusia* (de 19-3-2024, recurso 15284/19).

²⁷ De 22-3-2012, recurso 30078/06.

desea». Es decir, los derechos puramente de conciliación -y en general los vinculados al cuidado de hijos- deberían atribuirse, en principio, en condiciones de igualdad cualquiera que sea el sexo del beneficiario. La eventual diferencia de trato no puede estar basada en estereotipos, como el reparto tradicional de roles, y, en último término, una medida de acción positiva que suponga la exclusión o la relegación de uno de los sexos ha de valorar si puede lograrse el mismo objetivo legítimo con medidas menos gravosas.

Aun cuando el marco jurídico sea distinto, la perspectiva de aproximación del TJUE es similar. No se cuestiona la legitimidad del propósito, pero sí la proporcionalidad y coherencia de la medida implementada. Como se dijo, la mujer tiene derecho al complemento para la reducción de la brecha de género por ser madre y pensionista, sin más. El perjuicio se presume *iuris et de iure*, lo que supone, por ejemplo, que una mujer que antes de comenzar su carrera profesional haya sido madre tendría derecho al complemento, aunque el hijo, que ha de nacer vivo²⁸, falleciese a los pocos días, e incluso aunque el importe de su pensión ascienda a la máxima legalmente posible. Sin embargo, el varón debería haber acreditado -antes de la STJUE Melbán- un perjuicio –muy serio- para su carrera profesional.

La incoherencia resulta más evidente respecto de los beneficiarios de la pensión de viudedad, que quizás ni siquiera hayan trabajado nunca. La mujer percibirá el complemento por el hecho de ser mujer y ser (o haber sido) madre, y conforme a la base reguladora del otro progenitor, de ordinario un varón. De alguna manera se presume, también *iuris et de iure*, que la beneficiaria de la pensión de viudedad que nunca ha trabajado ha renunciado a su carrera profesional por el cuidado de los hijos, pero esa presunción no alcanza al varón en la misma situación, al que siempre se le imponen requisitos adicionales. Esa configuración muestra que el legislador, al sustituir el complemento de maternidad por el de reducción de la brecha de género, incluyó al varón contra su voluntad, y por ello ha introducido requisitos tan exigentes para los padres, porque el propósito es que no perciban el complemento, salvo situaciones ciertamente excepcionales.

Como se ha dicho, que el objetivo resulte legítimo no justifica cualesquiera medios para alcanzarlo. No obstante, se aprecia cierta indefinición en el complemento español, que parece mezclar dos objetivos distintos, lo que contribuye a la incoherencia de los medios dedicados para lograrlo. El legislador ha de contar con un margen de actuación razonable, pero ha de ser muy preciso en el diseño de un complemento que introduce una diferencia de trato, y, para ello, el primer paso consiste en decidir si ese complemento compensa el perjuicio individual que sufre un trabajador por el hecho de tener hijos –y cuidarlos- o se dirige a erradicar una diferencia sistemática.

La lectura del art. 60 LGSS parece dejar claro que, pese a su más ambiciosa denominación, el complemento para la reducción de la brecha de género pretende compensar a la mujer por los perjuicios que la maternidad ha causado a su carrera profesional. Ello supone que el complemento no se extiende a todas las mujeres, solo a las madres, y que es por tanto una medida vinculada a la discriminación por razón de sexo derivada de los diferentes roles sociales, con la asunción mayoritariamente femenina de las labores de cuidado de los hijos.

Sin embargo, si ese es el propósito principal, tanto los hombres como las mujeres han de tener derecho al complemento, y en las mismas condiciones, porque una regulación más ventajosa para las mujeres incurría en discriminación directa, conforme a la jurisprudencia del TJUE, y también del TEDH. A tenor de su doctrina, lo determinante es el perjuicio efectivo sufrido por un trabajador -afectación de la duración del período de cotización o del importe de las bases por las que se contribuye- a causa de la asunción de esas tareas de cuidado.

²⁸ Vid. STS de 27-2-2023 (rec. 3225/2021).

En cambio, el complemento podría ser diseñado con otro objetivo, y en concreto la reducción de la brecha prestacional en un sentido más amplio. Se trataría de corregir una deficiencia sistémica, estructural, y estadísticamente demostrable, como es el mayor importe de las pensiones de los hombres. No es una consecuencia provocada exclusiva ni prioritariamente por la configuración y el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social, pero ello no impide adoptar medidas en ese ámbito para reducir o eliminar la diferencia. Sobre esas premisas, no resultaría coherente atribuir a los hombres un complemento o una ventaja, porque no sufren la brecha y, además, la extensión a los hombres la agudizaría. Sin embargo, tampoco parece razonable reconocer el complemento sin más a cualquier mujer, y ni siquiera a cualquier mujer que en algún momento haya tenido un hijo, sino que es imprescindible articular medidas más aquilatadas que eviten que la acción positiva se convierta en una discriminación directa debido a un diseño incoherente, y que por ello no supera el necesario juicio de proporcionalidad a partir de los parámetros utilizados por el TJUE y el TEDH.

5. PRIMERA ALTERNATIVA: COMPLEMENTO IGUALITARIO VINCULADO A UN DAÑO CIERTO POR CUIDADO DE HIJOS

Como ya se ha indicado, el complemento para la reducción de la brecha de género no resulta discriminatorio tal y como se ha de aplicar tras la STJUE Melbán y podría mantenerse en el tiempo asumiendo que beneficiará a más mujeres que hombres, toda vez que solo puede percibirlo un progenitor, que tiene preferencia quien perciba una pensión de menor importe y estadísticamente las pensiones de las mujeres son más reducidas que las de los hombres. Sin embargo, el complemento regulado por el art. 60 LGSS nunca ha sido, en puridad, un complemento que tratase de compensar un daño concreto y medible en la carrera de seguro de un trabajador (en genérico). Ha sido un complemento que identificaba como causa de la brecha prestacional la mayor dedicación de las mujeres a las tareas de cuidado de los hijos. En consecuencia, pretendía mejorar la pensión de las madres para acercarla a la de los varones, padres o no, porque se considera la maternidad como causa de la brecha salarial.

El legislador español, que nunca ha tenido la pretensión de negar la primacía del Derecho de la UE, de alguna manera considera como hecho notorio que se produce una relación de causa-efecto entre la maternidad y la reducción de la pensión futura. Sobre esa premisa, la aplicación práctica tanto del complemento por maternidad como del complemento para la reducción de la brecha de género puso de manifiesto incoherencias muy difíciles de salvar jurídicamente. La presunción *iuris et de iure* favorable a las mujeres podría implicar, a modo de ejemplo, que una mujer directiva de una multinacional con un salario muy elevado percibiera el complemento para la reducción de la brecha de género, mientras que podría resultar excluido un varón viudo con un empleo mucho menos lucrativo que se ocupó de la crianza de su/s hijo/s después de que la madre falleciera en el parto. Por más que resulte una comparación extrema, y no representativa de la realidad, es suficientemente ilustrativa, y es un análisis que no puede eludirse, pues, como recordaron las SSTJUE WA y Melbán, el «carácter comparable de las situaciones no debe apreciarse de manera global y abstracta, sino de un modo específico y concreto, teniendo en cuenta todos los elementos que las caracterizan, especialmente a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción controvertida y, en su caso, de los principios y objetivos del ámbito al que pertenezca dicha normativa nacional». Cuando el resultado de la aplicación de la norma puede dar lugar a una disfunción tan relevante, es claro que el complemento no ha sido bien diseñado.

Obviamente, cabría argumentar que la Directiva 79/7/CEE, que data de 19 de diciembre de 1978, ha devenido obsoleta, y difícilmente puede ser el mejor parámetro para valorar una medida aprobada cinco décadas después. Es una crítica que cabe compartir, pero que aboca a propuestas de *lege ferenda*. En el contexto vigente, la Directiva exige un trato igual por razón de sexo y únicamente

legitima las diferencias de trato por razones muy justificadas. En este sentido, la Directiva distingue nítidamente entre la «protección de la mujer por causa de maternidad» y las medidas dedicadas a compensar los perjuicios derivados de haberse dedicado a la «educación de los hijos».

En efecto, el art. 4.2 de la Directiva advierte que «el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad», amparando las medidas vinculadas a la protección de la salud de la madre biológica (v.gr., una serie de semanas de descanso inmediatamente posteriores al parto por motivos de recuperación física, o las medidas para proteger de los riesgos durante el embarazo y la lactancia). Se trataría, por tanto, de acciones dirigidas específicamente a la mujer que ha dado a luz (no se extenderían a la adopción) y ha debido interrumpir en consecuencia la actividad profesional²⁹.

En cambio, cuando el art. 7.2.c) de la Directiva se refiere a la educación, no establece ventajas o reglas para las madres, sino para las «personas», porque la crianza es una obligación que podría asumir cualquiera de los progenitores y, por tanto, la eventual compensación debe recibirla quien efectivamente ha sufrido daño. En concreto, ese art. 7.2.c) de la Directiva admite que un Estado introduzca «ventajas» en materia de pensión de jubilación para las «personas que han educado hijos», y también reglas particulares sobre la «adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos». Desde luego, cabría criticar que alguna de esas previsiones se limita a la pensión de jubilación, y no a las de IP y viudedad, lo que exigiría limitar el ámbito objetivo del complemento, pero lo que interesa destacar en este momento es que las «ventajas» deben reconocerse a la «persona» que ha educado a los hijos, y no presumir en todo caso que la madre ha asumido la crianza.

También conviene poner de manifiesto, por cierto, que estas diferencias habrían de configurarse con carácter temporal, pues el art. 7.2 de la Directiva exige un examen periódico de la situación «a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social en la materia, si está justificado mantener las exclusiones de las que se trata»³⁰, precaución que el legislador español sí tomó respecto del complemento para la reducción de la brecha de género al contemplar ese alcance temporal en la DA 37ª LGSS (al menos para la pensión de jubilación, ya que no se mencionan las de IP y viudedad)³¹.

²⁹ El apartado 56 de la STJUE WA, relativa al complemento por maternidad, especificaba que «al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a garantizar esta protección, el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 79/7 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra».

³⁰ Vid. 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*, nº 1, 2016, pp. 72 y ss.

³¹ «A los efectos de esta ley, se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por las mujeres respecto del importe de las pensiones causadas por los hombres.

El derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas, para la reducción de la brecha de género, previsto en el artículo 60 se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 por ciento.

2. Además del complemento por brecha de género del artículo 60, en el marco del diálogo social, se podrán fijar con carácter temporal otras medidas de acción positiva para el cálculo de las prestaciones en favor de las mujeres.

3. Con el objetivo de garantizar la adecuación de la medida de corrección introducida para la reducción de la brecha de género en pensiones el Gobierno de España, en el marco del diálogo social, deberá realizar una evaluación periódica, cada cinco años, de sus efectos.

4. Una vez que la brecha de género de las pensiones de jubilación de un año sea igual o inferior al 5 por ciento, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para derogar el artículo 60 y las demás medidas que hayan podido ser adoptadas en dicha materia, previa consulta con los interlocutores sociales.

En concreto, la eficacia de la medida debe ser evaluada cada cinco años y el complemento debe ser derogado cuando la brecha de género se reduzca al 5%, amén de que se contempla la posibilidad de implementar con carácter temporal, y respaldadas por el diálogo social, «otras medidas de acción positiva para el cálculo de las prestaciones en favor de las mujeres».

Por consiguiente, un complemento en las pensiones para compensar el perjuicio derivado de la crianza de hijos debe ser concedido a los hombres en las mismas condiciones que a las mujeres, de modo que si se presume *iuris et de iure* el perjuicio para las mujeres, también deberá aplicarse idéntica presunción a los varones³². Desde la perspectiva del Derecho de la UE no es justificable, por ejemplo, que en el caso de parejas del mismo sexo siempre se cause el complemento si la conforman dos mujeres (lo percibirá la madre con pensión más baja), mientras que en el caso de parejas masculinas quizás ninguno de los padres cumpla los requisitos³³. Ahora bien, un reconocimiento general del complemento a todo progenitor disminuiría su efectividad para la consecución de sus objetivos, por lo que sería recomendable introducir criterios concretos que demuestren que el beneficiario ha sufrido un perjuicio en su carrera de seguro. Obviamente, ello implica que no todas las mujeres que hayan sido madres disfrutarán del complemento, pero no todas ellas habrán sufrido consecuencias en su pensión derivadas del cuidado de hijos.

Esos criterios o requisitos para acceder al complemento podrían ser similares a los que ahora mismo recoge el art. 60 para los varones, pero su extremo rigor provocaría la ineeficiencia de un complemento que en la práctica percibirían muy pocas personas. A partir de datos estadísticos y análisis empíricos el legislador debe encontrar los parámetros pertinentes que permitan identificar a quienes verdaderamente han sufrido perjuicios derivados de la crianza de hijos, y que a buen seguro serán en su mayoría mujeres.

En este sentido, el complemento para la reducción de la brecha de género no se configuraría como un beneficio dirigido a cualquier mujer que haya sido madre, porque ello supondría extenderlo a todos los progenitores, con independencia de su sexo. Parece imprescindible diseñar el complemento a partir de parámetros de daño real que, aun aplicados a mujeres y hombres, permitan beneficiar al mayor número de mujeres posible, amén de configurar un complemento coherente con la finalidad perseguida.

Ello supone, por lo pronto, limitar el complemento a aquellas prestaciones generadas a partir del trabajo de la propia beneficiaria, excluyendo las que derivan de la actividad profesional de su cónyuge o pareja de hecho. Por supuesto, podría argüirse que la percepción de la pensión de viudedad es consecuencia del reparto de roles sociales. La mujer habría sacrificado su carrera profesional dedicándose al cuidado del hogar y la familia, y el importe de la pensión de viudedad sería más reducido que el importe de la pensión que habría generado por su trabajo.

Esa es, de nuevo, una presunción que difícilmente tendría éxito a partir de los criterios fijados por el TJUE, cuando menos si no se valoran otros muchos factores, como por ejemplo si la presuntamente perjudicada está desarrollando una actividad profesional o, en su caso, percibiendo una prestación causada por sus propias cotizaciones; o que el advenimiento de los hijos hubiera provocado el abandono de una carrera laboral ya iniciada, el tipo de actividad desarrollada y el sueldo medio o estimado que podría haberse obtenido, amén de si se han producido intentos de retornar a la vida

³² En este sentido, vid. LOUSADA AROCHENA, J.F., “El complemento de brecha de género también es discriminatorio”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº, 5, 2025, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2025-00000002938.

³³ Vid. BALLESTER PASTOR, M.A., “Los dilemas del complemento de brecha de género”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., y MALDONADO MOLINA, J.A., *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025, pp. 702 y ss.

activa en algún momento posterior (*v.gr.*, tras la emancipación de los hijos). Y, en cualquier caso, esta eventual mejora de la pensión tendría una naturaleza distinta a la del complemento para la reducción de la brecha de género. A la postre, no tiene identidad de razón actuar sobre la pensión causada directamente por la persona que ha sufrido un perjuicio en su carrera de seguro, que sobre la pensión causada por otra persona, de ordinario un varón, que aumentaría a partir de un daño presunto en las expectativas laborales de la otra progenitora de su/s hijo/s. La pensión de viudedad, en suma, no encaja bien en un complemento de estas características y el eventual perjuicio debería ser remediado por otras vías. Quizá sería el momento de retomar la iniciativa contemplada en la DA 1^a de la Ley 24/1997, que contemplaba una «possible inclusión» en el RETA de «quienes trabajen al cuidado de su propio hogar y no estén amparados por otras prestaciones contributivas». A través de esa incorporación al RETA, y con un sistema de cotización que seguramente habría de ser bonificado, cabría otorgar una protección adecuada sin desnaturalizar un complemento de pensión contra la brecha de género.

También es problemática la inclusión de las pensiones de IP, toda vez que el art. 7.1.b) de la Directiva limita las excepciones del principio de igualdad de trato a las «ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos», así como a la «adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos». Es cierto que el art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que se inspira en el art. 157.4 TFUE, dispone que la «igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos», y que el «principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado», pero son previsiones que requieren de una interpretación demasiado generosa para ampliar el ámbito objetivo de esa excepción prevista en la Directiva.

En consecuencia, un complemento económico directo se justificaría en las pensiones de jubilación, pero más difícilmente en las de IP, que requerirían de una medida de acción positiva que encajase en la excepción ya transcrita, relativa a la adquisición del derecho a una prestación tras una interrupción de la actividad por motivos de conciliación. Esas medidas de acción positiva podrían consistir en la creación de nuevas situaciones asimiladas al alta y períodos de ocupación cotizada, no vinculados necesariamente a una excedencia, y no computando como base de cotización la mínima, sino alguna superior. El número de hombres que podrían beneficiarse de una medida de ese tipo, máxime si compensa una interrupción del empleo de cierta entidad, resultaría muy poco significativo.

Dicho de otro modo, el complemento por maternidad/reducción de brecha de género no es la única medida de acción positiva posible, ni siquiera siempre la más beneficiosa o efectiva, máxime cuando el daño que se trata de compensar es muy superior al importe de ese complemento (35,90 euros al mes por hijo en 2025). Ahora bien, aceptando que esa es la opción legislativa, resulta imprescindible un diseño donde las diferencias de trato no resulten discriminatorias. Desde la perspectiva del Derecho de la UE, ello requiere limitar el complemento exclusivamente a las pensiones de jubilación, y diseñarlo de tal forma que, o bien no contemple diferencias de trato entre hombres y mujeres, o, si lo hace, esa diferencia no implique una discriminación directa, por presumir un daño para las mujeres y requerir prueba para los varones.

La STJUE Melbán, en verdad, no ofrece mayor margen de maniobra, porque la premisa de partida condiciona el resultado: un hombre y una mujer que hayan asumido el cuidado de sus hijos y hayan sufrido idéntico perjuicio en su carrera profesional son tratados de forma distinta, pese a encontrarse en situaciones comparables, lo que constituye una discriminación directa que no puede justificarse a partir de los arts. 4.2 y 7.1 de la Directiva, que contemplan excepciones «taxativas» al principio de igualdad de trato, como el TJUE viene advirtiendo desde hace más de una década³⁴.

³⁴ Por ejemplo, vid. STJUE X (de 3-9-2014, asunto C-318/13), apartados 34 y 35.

6. SEGUNDA ALTERNATIVA: COMPLEMENTO DE TITULARIDAD EXCLUSIVAMENTE FEMENINA CONTRA LA BRECHA DE GÉNERO

Es claro que el legislador español ha pretendido establecer una medida de acción positiva a favor de las mujeres, y que la incorporación de los varones al complemento para la reducción de la brecha de género fue una decisión forzada por la STJUE WA, y de compromiso, como demuestran los requisitos adicionales que se imponían. En apariencia, la STJUE Melbán impediría configurar un complemento similar no ya exclusivamente para las mujeres, sino incluso uno cuyos requisitos no fueran estrictamente idénticos para ambos sexos, a salvo de las excepciones previstas en la propia Directiva.

Sin embargo, esa es una conclusión quizá apresurada, porque la doctrina del TJUE podría no cerrar completamente la posibilidad de implementar acciones positivas de esta índole, inclusive un complemento de pensión con la naturaleza y beneficiarios que pretende el legislador español, esto es, un complemento para reducir la brecha de género accesible exclusivamente para las mujeres, que son quienes sufren la brecha prestacional. Para ello, y como resulta obvio, tanto la perspectiva de aproximación como el diseño del complemento han de modificarse sustancialmente.

Conviene tener en cuenta, lógicamente, que las decisiones del TJUE, como las del resto de tribunales, dan respuesta a un supuesto concreto en los términos en los que se plantea el debate. En el caso de la STJUE Melbán resulta ilustrativo que el INSS y el Gobierno español defendieran el complemento sobre la base de la «presunción de que los cuidados de los hijos son asumidos, en principio, por las mujeres, en detrimento de sus carreras profesionales, presunción esta que se basa en la constatación empírica de que la crianza de los hijos por sus madres afecta preponderantemente a las carreras profesionales de estas» (apartado 54). Asimismo, se argumentaba que el complemento «debe considerarse que constituye una medida de acción positiva que se enmarca en la persecución del objetivo, cuya importancia se reconoce a escala de la Unión, de cerrar la brecha de género en las pensiones de jubilación, que es resultado del hecho de que las mujeres han asumido históricamente un papel principal en los cuidados de los hijos». Y es una medida que se relacionaba con otras destinadas a «favorecer la corresponsabilidad de los progenitores en la conciliación de la vida familiar y profesional y alcanzar, así, los objetivos contemplados en el artículo 157 TFUE, apartado 4». En suma, esas acciones tratan de compensar las «desventajas que las mujeres han sufrido en sus carreras profesionales debido a la educación de sus hijos y que se proyectan, al final de sus carreras, en sus pensiones de jubilación» (apartado 73 de la STJUE Melbán).

El TJUE no acepta esos argumentos, advirtiendo que «el artículo 157 TFUE, apartado 4, no puede aplicarse a una norma nacional, como el artículo 60, apartado 1, de la antigua LGSS, que se limita a conceder a las mujeres un complemento de pensión en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, sin remediar los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional, en tanto en cuanto no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que están expuestas las mujeres, ayudándolas en sus carreras, y garantizar en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional» (apartado 65 STJUE WA y 74 STJUE Melbán).

Sin embargo, ello no significa que el Derecho de la UE impida medidas de acción positiva dirigidas a reducir la brecha de género. El TJUE descarta ese argumento en el concreto contexto del caso planteado, donde se constata una diferencia de trato entre hombres y mujeres en situaciones análogas que el Gobierno español trata de justificar invocando el art. 157.4 TFUE y el art. 23 de la Carta. El TJUE, en cambio, considera que la Directiva 79/7 «concreta el principio de igualdad de trato entre los hombres y las mujeres en materia de seguridad social», lo que supone que las eventuales

excepciones son las que contempla la propia Directiva, que es la norma de referencia, y no la Carta (apartado 49).

En este contexto, pretender salvar un nuevo complemento de pensión configurado sobre esas mismas premisas insistiendo en argumentaciones similares basadas en estadísticas generales que demuestren la brecha prestacional es un esfuerzo abocado al fracaso, porque el TJUE no niega que exista una deficiencia sistémica, sino que reprocha que la medida utilizada no es adecuada para solventarla y genera de por sí una discriminación al tratar de forma desigual casos comparables.

El eventual complemento de pensión para atender a la brecha prestacional no debe tratar de justificarse exclusivamente -y *a posteriori*- a partir de estadísticas que pretendidamente demuestren su efectividad, entendiendo por efectividad el acercamiento entre el importe medio de las pensiones percibidas por hombres y las percibidas por mujeres. La acomodación a la doctrina sentada por el TJUE requiere plantear un diseño que no se base en presunciones o estimaciones, sino en datos estadísticos más concretos y aquilatados. En particular, el Tribunal de Luxemburgo ha afirmado que la «discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes», precisando que la «exigencia del carácter comparable de las situaciones no requiere que las situaciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas»³⁵.

Cuando las situaciones son comparables, la diferencia de trato es discriminatoria, lo que supone que solo una de las excepciones ya indicadas, y contempladas en la Directiva, validaría la medida, pues la diferencia de trato dejaría de ser técnicamente discriminatoria, en el marco conceptual utilizado por el Derecho de la UE. Los esfuerzos deberían centrarse en el diseño de un complemento que no permita configurar una situación comparable entre hombres y mujeres, lo que desactivaría en su origen la discriminación, pues no se produciría una diferencia de trato. Como indicaba el Abogado General en sus Conclusiones a la STJUE WA, la «existencia de datos estadísticos que muestren diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las pensiones de los hombres no resulta suficiente para llegar a la conclusión de que, por lo que se refiere al complemento de pensión controvertido, las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores».

Por consiguiente, los perjuicios derivados de la conciliación no pueden convertirse en el elemento central sobre el que construir la medida de acción positiva. Desde luego, ello supone, en cierto modo, un cambio de paradigma en el diseño de esta clase de complementos por maternidad/brecha de género, que ya no habrían de estar vinculados directamente al cuidado de los hijos o, en general, a las cargas familiares, al menos de manera exclusiva. Si se insiste en ese camino, serán inevitables nuevos reproches de discriminación cuando se establezcan requisitos diferentes para hombres y mujeres y un varón concreto pueda sufrir en la práctica el mismo perjuicio que una mujer en su carrera profesional. Por más que no guste esa aproximación, no es posible que jurídicamente pueda eludirse si no se modifica el Derecho de la UE.

En el fondo, es probable que la configuración de los complementos de maternidad y para la reducción de la brecha de género se explique por una deficiente comprensión de las causas de la brecha prestacional y, por extensión, de la brecha salarial. Ambas brechas existen, y son demostrables³⁶. Sin embargo, configurar como causa exclusiva el cuidado de hijos resulta simplista, y jurídicamente

³⁵ Por todas, apartados 42 y 44 STJUE WA.

³⁶ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La(s) brecha(s) de género en las pensiones contributivas autogeneradas”, *Femeris*, Vol. 10, nº 2, pp. 10 y ss.; MARTÍNEZ MORENO, C., *Brecha de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, Bomarzo, Albacete, 2019, págs. 12 y ss.

disfuncional, como demuestra la doctrina del TJUE. Las diferencias retributivas y prestacionales por razón de sexo tienen orígenes muy diversos, y entroncan con la división y organización misma del trabajo y de la sociedad.

Las reglas sobre igual salario por trabajo de igual valor cuentan con limitaciones intrínsecas, porque están diseñadas para garantizar que un mismo empresario no trate diferente a sus trabajadores por razón de sexo. Ahora bien, teniendo en cuenta que no se han elaborado criterios para determinar con precisión cuál es el valor concreto del trabajo, ese principio de igualdad retributiva no alcanza a trabajadores de empresas diferentes (salvo que se encuentren en el ámbito del mismo convenio colectivo), y no garantiza que trabajos equiparables en distintos sectores se valoren del mismo modo. De hecho, estadísticamente es demostrable que las actividades feminizadas padecen condiciones más precarias. Es un contexto íntimamente ligado con la formación, porque la proporción de hombres y mujeres no es equilibrada en las distintas carreras universitarias y módulos de formación profesional, y los estudios mayoritariamente feminizados suelen abocar a profesiones menos valoradas económicamente que la formación con mayor preponderancia de hombres³⁷.

La brecha salarial y la brecha prestacional, así pues, tienen una explicación multicausal, que no se circumscribe exclusivamente al cuidado de la familia. Se trata de razones mucho más profundas, y cabe afirmar que ni la brecha salarial ni la brecha prestacional desaparecerían aun cuando las medidas de conciliación fueran plenamente efectivas para eliminar las dificultades que sufre la mujer en la vida profesional derivadas del cuidado de hijos. La discriminación de la mujer también deriva de otros prejuicios de diferente índole, como la menor capacidad física o el carácter más emocional, amén de que se asume un menor compromiso hacia el futuro con el trabajo por conceder prioridad a sus planes familiares, aun cuando todavía no tengan descendencia.

Precisamente por ello, las mujeres ocupan preponderantemente determinadas actividades que a consecuencia de esa feminización se precarizan, porque se consideran de menor valor económico, y ello deriva en condiciones salariales inferiores a las de los sectores industriales (masculinizados). En un sentido análogo, la mayor presencia en el trabajo a tiempo parcial contribuye asimismo a carreras de seguro más irregulares o incompletas, y por tanto a prestaciones más bajas. Las estadísticas muestran esa realidad, que se traduce en un porcentaje de mujeres muy superior al de hombres en los rangos salariales próximos al salario mínimo interprofesional³⁸.

Por consiguiente, el hecho de que no pueda apreciarse una discriminación directa entre el salario que percibe un hombre y el que recibe una mujer en una actividad concreta no significa que el mercado de trabajo esté configurado a partir de parámetros neutros, o que no se genere una discriminación, aunque no tan gruesa como la que deriva de decisiones conscientes y buscadas, sino más sofisticada. Las dinámicas tradicionales han derivado en sesgos y segregaciones con orígenes diversos, asentados en prejuicios sociales y culturales, que no solo limitan las oportunidades de progreso a puestos elevados, el conocido como techo de cristal, sino que dan lugar a lo que los estudios feministas han denominado como «suelo pegajoso» (*sticky floor*), que tiene su origen en las barreras organizativas y culturales que limitan las trayectorias laborales de las mujeres³⁹. Es una realidad que en último término provoca una brecha en las prestaciones de Seguridad Social, y no solo

³⁷ Vid. GARCÍA TORRES, A., *La perspectiva de género como factor de evolución de las fronteras y estructuras del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2024, págs. 25 y ss.

³⁸ A tenor de la información ofrecida por el INE, en 2022 un 24,3% de mujeres contaban con ingresos menores o iguales al SMI, frente al 10,3% de los hombres; https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259931351611&p=%2F&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888.

³⁹ Vid. CARRASQUER OTO, P., y ZAWADSKY MARTÍNEZ-PORTILLO, J. E., “El suelo pegajoso y la movilidad ocupacional de las mujeres y los hombres en España”, *Revista Internacional de Sociología*, Vol. 81, nº 4, 2023, pp. 2 y ss.

porque las pensiones de las mujeres sean inferiores a las de los hombres, sino porque muchas mujeres ni siquiera pueden acceder a una pensión al tener que reunir muy amplios períodos de carencia. La doctrina del TJUE sobre trabajo a tiempo parcial contribuyó, precisamente, a minorar el impacto de esa disfunción, pero la mayor flexibilidad de acceso no garantiza, en absoluto, un importe equivalente.

Por supuesto, es una problemática compleja que requiere intervención a múltiples niveles, y, en particular, un decidido compromiso público a través de medidas en distintos planos (v.gr., educativo y formativo, económico, de sensibilización, de visibilización, etc.). Dicho de otro modo, la legislación social combate situaciones patológicas, pero no puede por sí misma reconducir o alterar dinámicas sociales, culturales y personales de raíces profundas. Ahora bien, un Estado social y democrático de Derecho no ha de renunciar a configurar un marco donde se garantice la efectiva igualdad de oportunidades, lo que puede justificar medidas de promoción o acción positiva, pero no de cualquier tipo, pues no debería normalizarse la concesión de ventajas a quien no ha sufrido un daño, ni ignorar a quien efectivamente lo ha padecido, con independencia de circunstancias personales como el sexo, la raza, la religión, etc. Para evitar esa consecuencia, deben evitarse las estimaciones, presunciones y generalizaciones, y actuar sobre la base de datos fiables y daños concretos y probados.

La existencia de una diferencia sistémica resulta indiscutible, y es necesario corregirla, y por ello es pertinente una medida de acción positiva dirigida exclusivamente a mujeres, pero debe estar bien diseñada y ser coherente con el objetivo perseguido. La STJUE Melbán, es cierto, advertía que la ley española «se limita a conceder a las mujeres un complemento de pensión en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, sin remediar los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional, en tanto en cuanto no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que están expuestas las mujeres, ayudándolas en sus carreras, y garantizar en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional» (apartado 74).

Es una observación que parece impedir este tipo de acciones positivas, pero es un argumento que ha de analizarse en el contexto de esa sentencia, el análisis de un complemento para compensar el perjuicio sufrido por la crianza de hijos y que se configura con diferentes requisitos para hombres y mujeres. El TJUE parece vincular directamente la brecha prestacional a la brecha salarial, y se remite a medidas que corrijan la brecha salarial y los perjuicios “visibles” en la carrera de seguro de la trabajadora (v.gr., lagunas de cotización, infracotización, etc.), y no a remedios *a posteriori* sin esa intervención previa más directa y, aparentemente, efectiva para remediar el problema.

Desde luego, si esa misma argumentación supone un obstáculo insuperable para establecer medidas de acción positiva que aborden la discriminación por razón de sexo desde una perspectiva holística o integral, el TJUE estaría adoptando una posición enormemente reduccionista y desenfocada, concediendo un valor a la Directiva 79/7 que no parece compatible con el art. 157 TFUE y con la Carta de Derechos Fundamentales. Es imprescindible atender a esas otras circunstancias del entorno socioeconómico y cultural, de la configuración misma del mercado de trabajo, que abocan a la mujer a puestos de menor responsabilidad y/o peor retribuidos, e incluso en ocasiones a renuncias más o menos voluntarias que no siempre pueden encajar en el concepto de discriminación, como por ejemplo rechazar un ascenso o un puesto mejor remunerado porque requiere mucha más disponibilidad horaria o viajes muy frecuentes. Podrá achacarse esa decisión a un determinado modelo social no igualitario que debe cambiarse, podrá insistirse en el fomento de la corresponsabilidad, o en las políticas de cuotas, o podrá aducirse que eso también ocurre en el caso de algunos varones, pero lo cierto es que ese tipo de renuncias afectan más a mujeres, lo que se traduce a largo plazo en mayores dificultades para acceder a una pensión y/o en una menor cuantía, y que no son fáciles de corregir a corto plazo, porque no se han encontrado remedios efectivos para ello.

Una medida de acción positiva como un complemento para paliar la brecha de género podría justificarse en este escenario, precisamente ante la falta de alternativas efectivas que aplicar directamente a la relación laboral. Ahora bien, con el fin de evitar un nuevo reproche del TJUE resulta imprescindible una labor de ajuste fino en el diseño, introduciendo elementos o factores que no impliquen una discriminación directa (porque en tal caso habría de reconocerse igualmente al varón en las mismas circunstancias), sino que estén en la base de esa diferencia sistémica y justifiquen la limitación de la medida exclusivamente a las mujeres. Por ejemplo, si el propósito es erradicar la brecha prestacional resulta imprescindible excluir del complemento a las pensiones más elevadas, principalmente a las máximas, porque no pueden haber sufrido brecha alguna. Por supuesto, las beneficiarias podrán haber padecido otros perjuicios en su carrera profesional (*v.gr.*, más dificultad o retraso para el ascenso), pero ese no es un daño que se traduzca en las prestaciones de Seguridad Social, y por tanto requiere medidas adecuadas en otro ámbito. Como también se dijo, las pensiones de viudedad deben asimismo excluirse, porque ni su acceso ni su cuantía dependen de la carrera profesional del beneficiario. Es más razonable incrementar esas prestaciones a partir complementos dirigidos a personas de determinada edad o que no hayan generado una pensión contributiva ni tengan otros ingresos, sin especificar el sexo, pues probablemente de ese modo ya se mejore de forma natural la situación de las mujeres que, por el contexto social y económico, no accedieron a un trabajo y se dedicaron al cuidado de la familia.

No obstante, si el propósito consiste en reducir, y en último término eliminar, la brecha prestacional, la medida debería limitarse exclusivamente a las mujeres, y, para asegurar la compatibilidad con el Derecho de la UE, debería diseñarse de tal forma que no exista un elemento de comparación adecuado, de modo que un hombre no pueda encontrarse en la misma situación que una mujer. A tal fin, no puede reconocerse el complemento a toda mujer, en general, ni a toda mujer que haya tenido hijos, ni a las mujeres con prestaciones más bajas de determinado importe. Todos esos criterios son demasiado genéricos y poco aquilatados. Es imprescindible identificar con precisión al colectivo perjudicado, de forma que disfruten de la ventaja quienes han sufrido daño y resulten excluidos quienes no lo han sufrido.

Con ese propósito, ha de efectuarse un diagnóstico detenido de la realidad sociolaboral que tome en cuenta profesiones, tipos de actividad, perfiles de carrera profesional, formación previa e incluso la edad. A modo de ejemplo, es probable, y seguramente demostrable estadísticamente, que el número de mujeres con estudios universitarios nacidas antes de determinada fecha (*v.gr.*, 1960) es inferior al de varones, lo que ha dificultado su acceso a puestos cualificados y mejor retribuidos. Quizá no se justifique un complemento general a toda mujer que no haya accedido a estudios universitarios, pero cabría plantear, por ejemplo, una medida de acción positiva para mujeres que hayan trabajado en determinados sectores donde no pudieron ascender a puestos de responsabilidad por ausencia de cualificaciones que en la práctica no pudieron obtener porque el contexto social no era propicio para cursar esos estudios. En las Conclusiones del Abogado General a la STJUE WA se advertía que no resulta coherente excluir de la medida a mujeres que potencialmente se han visto más perjudicadas por el contexto social de ese momento, como sucede si únicamente se tienen en cuenta las situaciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, muy entrado el siglo XXI⁴⁰. E incluso se sugería la extensión del complemento de maternidad a las prestaciones no contributivas,

⁴⁰ «En segundo lugar, como señala la Comisión, la medida únicamente se aplica a las pensiones que comenzaron a pagarse en 2016, excluyendo por tanto a las mujeres pertenecientes a las generaciones que más probablemente se han visto afectadas por la brecha de género. En mi opinión, este hecho genera una disonancia tan fuerte entre el objetivo (oficialmente declarado) de la medida y los medios elegidos para su ejecución que la hace inadecuada para lograr ese objetivo declarado» (apartado 119).

para compensar que muchas mujeres ni siquiera tuvieron la posibilidad real de causar una pensión contributiva⁴¹.

Con un carácter más amplio, los análisis estadísticos dirigidos a fundamentar estas medidas de acción positiva deben poner de manifiesto sectores o profesiones donde se pueda apreciar ese perjuicio para las mujeres. Es una operación que presenta más complejidad en el empleo público, porque las evidencias difícilmente permitirán identificar colectivos concretos con un rasgo que conduzca a la discriminación, pero que aparentemente es más sencilla en actividades feminizadas, como la limpieza o los cuidados, o incluso en determinados ámbitos del trabajo a tiempo parcial. En concreto, debería probarse que esas son actividades mayoritariamente femeninas (algunas casi en exclusiva) y que la retribución que se percibe es inferior a la de trabajos -masculinizados- de cualificación equivalente en un ámbito similar. Esa disfunción se ha corregido dentro del marco del mismo convenio colectivo, pero no entre convenios distintos, porque la segregación de actividades todavía es patente, por ejemplo en la industria, donde los trabajadores propiamente industriales, en su mayoría hombres, a menudo se encuentran bajo un convenio colectivo distinto y más ventajoso que el de los trabajadores de actividades complementarias, y algunas de esas actividades complementarias suelen ser mayoritariamente femeninas (*v.gr.*, oficinas y despachos).

Cabría argüir que podría hallarse algún trabajador varón en una categoría feminizada, y por tanto su exclusión de una medida de acción positiva sería discriminatoria, porque se convertiría en un elemento de comparación válido. Sin embargo, las estadísticas habrían de demostrar que no es posible establecer esa comparación, porque la distribución de las categorías atendiendo a un patrón de sexo no es aleatoria, sino producto del contexto socioeconómico, y mientras las mujeres deben sortear obstáculos que en la práctica imposibilitan acceder a una categoría masculinizada, la presencia de un hombre en una categoría feminizada es una elección, y por tanto no es una situación comparable.

En cualquier caso, debería tratarse de medidas que se complementen con actuaciones concretas dirigidas a erradicar esas disfunciones en su origen, y medidas que deben contar con un alcance temporal limitado, porque así deriva del art. 7.2 de la Directiva⁴², que de alguna manera exige a los Estados Miembros que la acción positiva constituya un remedio temporal en tanto que se corrige el perjuicio de base. Por consiguiente, un eventual complemento para minorar la brecha prestacional debería vincularse a medidas concretas destinadas a resolver en la práctica esa situación, cuyos resultados deben evaluarse periódicamente y que en último término justifican el carácter temporal de esa medida de acción positiva.

Asimismo, no parece contrario al Derecho de la UE implementar una medida concreta circunscrita a un colectivo determinado que ha sufrido un perjuicio específico. Piénsese, por ejemplo, en mujeres que abandonaron su carrera profesional tras la maternidad sin una cotización suficiente para causar pensión. El art. 7.1.b) de la Directiva admite expresamente medidas de acción positiva dirigidas a la «adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos». En ese contexto, parece posible articular una medida correctora (*v.gr.*, situación asimilada al alta que se compute como período de ocupación cotizada y/o supresión del período de carencia específica) a favor de las personas en una situación como la descrita que hubieran cesado en su actividad en una franja temporal concreta (años 80 y 90 del siglo pasado,

⁴¹ «En primer lugar, desde el punto de vista de su adecuación, debe señalarse que la medida controvertida no se aplica a las pensiones no contributivas, que pueden verse más afectadas por la brecha de género, teniendo en cuenta que es más probable que las mujeres de las generaciones anteriores ni siquiera alcancen el número de años necesario para solicitar pensiones contributivas» (apartado 118).

⁴² «Los Estados miembros examinarán periódicamente las materias excluidas en virtud del apartado 1, a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social en la materia, si está justificado mantener las exclusiones de las que se trata».

por ejemplo), ante la falta de medidas de conciliación suficientemente desarrolladas y efectivas. En tanto que se pueda demostrar que estadísticamente es una situación significativa, y que afecta prioritariamente -casi exclusivamente- a las mujeres, cabría adoptar una medida de esa índole que nacería restringida a un colectivo concreto de mujeres, y no sería susceptible de aplicación hacia el futuro porque el contexto ha cambiado y no existen los mismos obstáculos para reincorporarse al trabajo tras la maternidad.

Bien mirado, ni la maternidad ni el cuidado de la familia habrían de ser el elemento principal de una medida de acción positiva como la aquí propuesta, que debe centrarse en las causas de la brecha prestacional (todas, o al menos las principales), porque de ese modo carece de sentido y justificación su extensión a los hombres. Una actuación desde varios frentes que identifique a colectivos de mujeres que efectivamente han sufrido daño eliminaría a los hombres como válido elemento de comparación. De ese modo, el complemento para reducir la brecha de género beneficiaría exclusivamente a las mujeres, pero para ello es imprescindible desligar ese complemento de los perjuicios específicos derivados de la crianza de hijos. Si ese fuera el objetivo, lo más razonable seguramente sería extender las reglas sobre períodos de cotización u ocupación ficticia, que ya existen y permiten (tanto a hombres como a mujeres) computar como cotizados ciertos momentos en los que no se trabaja, o como cotizados a tiempo completo períodos de reducción de jornada precisamente por esas circunstancias. Mezclar ambas finalidades -perjuicios por motivos de conciliación y brecha prestacional- en un mismo complemento no parece que pueda conducir a un buen resultado (jurídico).

7. CONSIDERACIONES FINALES

La perplejidad, y en algunos casos indignación, provocada por la STJUE Melbán obliga a una profunda reflexión sobre la viabilidad jurídica de las medidas de acción positiva. Las críticas a las limitaciones impuestas por el TJUE, y por la configuración de la Directiva 79/7, son comprensibles, toda vez que se inspiran en principios que parecían superados. Algunos Estados Miembros han adoptado fórmulas más modernas, quizás en algún punto más efectivas, y por tanto preferibles, sin perjuicio de que algunos reproches probablemente están muy influidos por razones ideológicas y/o políticas, porque la decisión del TJUE sobre el complemento por maternidad no suscitó la misma reacción, pese a basarse en idénticos planteamientos.

En cualquier caso, conviene prestar singular atención a las enseñanzas que se extraen de la doctrina del TJUE, que a lo largo de los años, mucho tiempo antes de las decisiones que han afectado a España, había construido unos criterios que hacían previsible que la configuración de los complementos por maternidad y para la reducción de la brecha de género fueran declarados discriminatorios⁴³. Aun cuando se discrepe de la posición del TJUE, es imprescindible adoptar una posición pragmática. La mera crítica política o académica no producirá resultados inmediatos, ni en la doctrina del TJUE, que parece consolidada y contundente, ni en el marco jurídico, pues la aprobación de una nueva norma en la UE requiere de tiempo para construir los consensos necesarios, aun cuando exista impulso político decidido por parte de algunos Estados.

En tanto la situación se mantenga, y es previsible que así sea durante algún tiempo, las medidas que pretendan implementarse han de ajustarse a las pautas y condicionantes que impone el Derecho de la UE. El Tribunal de Luxemburgo, y la Directiva 79/7, pretenden que los Estados Miembros dediquen sus esfuerzos a eliminar las diferencias sistémicas o estructurales desde la base, y solo admiten medidas de acción positiva muy justificadas y con fuertes limitaciones, porque son una excepción al principio de igualdad de trato y, aunque la expresión no sea técnicamente correcta, una «discriminación permitida». Como toda excepción, requiere una interpretación restrictiva, que, desde

⁴³ Vid. SSTJUE Griesmar (de 29-11-2001, asunto C-366/99) y Leone (de 17-7-2014, asunto C-173/13).

la perspectiva española, y también la de otros Estados de nuestro entorno, resulta difícil de salvar, máxime si se actúa por inercia y a partir de premisas en las que prevalecen las buenas intenciones sobre la precisión técnico-jurídica.

La Directiva 79/7 concibe la discriminación por razón de sexo de forma bidireccional, de modo que una diferencia de trato por razón de sexo es igualmente reprobable con independencia de que el perjudicado sea un varón o una mujer. Las medidas de acción positiva se contemplan como una excepción, casi una anomalía⁴⁴, que se justifica por necesidad -y por consiguiente con carácter temporal- en tanto se corrige la disfunción que conduce a esa diferencia. Prescindiendo de diferencias justificadas objetivamente, como la protección de la salud de la madre biológica, una medida de acción positiva es considerada como una discriminación hacia el colectivo no beneficiado, pero una discriminación que temporal y excepcionalmente se tolera para corregir la diferencia de trato. Es una concepción extraña dogmáticamente, pues una discriminación, por definición, está siempre prohibida y no es justificable, pero deriva de la diferente configuración de esos principios entre el ordenamiento español y el de la UE, que concibe como igualdad de trato la «ausencia de toda discriminación» (art. 2 de la Directiva 2000/78)⁴⁵.

En este contexto, una medida de acción positiva debe contar con un alcance muy preciso, porque sus efectos no pueden alcanzar a una persona que no ha sufrido el perjuicio, ni pueden ignorar a quien sí lo padece, con independencia de su sexo. El TJUE, en definitiva, no considera que las buenas intenciones -un objetivo legítimo- validen cualquier medida, porque el fin no justifica los medios, y por tanto no admite que la mejora de la situación de la mujer permita ignorar el perjuicio que sufre un hombre en la misma situación. Ello no significa, obviamente, que las medidas de acción positiva estén vedadas por el Derecho de la UE, pero sí que su configuración ha de aquilatarse, identificando con precisión el objetivo y el colectivo perjudicado, además de que las medidas deben diseñarse de forma coherente con el fin perseguido.

Por tanto, no cabe admitir la licitud de una medida de acción positiva como los complementos por maternidad/brecha de género cuando benefician a toda mujer, o a toda madre, y excluyen a los hombres o les imponen requisitos más estrictos. Es una medida que siempre irá más allá del fin perseguido, porque no toda mujer habrá sufrido daños, y es probable que se excluya a hombres en situaciones (individualmente) comparables. Una medida de acción positiva no puede estar basada en presunciones, generalizaciones o buenos propósitos, ni en comparaciones genéricas entre colectivos, sino que ha de sustentarse en pruebas que demuestren un daño cierto para quien se beneficia de ellas.

Ello supone, por ejemplo, que sería igualmente discriminatorio el mecanismo de integración de lagunas mejorado previsto en la DT 41^a LGSS (cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de enero de 2026), pues mantiene en apariencia requisitos diferentes para hombres y mujeres, aunque tras la STJUE Melbán no es posible sostener que el art. 60 LGSS -al que se remite la DT 41 LGSS- sustente esa diferencia. De lo contrario, esas exigencias más rigurosas para los hombres se mantendrían vigentes en una especie de ultraactividad del art. 60 LGSS con aplicación exclusiva para el procedimiento de integración de lagunas, en una operación jurídica extraña y, en último término, contraria al Derecho de la UE.

⁴⁴ Vid. VIVERO SERRANO, J.B., “Las acciones positivas para las mujeres en materia de Seguridad Social. La asignatura pendiente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., y MALDONADO MOLINA, J.A., *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025, pp. 225 y ss.

⁴⁵ Extensamente, vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *El concepto de discriminación grupal y su eficacia real en el ámbito de las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 25 y ss.

Es claro que el legislador debe operar con una mayor precisión técnica, lo que supone elegir correctamente el fin, identificar a las personas efectivamente perjudicadas e implementar los medios adecuados que no generen efectos perversos o daños colaterales, o, en expresión usual de los tribunales supranacionales, que no vayan más allá de lo necesario para conseguir el fin perseguido. Los fines legítimos no justifican cualesquiera medios, lo que supone que el legislador debe decidir, en primer término, si desea actuar para remediar los perjuicios laborales derivados del ejercicio de los derechos de conciliación o si desea reducir específicamente la brecha prestacional.

En el primer caso, el TJUE ha establecido unos condicionantes muy difíciles de salvar para establecer medidas de acción positiva, porque no es lícito un complemento dirigido a todas las madres (no todas habrán sufrido un perjuicio en sus pensiones) si excluye total o parcialmente a los padres, lo que supone que habría de configurarse un complemento igualitario para ambos sexos, con o sin prueba de daño concreto. Ese es un escenario que contribuye a minimizar los efectos sobre las pensiones de la crianza de hijos, pero que no necesariamente reduce la brecha prestacional. En verdad, dependiendo del número de hombres que pudieran disfrutar el complemento esa brecha podría mantenerse o, incluso, ampliarse, pero es una consecuencia del fin -legítimo- elegido, que es compensar los daños producidos por la crianza de hijos, daños que puede sufrir cualquiera de los progenitores, con independencia de su sexo.

No obstante, cabe también la posibilidad de elegir como fin, igualmente legítimo, la reducción de la brecha prestacional que sufren (únicamente) las mujeres. En tal caso, las medidas no habrían de ser las mismas, ni tampoco el espectro potencial de beneficiarios, que legítimamente debería limitarse, precisamente, a las mujeres. Para que una medida de acción positiva de ese calado sea legítima resulta imprescindible actuar con precisión técnica, y para ello no puede mantenerse que el origen de la brecha prestacional es exclusivamente el cuidado de hijos. La brecha prestacional trae causa de la brecha salarial, que a su vez es producto de circunstancias muy distintas, pues se trata de un fenómeno multivectorial, complejo, y que ha de afrontarse en planos diversos.

Desde una perspectiva jurídica, ello habría de permitir diseñar un complemento específicamente para las mujeres, hayan sido o no madres, pero no para todas las mujeres, sino únicamente para aquellas que efectivamente hayan padecido avatares que aboquen a una pensión inferior. Sin lugar a dudas, una medida de esa índole requerirá una labor de estudio y diseño previa con especial celo, en la que se identifiquen los colectivos de mujeres afectados, atendiendo a sectores, profesiones o circunstancias sociales o personales específicas, inclusive la edad, porque deben valorarse las menores posibilidades fácticas de acceder a la formación, o a determinadas formaciones, o a ciertas profesiones mejor remuneradas, oportunidades que pueden estar, o haber estado, condicionadas por factores como el lugar de residencia, el contexto social o un período temporal concreto.

La brecha prestacional, por consiguiente, puede verse influenciada por factores o elementos diversos, algunos poco visibles, pero que es necesario visibilizar para poder identificar al colectivo concreto perjudicado y justificar una medida de acción positiva. Para ello, resulta imprescindible abandonar enfoques reduccionistas que contemplen la maternidad como causa exclusiva de la brecha salarial/prestacional, porque no se ajustan a la realidad y dificultan adoptar medidas efectivas para combatir esa disfunción.

La necesidad de mayor precisión dificultará la configuración de las medidas, porque el TJUE no permite extender las ventajas a personas (mujeres) no perjudicadas si se excluye a personas (varones) que se encuentran en situación comparable. Será complejo, por ejemplo, establecer medidas efectivas para combatir la brecha prestacional derivada de la dificultad de ascender debida al «techo de cristal», al menos mientras no se confeccionen instrumentos fiables de detección y medición del daño. Ese

es, en verdad, el gran reto para la adopción de medidas de acción positiva que traten de corregir la brecha prestacional, porque los complementos lineales y genéricos para las mujeres no superan el filtro impuesto por el TJUE. Es imprescindible justificar el quién, el porqué y durante cuánto tiempo, pues de lo contrario el Derecho de la UE exige que se actúe para erradicar el problema de base (brecha salarial) y no admite medidas de corrección *a posteriori* de espectro amplio e indeterminado (*v.gr.*, complemento de brecha prestacional para todas las mujeres). Se exige una operación más quirúrgica.

La Directiva 79/7 no supone, así pues, un obstáculo insuperable para la adopción de medidas de acción positiva que concedan ventajas exclusivamente a las mujeres. En particular, conviene destacar su art. 4.1, en cuya virtud «el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar [...].» Esa formulación obliga a ser especialmente cauteloso con todas las diferencias de trato que se sustenten en razones vinculadas a la familia y a los cuidados, pero a la vez permite defender que los condicionantes para las medidas de acción positiva son menores cuando la diferencia de trato no está basada en esas circunstancias, sino que responde a otros elementos o factores sistémicos. Y ese es un escenario donde el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales y el art. 157.4 TFUE deberían jugar un mayor protagonismo para conseguir que la igualdad por razón de sexo sea «garantizada en todos los ámbitos». No se trata de que esos instrumentos desplacen a la Directiva 79/7, sino de que el tratamiento de las acciones positivas en la Directiva se encuentra intimamente ligado a las consecuencias que derivan de la «educación de los hijos». De este modo, esa Directiva no ofrece un marco adecuado y completo para la valoración de las acciones positivas dirigidas a corregir otras disfunciones que no deriven del cuidado de hijos, porque el contexto de 1978 era distinto, y por ello se justifica una interpretación evolutiva, aprovechando además el marco que ofrecen la Carta y el TFUE, cuyo art. 157.4, no se olvide, advierte que, para garantizar la «plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral», el principio de igualdad de trato no impide a los Estados Miembros adoptar «medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a [...] evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

Esa interpretación más generosa con las medidas de acción positiva es, desde luego, una decisión que corresponde al TJUE, que hasta el momento ha relegado al art. 157.4 TFUE a un papel secundario. Sin embargo, es cierto que tampoco se ha sometido a valoración una medida de acción positiva con las características aquí planteadas, porque esa clase de ventajas suelen configurarse a partir de presunciones generales de daño y extenderse a un colectivo indeterminado de mujeres, y por ello la doctrina que emana de las sentencias del Tribunal de Luxemburgo ya citadas no necesariamente ha de extrapolarse a medidas diseñadas sobre premisas distintas, particularmente si se identifica el daño a las mujeres de tal manera que no se encuentre un parámetro de comparación adecuado, porque los hombres no pueden sufrir el mismo perjuicio. No es un enfoque novedoso, en realidad, pues las Conclusiones del Abogado General en la STJUE WA ya proponían un mayor protagonismo del art. 157.4 TFUE, aunque llegaban a la conclusión de que el deficiente diseño del complemento por maternidad, con exclusión absoluta de los hombres, era incompatible con el Derecho de la UE por no respetar el principio de proporcionalidad⁴⁶.

⁴⁶ Los apartados 109 a 113 afirmaban lo siguiente: «En primer lugar está el texto del artículo 157 TFUE, apartado 4, que se refiere claramente al objetivo de garantizar la igualdad en la práctica, abarcando no solo medidas destinadas a facilitar el acceso y prevenir las desventajas, sino también a compensar esas desventajas. Esta disposición sustituye, en mi opinión, al enfoque, quizás no totalmente útil, centrado en la dicotomía entre la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados que había dominado gran parte de la jurisprudencia anterior, por la que se interpretaban diferentes normas. En segundo lugar, la interpretación del ámbito de aplicación del artículo 157 TFUE, apartado 4, debe adaptarse lógicamente a las especificidades del ámbito de que se trate. Si se acepta que el artículo 157 TFUE, apartado 4, se aplica al ámbito cubierto por la Directiva 79/7, la compensación por las desventajas en las carreras profesionales debe necesariamente cubrir las consecuencias presentes de las desventajas pasadas. No alcanzo a entender cómo podría ser de otro modo en el ámbito de la seguridad social, donde las desventajas en

Cuestión distinta, por supuesto, es que se identifique correctamente el daño y los perjudicados (las perjudicadas), pero que aún así la medida no se considere adecuada porque no es particularmente eficaz o no resuelve el problema de base. Aunque es recomendable conceder un margen al legislador nacional, deben priorizarse las intervenciones que prevengan o eviten el daño frente a las que solamente traten de repararlo. Como advierte la STJUE WA, en relación con el complemento por maternidad, el «complemento de pensión controvertido se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional» (apartado 65).

Sin embargo, la respuesta no habría de ser la misma, por utilizar un ejemplo ilustrativo, en caso de un complemento dirigido a mujeres de una determinada edad cuya pensión se vio condicionada por las dificultades para acceder a determinados trabajos, o al trabajo en sí mismo, durante ciertos momentos debido a limitaciones o prohibiciones legales. Por consiguiente, en el diseño de la medida no sólo hay que tomar en cuenta el fin perseguido, concretar el perjuicio e identificar a los destinatarios, sino que es menester asimismo valorar si el daño producido es ya irreversible, y por tanto únicamente procede su compensación, o si es un daño de presente y de futuro, situación en la que deben priorizarse las medidas dirigidas a erradicar la brecha salarial, de modo que quizás no sean necesarias las medidas reparadoras que actúen sobre las prestaciones, toda vez que si se ha corregido la brecha salarial, no tendrá lugar una brecha prestacional.

Sobre estas premisas, las medidas de acción positiva dirigidas a mujeres deberían ser validadas por el TJUE. Obviamente, su diseño requiere un mayor cuidado y atención al detalle del que hasta la fecha ha mostrado el legislador español, y no es compatible con la improvisación o la impaciencia. Se requiere una labor de análisis y diagnóstico sosegada y certera, y un proceso de diseño técnico-jurídico con la debida precisión, porque el objetivo no puede consistir simplemente en acercar (o equiparar) el importe medio de pensión que perciben hombres y mujeres ignorando si quienes disfrutan del complemento han sufrido o no un perjuicio. Las medidas de acción positiva, en suma, deben dirigirse a compensar un daño probado en personas concretas y no habrían de justificar la sobrecompensación, o directamente el enriquecimiento injusto, de quien no ha sufrido menoscabo en sus prestaciones

materia de pensiones se sentirán sobre todo una vez que la persona deje de formar parte del mercado laboral. Es difícil ver cómo podría abordarse la cuestión de la brecha de género actualmente existente en materia de pensiones facilitando el acceso de las mujeres al mercado laboral o mediante medidas adoptadas mientras siguen activas en el mercado laboral (que evitarían una posible brecha de género futura en las pensiones), excluyendo al mismo tiempo categóricamente cualquier medida que pudiera aplicarse una vez que abandonen el mercado laboral (que es donde radica el problema real y más urgente). En tercer lugar, la aplicación de este enfoque al artículo 157 TFUE, apartado 4, daría lugar a un resultado demasiado restrictivo y excluyente, ya que supondría prolongar las desventajas sufridas por las mujeres a lo largo de su vida laboral hasta su jubilación. El resultado práctico sería moralmente discutible: dado que la plena igualdad en la práctica solo se aplica a la igualdad de oportunidades durante su vida laboral, no puede compensarse nada después de que abandonen el mercado laboral, incluso si la desventaja se deriva claramente de la desigualdad experimentada durante su vida laboral, y, lógicamente, se manifestará más tarde. En tal situación, la igualdad de oportunidades únicamente sería un concepto útil si incluyera la igualdad de oportunidades para cambiar el pasado. Por consiguiente, propongo que el artículo 157 TFUE, apartado 4, no solo pueda servir para justificar una medida nacional que, de otro modo, sería discriminatoria dentro del marco legal específico establecido por el Derecho derivado aplicable, incluida la Directiva 79/7, sino que también pueda invocarse en relación con medidas destinadas a compensar las desventajas experimentadas durante las carreras profesionales que, aunque tengan su origen en la desigualdad durante la vida laboral, únicamente se manifiestan más tarde, cuando se abandona el mercado laboral. Sin embargo, el Derecho de la Unión somete sistemáticamente las medidas de acción positiva al criterio de la proporcionalidad, que exige que las excepciones se mantengan dentro de los límites de lo apropiado y necesario para lograr el objetivo perseguido. El principio de igualdad de trato debe conciliarse en la medida de lo posible con las exigencias del objetivo perseguido».

(v.gr., pensión máxima). En último término, el propósito ha de consistir en compensar efectivamente a quien ha sufrido un perjuicio en su carrera profesional y no meramente en conseguir que estadísticas globales muestren una equiparación cuantitativa que no necesariamente implica que se haya corregido la desigualdad, porque difícilmente el remedio es efectivo si se procede a un resarcimiento lineal de daños totalmente distintos, o si quedan excluidas las personas que no reunieron las exigencias para causar una pensión, o si el complemento es manifestamente insuficiente para compensar el daño sufrido (por su escasa cuantía o porque podrían ser necesarios muchos años como beneficiario para ver compensado todo lo perdido durante la vida laboral).

8. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL STOFFELS, Ruth de María, “La conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, la correspondencia en el hogar y la lucha contra los estereotipos: una nueva punta de lanza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 28, 2012.
- AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La STJUE 15.5.25 sobre el complemento para la reducción de la brecha de género: un tercer paso atrás, quizás reversible”, *Jurisdicción social*, nº 266, 2025.
- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, “Cuestiones prácticas con respecto al antiguo complemento por maternidad y al nuevo complemento para la reducción de la brecha de género”, *REDT*, nº 245, 2021.
- BALLESTER PASTOR, Inmaculada, “Mujeres y pensiones: la brecha de género de las pensiones contributivas”, en AA.VV. *La encrucijada de las pensiones del Sistema español de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2022.
- “Los dilemas del complemento de brecha de género”, en MONEREO PÉREZ, José Luis, MORENO VIDA, María Nieves, y MALDONADO MOLINA, José Antonio, *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo, “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*, nº 1, 2016.
- BLÁZQUEZ AGUDO Eva, “Trabajo de las mujeres y protección social”, en AA.VV., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*, MTMSS, Madrid, 2019.
- CARRASQUER OTO, Pilar, y ZAWADSKY MARTÍNEZ-PORTILLO, José Eduardo, “El suelo pegajoso y la movilidad ocupacional de las mujeres y los hombres en España”, *Revista Internacional de Sociología*, Vol. 81, nº 4, 2023.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 28, 2021.
- DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M., “Del complemento de pensiones por maternidad al de por brecha de género: Cómo intentar cumplir (sin lograrlo) la jurisprudencia europea sobre igualdad de género”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 56, 2022.
- GALA DURÁN, Carolina, “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?”, *Temas Laborales*, nº 158, 2021.
- “Una nueva intervención del TJUE en relación con el complemento del artículo 60 de la LGSS: A pesar del cambio normativo continúa la discriminación”, *REDT*, nº 288, 2025.
- GARCÍA TORRES, Alba, *La perspectiva de género como factor de evolución de las fronteras y estructuras del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2024.

GRAU PINEDA Carmen, “Conceptuación técnica de la brecha de género”, en MONERO Pérez, José Luis, MORENO VIDA, María Nieves, y MALDONADO MOLINA, José Antonio, *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025.

LOUSADA AROCHENA, José Francisco, “Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género”, *Femeris*, vol. 4, núm. 2, 2019.

- “El complemento de brecha de género también es discriminatorio”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº, 5, 2025, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2025-00000002938.

MALDONADO MOLINA, José Antonio, “Las cuestiones prejudiciales sobre el complemento para la reducción de la brecha de género”, en AA.VV., *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2024*, Cinca, Madrid, 2025.

- “Una revisión de los problemas judiciales planteados por el complemento por maternidad”, en MONERO Pérez, José Luis, MORENO VIDA, María Nieves, y MALDONADO MOLINA, José Antonio, *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025.

MARTÍNEZ MORENO, Carolina, *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, Bomarzo, Albacete, 2019.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz, “La(s) brecha(s) de género en las pensiones contributivas autogeneradas”, *Femeris*, Vol. 10, nº 2.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio?”, *RTSS (CEF)*, nº 457, 2021.

- “Los hombres del Tribunal de Justicia y el “mito del varón pensionista discriminado”: ¿“punto ciego” para la perspectiva de género?”, *Brief de la AEDTSS*, <https://www.aedtss.com/los-hombres-del-tribunal-de-justicia-y-el-mito-del-varon-pensionista-discriminado-punto-ciego-para-la-perspectiva-de-genero/>.
- “Legitimidad de las acciones positivas para corregir las brechas de género en pensiones: ¿qué hacer cuando la primacía jurídica comunitaria es el mayor obstáculo?”, *IgualdadES*, nº 11, 2024.

MONERO Pérez, José Luis, y GUINDO MORALES, Sara, “El principio de igualdad en el complemento de maternidad en las pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social”, *La Ley Unión Europea*, nº 85, 2020.

MONERO Pérez, José Luis, y LÓPEZ INSÚA, Belén del Mar, “Mujer y Seguridad Social: Igualdad y brecha de género”, en MONERO Pérez, José Luis, MORENO VIDA, María Nieves, y MALDONADO MOLINA, José Antonio, *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025.

MONERO Pérez, José Luis, y LÓPEZ VICO, Sheila, “El controvertido complemento por brecha de género español y su larga trayectoria legislativa y jurisprudencial”, *La Ley Unión Europea*, nº 139, 2025.

MONERO Pérez, José Luis, y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, “Luces y sombras del complemento de brecha de género: Complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 31, 2022.

MORENO ROMERO, Francisca, “La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: Apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021”, *RGDTSS (iustel)*, nº 58, 2021.

- “Impacto del complemento de maternidad por aportación demográfica, primero, para la reducción de la brecha de género, después en las nuevas pensiones”, en MONERO PÉREZ, José Luis, MORENO VIDA, María Nieves, y MALDONADO MOLINA, José Antonio, *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025.
- “Complemento para la reducción de la brecha de género: aplicación de una Directiva desfasada (79/7) y doctrina ancestral del TJUE: especial referencia a la STJUE de 15 de mayo de 2025 (asuntos C-623/23 y C-626/23)”, *Trabajo y Derecho*, nº 128, 2025.

PAREDES RODRÍGUEZ, José Mario, “Complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones: interrogantes y valoración”, *REDT*, nº 244, 2021.

PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, “La protección de los derechos sociales a través del CEDH. La STEDH 22 marzo 2012, Caso Konstantin Markin c. Rusia”, *Jurisdicción Social*, núm. 203, 2019.

RAMOS QUINTANA, María Isabel, “Reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas: la reconstrucción de una frustrada acción positiva en el extinto complemento por maternidad”, *Trabajo y Derecho*, nº 77, 2021.

RODRÍGUEZ CARDÓ, Iván Antonio “La inusitada vitalidad del complemento por maternidad: causas de la notable litigiosidad y posibles consecuencias en fase de ultraactividad”, *Trabajo y Derecho*, nº 87, 2022.

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, “La perspectiva de género en la interpretación judicial: entre un necesario replanteamiento del alcance de la corresponsabilidad y una contención de la doctrina del varón discriminado”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, nº 19, 2025.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, “Complemento de pensiones contributivas y discriminación por razón de sexo: todos los jueces eran hombres (STJUE de 15 de mayo de 2025)”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. X, nº 1.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Complemento de pensiones por aportación demográfica o brecha de género (art. 60 LGSS). Una sinopsis”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, 2024.

TORTUERO PLAZA, José Luis, “La pesadilla del complemento de maternidad por aportación demográfica: todos contra la Seguridad Social”, en MONERO PÉREZ, José Luis, MORENO VIDA, María Nieves, y MALDONADO MOLINA, José Antonio, *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025.

VICENTE PALACIO, María Aránzazu, “Sobre el carácter discriminatorio del complemento por maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4, 2020.

VIVERO SERRANO, Juan Bautista, *Complemento por maternidad, derecho a la tutela judicial efectiva y principio de primacía del Derecho de la Unión Europea*, Trabajo y Derecho, nº 84, 2021.

- *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Comares, Granada, 2021.
- “El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género fulminado por el TJUE”, *Brief de la AEDTSS*, <https://www.aedtss.com/el-complemento-de-pensiones-para-la-reduccion-de-la-brecha-de-genero-fulminado-por-el-tjue/>.
- “Las acciones positivas para las mujeres en materia de Seguridad Social. La asignatura pendiente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en MONERO PÉREZ, José Luis, MORENO VIDA, María Nieves, y MALDONADO MOLINA, José Antonio, *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025.