

El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo

An accessory for tightening the gender gap: overcoming deception

JESÚS CRUZ VILLALÓN *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*
© <https://orcid.org/0000-0002-1275-5289>

Cita sugerida: CRUZ VILLALÓN, J. "El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 28 (2021): 37-46.

Resumen

La notable brecha de género en la cuantía de las pensiones de Seguridad Social constituye un efecto indirecto derivada a su vez de la brecha salarial existente en el mercado de trabajo, por lo que la eliminación plena y definitiva de la primera de las brechas depende de la superación de la segunda. No obstante, hasta tanto que ello no se logre se deben adoptar ciertas medidas de corrección directa dentro de la normativa de Seguridad Social. De manera indirecta algo de ello provocaba el complemento por maternidad introducido a partir de 2016, si bien éste presentaba enormes deficiencias técnica y sobre todo no paso el filtro de las exigencias de prohibición de tratamientos discriminatorios establecidas por el Derecho de la Unión Europea. Con vista a superar el callejón sin salida provocado por la sentencia del Tribunal de Luxemburgo y con vistas a diseñar una fórmula que tenga directamente el objetivo de corrección de la brecha de género en las pensiones, se establece el nuevo complemento introducido a principios de 2021. El presente estudio pretende analizar las luces y sombras de este nuevo complemento, que desde luego presenta destacadas ventajas, supera el problema provocado por la jurisprudencia europea, si bien también se apuntan ciertas deficiencias que podrían ser corregidas de futuro.

Abstract

The significant gender gap in the amount of social security pensions is an indirect effect of the wage gap in the labour market, so that the full and definitive elimination of the former depends on overcoming the latter. However, until this is achieved, certain direct corrective measures must be adopted within the social security regulations. The increase in parents' pensions introduced from 2016 onwards indirectly did some of this, although it had enormous technical shortcomings and above all did not pass through the filter of the requirements of EU law prohibiting discriminatory treatment.

With a view to overcoming the impasse caused by the Luxembourg Court ruling and with a view to designing a formula that directly aims to correct the gender gap in pensions, the new supplement introduced at the beginning of 2021 is established. The present study aims to analyse the lights and shadows of this new supplement, which of course has significant advantages and overcomes the problem caused by the European case law, although it also points out certain shortcomings that could be corrected in the future.

Palabras clave

Pensiones, discriminación, brecha de genero

Keywords

Pensions; discrimination; gender gap

1. EL ESCENARIO DE PARTIDA: UNA MANIFIESTA DESIGUALDAD DE GÉNERO EN PENSIONES

Desde la implantación del vigente sistema público de Seguridad Social, las pensiones han mostrado una manifiesta brecha de género en relación con todos y cada uno de los regímenes de Seguridad Social. En concreto, a principios del presente año, conforme a los datos estadísticos del Ministerio de Seguridad Social la pensión media de los hombres se situaba en los 1.248,99 € al mes mientras que la de las mujeres apenas alcanzaba los 824,65 € al mes, de modo que la pensión media

de las mujeres era del 66 % respecto de la de los hombres¹. Ese diferencial se presenta en casi todas las pensiones. Por ejemplo, en las pensiones de jubilación la pensión media de los hombres es de 1.360,77 € al mes mientras que la de las mujeres se encuentra en los 905,50 € al mes, es decir, la pensión de jubilación de las mujeres se sitúa en el 69,85 % de la correspondiente a la de los hombres. De mismo modo, respecto de las pensiones por incapacidad permanente, la pensión media de los hombres es de 1.047,38 € al mes mientras que la de las mujeres es de 901,39 € al mes, es decir, la de las mujeres representa el 86,06 % respecto de la de los hombres. Sólo en el caso de la pensión de viudedad las cuantías se invierten, de modo que la pensión media de los hombres es de 522,39 € al mes en tanto que la de las mujeres se sitúa en los 755,44 € al mes, lo que supone que la de los hombres se cifre en el 69 % respecto de la de las mujeres.

No requiere mucha explicación indicar que este resultado no deriva directamente de la normativa reguladora de nuestras pensiones contributivas, ni de los requisitos exigidos para su percepción, ni de la fórmula de cálculo de su cuantía. Por el contrario, incluso se podría afirmar que el sistema contributivo en alguna de sus facetas se encuentra corregido por encima y por debajo, de modo que sin esas correcciones la brecha podría llegar a ser mucho mayor. Baste por indicar dos datos, por debajo y por arriba. Por debajo el sistema de complementos a mínimo afecta más a las mujeres que a los hombres, al extremo que son el doble de las pensiones percibidas por las mujeres respecto de los hombres las que reciben este tipo de complemento, de modo que, de no existir tal incremento, el diferencial medio entre las pensiones de mujeres y hombre sería mucho mayor. De otro lado, por arriba, el tope máximo de las pensiones afecta más a los hombres que a las mujeres, de modo que, de no existir esta otra corrección a la contributividad, las pensiones de los hombres por término medio serían más elevadas y, con ello, la brecha de género se agrandaría.

Las anteriores precisiones lo son al objeto de confirmar algo que resulta bien conocido: la causa determinante de la brecha de género en las pensiones deriva de la, a su vez, diferencia de condiciones contractuales en el mercado trabajo, empezando por la importante brecha salarial por razón de género existente y que ha existido en el pasado dentro de nuestro mercado de trabajo. En la medida en que la cuantía de las pensiones deriva de la carrera profesional del beneficiario de las pensiones, en la medida en que ésta depende de la media de cotizaciones efectuadas y del tiempo durante el que se ha estado cotizando. Al tener un salario en valores comparativos más bajos, al ser el trabajo a tiempo parcial fundamentalmente de mujeres, al haberse en mayor medida producido interrupciones en la continuidad de la carrera profesional de las mujeres, el resultado es pensiones mucho más bajas para mujeres que para hombres, al ser todavía muchas más las mujeres que sólo acceden a la pensión de viudedad de cuantía más reducida comparada con la de jubilación: 2,16 millones de viudas con pensión frente a 189.000 pensiones de viudedad de hombre, teniendo presente que la pensión media de viudedad se sitúa en los 736,65 € al mes frente a la pensión media de jubilación que se sitúa en los 1.182,02 € al mes, es decir, la pensión media de viudedad representa el 62,32 € respecto de la pensión de jubilación. Incluso la inversión en la cuantía de la pensión de viudedad (superior para las mujeres respecto de la correspondiente a la de los hombres) antes indicada se explica en cuanto que hay separación entre sujeto causante y beneficiario: la cuantía de la pensión de las viudas se calcula respecto de la carrera de cotización del cónyuge hombre fallecido, mientras que, a la inversa, la cuantía de la pensión de los viudos se calcula respecto de la carrera de cotización de la cónyuge mujer fallecida. Más aún, en las más de las ocasiones los hombres que perciben la pensión de viudedad la compatibilizan con la pensión de jubilación, de modo que al final el resultado vuelve a ser una perceptible brecha de género de la mujer respecto del hombre en el total de la pensión percibida.

En resumidas cuentas, sin perjuicio de que se pueda actuar sobre la brecha de género en materia de pensiones, no cabe la menor duda de que la solución final del problema se logrará acudiendo a las raíces del mismo, que no son otras que la brecha laboral y salarial de género en el

¹ <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas>

mercado de trabajo. En la medida en que se logre una plena y continuada incorporación de la mujer al mercado de trabajo, en condiciones sustanciales de igualdad, como efecto reflejo desaparecerá la brecha de género de las pensiones.

Eso sí, el objetivo de igualdad en el mercado de trabajo es un proceso progresivo, que es muy difícil lograrlo de manera inmediata, pues depende de factores muy diversos que se arrastran desde tiempo atrás. Más aún, incluso si lográsemos que mañana desapareciese por completo la brecha de género en el mercado de trabajo, pervivirá durante un tiempo la brecha de pensiones, ya que nos enfrentamos a un impacto prolongado en el tiempo de la brecha que ha existido en el pasado sobre el presente de las pensiones. Por mucho que se corrija ahora la brecha de género, al calcularse las pensiones por las cotizaciones de pasado, será como el efecto de la estrella negativa que se apagó hace ya lustros pero que seguimos viendo en el presente. Prueba elocuente de ello es que actualmente la brecha de género en materia de pensiones de la Seguridad Social como media (34 %) es muy superior a la que se calcula como la brecha salarial en estos momentos (21,7 %). Por ello, aunque es previsible que vaya reduciéndose y deseable que llegue a eliminarse la brecha salarial ello, aunque impactará también sobre la brecha de género en pensiones, el efecto será sobre un diferencial superior y tardará más tiempo en llegar a superarse.

A tenor de ello, resulta más que justificado adoptar medidas adicionales de corrección específica de la brecha de género en el terreno de las pensiones, dado que las existentes que hemos mencionados resultan de todo punto insuficiente.

En ese marco tiene toda su explicación el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género que acaba de aprobar el Gobierno por medio del Real Decreto-ley². Ciertamente se trata de una medida modesta, que puede corregir muy modestamente la brecha de género, en los términos que indicaremos a continuación, pero que, en todo caso, debe ser bienvenida, por cuanto que lo más relevante es que abre el camino y sólo cabe esperar de futuro mejoras en la línea de incrementar el impacto de esta medida sobre la corrección de una manifiesta desigualdad marcadamente injusta respecto de las mujeres que se encuentran en una posición de mayor debilidad en nuestra sociedad.

2. EL INICIAL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD

El punto de partida en esta concreta medida, y su antecedente más inmediato se encuentra en la introducción de un complemento de maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social. La misma se introduce en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016³, mediante un art. 50 bis en la Ley General de Seguridad Social, que inmediatamente paso a ser el art. 60 del texto refundido de 2015, con vigencia efectiva a partir de inicio de 2016. Se trata de una norma que dio lugar a cierto debate entre la doctrina laboral y de Seguridad Social⁴.

El hecho causante del complemento era exclusivamente haber tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y tener derecho a cualquiera de las pensiones contributivas del sistema en cualquiera de sus regímenes jurídicos. Por tanto, este complemento, como tal, no pretendía actuar

² Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero (BOE 3 de febrero), por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

³ Disp. final 2ª Ley 48/2015, de 29 de octubre (BOE 30 de octubre), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

⁴ Por todos, M. TERESA MARBÁN PINILLA, El complemento por maternidad en la pensión de jubilación, en Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible, XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Madrid 2019. M. R. MARTÍNEZ BARROSO, La brecha de género en la pensión de jubilación: algunos mecanismos correctores y cuestiones pendientes, en *diritti fondamentali* 1/2020, <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2020/06/Barroso-La-brecha-de-g%C3%A9nero-en-la-pensi%C3%B3n-de-jubilaci%C3%B3n.pdf> C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Complemento por maternidad y pensiones contributivas: las olvidadas madres del baby boom y las madres de hijos únicos, *Revista Internacional de Protección Social* vol. 4 núm. 1 (2019). I. A. Rodríguez Cardo, El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social, *Revista Trabajo y Derecho* nº 16 (2016).

sobre la brecha de género, por cuanto que se presentaba formalmente como un complemento justificado por la “aportación demográfica a la Seguridad Social” por parte de las mujeres. Prueba elocuente de ello es que se tenía derecho a su percepción con independencia de que la pensión percibida fuese inferior a la del hombre en idénticas circunstancias, incluso que se reconocía el derecho a su percepción aun en el caso de que la beneficiaria alcanzase a percibir la cuantía máxima de la pensión legalmente establecida, si bien su percepción se reducía a la mitad; en definitiva, en algunos casos provocaba el efecto de que las mujeres percibirían en términos absolutos una pensión superior a la de los hombres en idénticas circunstancias. Eso sí, comoquiera que las beneficiarias de este complemento eran exclusivamente las mujeres, en la medida en que los datos antes referidos muestran una percepción media en la pensión de las mujeres inferior a la del hombre, el efecto práctico indiscutible es que el mismo provocaba un efecto de reducción de la brecha de género, a pesar de que la norma como tal no justificase la introducción de dicho complemento con tal finalidad.

La norma, desde luego, provocaba la percepción por las mujeres de este complemento con independencia de que ello provocase o no una reducción de la brecha de género, incluso no reducía la brecha de género respecto de las pensionistas que sólo hubiesen tenido un hijo. En todo caso, desde la perspectiva estadística y sociológica general, resulta indiscutible que dicho complemento provocaba ese efecto de reducción de la brecha en pensiones.

Del mismo modo, no cabe la menor duda de que la brecha a la que nos venimos refiriendo se encuentra generalizada para el conjunto de las mujeres y no solamente afecta a aquellas que han tenido al menos dos hijos, pues son muy diversos y amplios los factores que están subyaciendo en la causa eficiente de la brecha salarial que impacta sobre las pensiones. Pero, del mismo modo, es claro que las responsabilidades familiares derivadas de la atención a los hijos han sido y siguen siendo uno de los factores más destacados que han truncado la carrera profesional de las mujeres y, por efecto derivado, el resultado de pensiones de cuantía inferior a las reconocidas a los hombres. Por eso, no se puede dudar de que este complemento por maternidad ha tenido ese indiscutible efecto de reducir el diferencial en pensiones entre hombres y mujeres.

3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En este contexto surgió un cierto debate en torno al posible carácter discriminatorio de la medida, especialmente desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, por cuanto que se proyectaba la duda de hasta qué punto un complemento de esta naturaleza por maternidad podría ser contrario a la Directiva relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social⁵. Ya cierta doctrina avanzó la posible oposición de este complemento con las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea⁶, confirmado en su valoración posterior por algunos⁷, si bien cuando se dictó la doctrina fue bastante crítica con la misma⁸. El asunto que llega al Tribunal de Justicia, a través de una cuestión prejudicial, era un exponente paradigmático de una evidente desigualdad de trato no justificada, por cuanto que se trataba de un hombre que se había quedado viudo bastante joven con hijos menores, que había que tenido que asumir por sí solo las correspondientes responsabilidades familiares al tiempo que debía desarrollar una actividad laboral para el mantenimiento económico propio y de sus hijos. En definitiva, se trataba de un caso patente de trabajador que podía haber visto dificultada su carrera profesional y al final la percepción de una

⁵ Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

⁶ Por todos, M. A. BALLESTER PASTOR, *El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatorio de la Unión Europea*, Lex Social vol. 6 núm. 1, https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1656

⁷ F. MORENO ROMERO, El complemento por maternidad: “Ordenamiento deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/435?acceptCookies=1>

⁸ Por todos, C. MOLINA NAVARRETE, “Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF búm. 445 (2020).

pensión superior por tener que asumir en solitario los deberes de atención a sus hijos. A la vista del caso, sea o no por su singularidad, lo cierto es que la sentencia a la que nos venimos refiriendo, acabó fallando que el complemento por maternidad introducido en 2015 exclusivamente a favor de las mujeres era contrario a la Directiva de referencia cuando excluye de su percepción a los hombres que se encuentran en idéntica situación⁹.

A partir de aquí se produce un resultado expansivo del fallo de la sentencia, que da como resultado formal el reconocimiento de este complemento de manera indiferenciada a hombres y mujeres, siendo el único elemento delimitador del hecho causante del mismo el tratarse de una persona (hombre o mujer) con derecho a una pensión contributiva de la Seguridad Social que al menos haya tenido dos hijos. Ciertamente la base del pronunciamiento de la sentencia de referencia es una muy específica situación, en los términos emblemáticos que hemos referido, pero con independencia de que formalmente el pronunciamiento afecte singularmente a este concreto caso, el sentido del fallo es expansivo, de generalización a favor de todos los hombres con al menos dos hijos y, por tanto, una universalización de la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

A partir de ahí, se produce lo que en el encabezamiento de esta entrada hemos denominado como un embrollo, por cuanto que la medida, aparte del enorme impacto económico que presenta por la extensión a todos los pensionistas con más de un hijo, supone la eliminación de uno de los objetivos que contenía implícita la medida al introducirla exclusivamente a favor de las mujeres: la voluntad de incorporar una medida de acción positiva a favor de las mujeres, a resultas de su peor situación de protección social en nuestro sistema de pensiones públicas.

Sin necesidad de entrar en la valoración de la sentencia, de sus argumentos y de la mayor o menor sensibilidad del Tribunal frente a las medidas de acción positiva al efecto, al enfrentarse a un supuesto tan singular como el que se le planteó, acabó tirando por tierra la vertiente de acción positiva que iba implícita en el complemento por maternidad. Entre la falta de finura jurídica del complemento de 2015, que no fue capaz de contrarrestar con ciertos matices las situaciones evidentes que provocaba de tratamiento peyorativo para ciertos hombres, unido a la respuesta de brocha gorda de la sentencia del Tribunal de Justicia, el resultado fue la situación en el otro extremo nada deseable de bloquear lo que de positivo tenía la medida en orden a propiciar la reducción de la brecha de género en materia de pensiones, a pesar de que formalmente no fuera ese su objetivo, tal como venimos indicando.

Es frente a este escenario ante el que se enfrenta el legislador de 2021, que intenta resolver el embrollo, a partir de unos antecedentes que han desembocado en un resultado complejo, por cuanto que, por un lado debe recuperar una de las finalidades implícita de la medida; y, al propio tiempo, ha de ofrecer una fórmula que logre el objetivo que venimos señalando de reducción de la brecha, sin poder partir en la construcción del modelo desde cero, por cuanto que los antecedentes existentes pesan de manera notable.

4. EL NUEVO COMPLEMENTO PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO: FINALIDAD PERSEGUIDA

El nuevo complemento introducido en febrero de 2021 sí que tiene expresamente como objetivo la reducción de la brecha de género, al extremo de que se le cambia de denominación y de manera directa con la nueva regulación se alude expresamente a dicha finalidad¹⁰. La propia

⁹ STJUE 12 de diciembre de 2019, C-450/18, WA; ECLI:EU:C:2019:1075.

¹⁰ Comentarios de urgencia a este nuevo complemento en M. ARENAS, *Nuevo complemento de maternidad. RDLEY 3/2021, ¿Mejor o peor? O todo lo contrario*, <https://kaosenlared.net/nuevo-complemento-de-maternidad-mejor-o-peor-o-todo-lo-contrario/> I. A. RODRÍGUEZ CARDO, *El nuevo complemento para reducir la brecha de género en las pensiones*, <https://leyteratura.blogspot.com/2021/02/ii-el-nuevo-complemento-para-reducir-la.html> M. J. ROMERO RÓDENAS, *Una nueva norma de urgencia: El RDL 3/2021, de 2 de febrero. Complemento de maternidad y covid como enfermedad profesional del personal sanitario y socio sanitario*, <https://baylos.blogspot.com/2021/02/una-nueva-norma-de-urgencia-el-rdl.html>

exposición de motivos de la norma justifica así el cambio de regulación, destacando cómo a partir de los efectos provocados por la sentencia del Tribunal de Justicia, “la necesidad de proceder a su redefinición ofrece la oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones”.

Eso sí, en la elaboración de una norma, más allá de cual sea la voluntad expresa del legislador en cuanto a la finalidad de una determinada reforma, es preciso que esta venga acompañada de un régimen jurídico que confirme el resultado pretendido. Y, en efecto, al igual que la regulación precedente, aspectos centrales de la nueva regulación van en esa dirección de provocar la reducción de la brecha de género. Basta a tal efecto señalar como lo más significativo que este nuevo complemento gira en torno al reconocimiento generalizado del mismo, sin excepción, a todas las mujeres que hayan tenido hijos, incluso rebajando el requisito precedente del anterior de haber tenido al menos dos hijos; al propio tiempo, que corrige el efecto indirecto provocado por la sentencia del Tribunal de Justicia de reconocérselo a todos los hombres, aunque lo contempla para casos singulares, como indicaremos más adelante.

Eso sí, también conviene advertir que el complemento en algunos de sus aspectos queda desvirtuado como medida de acción positiva exclusivamente favorable a las mujeres, al sentirse obligado el legislador a evitar un nuevo pronunciamiento judicial contrario a la nueva regulación por su carácter discriminatorio, al mismo tiempo que no logra establecer un complemento de nuevo cuño, sino que se encuentra fuertemente condicionado por el antecedente del complemento de maternidad.

De este modo, por un lado, cuando se verifica un reconocimiento de la prestación a los hombres, es obvio que desaparece en esos casos la finalidad de reducción de la brecha de género, convirtiéndose en una cantidad orientada a corregir los efectos negativos de quienes hayan visto mermada, interrumpida o truncada su carrera profesional a resultas de tener que atender a sus hijos menores, con independencia de que se trate de hombres o de mujeres; no es que con ello estemos criticando la medida, pues es obligada para no provocar una valoración como discriminatoria de la misma, incluso hay que valorarla como positiva en cuanto tiene todo su fundamento y finalidad lógica de compensar a los hombres que han visto perjudicada su carrera de cotización por motivos familiares, pero lo cierto es que su efecto no va en la dirección de reducir la brecha de género.

De otro lado, hay que señalar que el legislador no se ha atrevido a corregir los aspectos de la regulación que sólo se enfocaban a ofrecer un complemento por maternidad y que no incidían en la reducción de la brecha de género. Con ello, a ciertos efectos, sigue siendo más un complemento de maternidad que un auténtico complemento orientado exclusivamente a reducir la brecha de género. A la postre, el legislador en algún punto se ha quedado corto en la sustitución de un modelo prestacional por otro, siendo deudor de los antecedentes legales de la nueva regulación; deudor, a nuestro juicio, en el sentido negativo del término.

5. SUJETOS BENEFICIARIOS: PREVALENTEMENTE MUJERES CON HIJOS

Como ya hemos indicado, el beneficiario por antonomasia del complemento son las mujeres con hijos, incluso rebajando el requisito, pues basta con haber tenido un hijo mientras que antes se exigían al menos dos. Con toda seguridad, cuando empiece a funcionar la fórmula y se tengan los correspondientes datos estadísticos, con plena seguridad el complemento vendrá a ser percibido por las mujeres por encima del 90 % del total de los beneficiarios. Comoquiera que la norma es deudora, como hemos indicado, del elemento de la maternidad, quedan fuera de las beneficiarias aquellas mujeres que han tenido que atender a otros familiares diversos de los hijos, especialmente a familiares dependientes distintos de los hijos, que con seguridad constituye un factor sociológico constatado también de merma de la carrera de cotización de las mujeres. Posiblemente, de haberse introducido este dato adicional, con requisitos objetivos que lo confirmen en cuanto al efecto negativo sobre la cuantía de la pensión, se habría reforzado más sí cabe esa finalidad de reducción de la brecha de género.

De otra parte, como también hemos indicado, la norma para evitar una nueva declaración de que la medida es discriminatoria por razón de género, bien lo sea desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, o desde la perspectiva de la prohibición constitucional de discriminación por este motivo, procede a reconocer también el complemento a aquellos pensionistas hombres que hayan visto reducida la cuantía de su pensión a resultas de su condición de padres. Eso sí, mientras que para las mujeres se reconoce el derecho al complemento por el mero hecho de haber tenido un hijo, estableciendo un a modo de presunción ‘iuris et de iure’ de perjuicio de tal circunstancia respecto de su carrera de cotización, respecto de los hombres se requiere unos requisitos estrictos demostrativos de tal perjuicio. En concreto, sin entrar en detalles, para los hombres se requiere o bien que se trate de viudos con derecho a la pensión correspondiente cuando al menos un hijo tenga derecho a percibir la pensión de orfandad, o bien para los pensionistas hombres beneficiarios de la pensión de jubilación o de incapacidad cuando demuestren haber interrumpido o haber sido afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción. Comoquiera que con ello se contrarresta el efecto de la sentencia que había provocado un efecto injustificadamente expansivo a favor de todos los hombres con al menos dos hijos, ahora son muchos menos los hombres que pueden acceder a tener derecho a la pensión. Siendo este cambio plenamente justificado, para lograr la finalidad perseguida, es obvio que supone un régimen más restrictivo, lo cual también justifica que como medida transitoria se establezca que quienes ya vienen disfrutando del complemento de maternidad pueden seguir manteniendo indefinidamente el derecho a percibirlo y no lo pierden, aunque ahora no reúnan los requisitos para percibir el complemento para la reducción de la brecha.

A nuestro juicio, este elemento diferencial es el que permite provocar el efecto de reducción de la brecha de género, de modo que, si se estableciese una identidad de requisitos a estos efectos, el resultado de reducción de la brecha sería mucho más reducido. Con independencia de que, como diremos a continuación, el régimen puede resultar como tal mejorable, a mi juicio esta diferencia como tal no puede considerarse discriminatoria, por cuanto que se inserta en una clara expresión de acción positiva justificada por el objetivo tantas veces señalado.

Eso sí, en algunos aspectos la norma puede llegar a resultar excesivamente limitativa del reconocimiento del derecho a la percepción del complemento por parte de los hombres como beneficiarios. Por ejemplo, puede resultar poco justificable que el complemento en el caso de pensionistas de viudedad sólo se reconozca a aquellos hombres que tengan al menos un hijo con derecho a percibir una pensión de orfandad; dicho en otros términos, cuando algún hijo en el momento del fallecimiento de la madre tenga menos de 21 o de 25 años, según que tenga o no ingresos inferiores a la cuantía del salario mínimo (art. 224 LGSS). No resulta muy razonable establecer esta diferencia de tratamiento respecto de los padres que quedan viudos con los hijos mayores y pueden aportar datos objetivos que muestren que su carrera de cotización se ha truncado, a semejanza de lo que se prevé cuando son beneficiarios de la pensión de jubilación o de incapacidad. Más aún, la incongruencia se muestra teniendo presente la compatibilidad entre las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, por un lado, y la pensión de viudedad por otro lado; ello provoca, en una lectura literal de la norma, el resultado de que los viudos con pensiones indiscutiblemente altas por acumular ambas pensiones pueden percibir dicho complemento si demuestran el efecto negativo sobre la carrera profesional, mientras que ello no se permite respecto de quienes sólo tienen derecho a la pensión de viudedad. Algunos han venido defendiendo incluso que el complemento en el caso de causarse por tener la pensión de viudedad exclusivamente sería de carácter temporal, pues se perdería a partir del momento en que los hijos dejasen de percibir la pensión de orfandad. A nuestro juicio, cabe una interpretación alternativa, consistente en que se está exigiendo el requisito de la percepción de la pensión de orfandad sólo en el momento del fallecimiento de la madre, de modo que el complemento siempre tendrá carácter permanente, en la medida en que va vinculado a una pensión de viudedad siempre permanente también. Refuerza a nuestro juicio esta interpretación el dato de que se precise en un momento determinado que el complemento se abonará “en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones” vinculadas

a dicho complemento, añadiendo que “en consecuencia su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento”.

Por lo demás, hubiera sido más razonable equiparar el tratamiento de los tres tipos de pensiones (viudedad, incapacidad permanente y jubilación) en atención a datos objetivos de efectos negativos sobre la carrera profesional y, en su caso, excluir aquellos casos en los que la cuantía de la pensión no desemboque en tratamiento peyorativo en la práctica por tener derecho a la percepción acumulada por compatibilidad de dos pensiones.

Aunque puede tratarse de un supuesto muy excepcional, debe señalarse que la nueva norma exige respecto de los hijos a tomar en consideración la regla de que “únicamente computarán los hijos o hijas que hubieran nacido con vida con anterioridad al hecho causante de la pensión”. En efecto, la regla resulta poco razonable en la medida que provoca la exclusión del cómputo de los hijos póstumos: pensionista viuda que causa el derecho a la pensión por fallecimiento del cónyuge antes del nacimiento del hijo, pero ya embarazada. Sería aconsejable corregir esta limitación, pensando más en los hijos nacidos de otro progenitor posterior, que probablemente es en lo que está pensando la norma.

6. PENSIONES A COMPLEMENTAR

Como ya hemos indicado, se tiene derecho al complemento respecto de quienes tengan derecho a las pensiones contributivas por jubilación, por incapacidad permanente en todas sus modalidades, así como por viudedad. La única exclusión se produce respecto de la pensión de jubilación parcial en sus diversas variantes (art. 215 LGSS), si bien teniendo presente que se causa el derecho al complemento a partir del momento en el que concluye el período de jubilación parcial y se pasa a la situación de jubilación plena. Nada que objetar al efecto, por cuanto que son situaciones en las que el trabajador se encuentra todavía en activo y tiene compensación de ingresos por esa otra parte.

Algunos han criticado la inclusión entre los beneficiarios de quienes perciben la pensión de viudedad, especialmente cuando se trata de mujeres las beneficiarias. El argumento que se aduce al respecto es que en estos casos la cuantía de la pensión deriva de la carrera profesional del hombre y no de la correspondiente de la mujer, lo que, como ya vimos, determina que la pensión media de viudedad de las mujeres sea superior a la de los hombres. Sin embargo, no compartimos este argumento, por cuanto que nos parece formalista en exceso. Lo relevante a estos efectos reside en que en las más de las ocasiones, hasta el momento presente, las mujeres pensionistas sólo cobran esta pensión porque no han podido ellas por sí sola acumular una carrera de cotización que les permita optar a una pensión de incapacidad permanente o de jubilación y, sobre todo, que al ser el porcentaje a aplicar a la base reguladora marcadamente inferior en la viudedad que en la jubilación, provoca que la pensión media de viudedad percibida por las mujeres (755,44 € mes) sea muy inferior a la de jubilación percibida por los hombres (1.360,77 € mes), en términos tales que la primera representa sólo el 55,51 % respecto de las segundas. Mientras que se mantenga este intenso diferencial se encuentra más que justificada la asignación del complemento también para la pensión de viudedad.

De nuevo, lo discutible es que la regulación no tenga en cuenta la compatibilidad de la pensión de viudedad con las otras dos de jubilación e incapacidad permanente, que en algunos casos alcanza a percibir la pensión máxima y, por ende, no cabe la presencia de brecha de género alguna. Insistimos, si se quiere superar el modelo de mero complemento de maternidad para asentarlos definitivamente en un complemento orientado a la reducción de la brecha de género es clave tener en cuenta estas situaciones de compatibilidad de pensiones.

7. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

En términos comparativos respecto del precedente complemento por maternidad, el nuevo de reducción por razón de género atribuye una cuantía absoluta igual para todos los pensionistas, con

independencia de la cuantía inicial de su pensión, sólo diferenciada según el número de hijos (uno, dos o tres hijos). Por el contrario, el criterio del complemento por maternidad era establecer un incremento porcentual de la pensión en función del número de hijos: 5 % para dos hijos, 10 % para tres hijos y 15 % a partir de cuatro hijos. La nueva fórmula resulta más ajustada a derecho, por cuanto que concentra sus efectos en las pensiones más bajas, que son las más perjudicadas por la brecha, en tanto que tiene mucho menor alcance para las pensiones más elevadas, donde la brecha es mucho menos intensa. Eso de nuevo, muestra el cambio de filosofía del complemento, antes atendiendo exclusivamente al hecho simple de la maternidad, ahora centrado en la maternidad con pensiones bajas y mayor brecha en la cuantía de las pensiones.

De nuevo, al poder provocar un efecto comparativo perjudicial para algunos beneficiarios, también aquí se incorpora como medida transitoria que quienes ya vienen disfrutando del complemento de maternidad puedan seguir manteniendo indefinidamente el derecho a percibirlo y no lo pierdan, para no sufrir merma en su cuantía personal.

Regla nueva también plenamente justificada es que el importe del complemento no será tenido en cuenta a efectos de tener derecho al complemento por mínimos, pues como ya hemos visto, es aquí donde se produce el mayor diferencial de la brecha salarial y donde mayor impacto puede tener este complemento.

Por el contrario, resulta de todo punto criticable que se haya mantenido el criterio de que este complemento no será tenido en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones previsto legalmente. Más aún, la regla se acentúa comparativamente con el régimen anterior, dado que antes el complemento se percibía al 50 %, mientras que ahora se percibe en su totalidad al margen de recibir la pensión máxima, bien es cierto que el impacto es menor por cuanto que hay que recordar que antes el complemento era un porcentaje de la pensión, en tanto que ahora es una cantidad absoluta. En todo caso, la pervivencia de esta regla, que permite incrementar la pensión a quienes perciban la máxima, carece de toda lógica en un complemento orientado a la reducción de la brecha de género, mientras que podría tener mayor sentido (aunque tampoco compartido personalmente) cuando se dirigía a incrementar la pensión por el mero hecho de haber tenido al menos dos hijos. Esta regla provoca la percepción de una pensión superior, respecto de quienes no tengan hijos, con independencia de que se sea hombre o mujer, carente de toda justificación objetiva o razonable. En definitiva, el mantenimiento de esta regla constituye un tratamiento discriminatorio por razón de vínculos familiares y en las más de las ocasiones, además, por razón de género. Por ello, tiene carácter contrario al Derecho de la Unión, de la directiva mencionada y del texto constitucional.

8. TEMPORALIDAD DE LA MEDIDA EN EL MEDIO PLAZO

En la lógica de tratarse de una medida orientada a reducir la brecha de género, la medida se contempla como temporal, por cuanto que desaparecerá en el momento en el que dicha brecha se sitúe por debajo del 5 %. Teniendo en cuenta que la brecha actual, tal como hemos indicado al inicio, se sitúa en el 34 % en el total del sistema de pensiones, que ha de interpretarse constituye el referente para computar dicha brecha, nos encontramos muy lejos de lograr situar el diferencial por debajo del 5 %. En otros términos, se trata de un complemento que se va a encontrar vigente por mucho tiempo, de modo que su desaparición no se proyecta ni en el corto ni en el medio plazo, sino en el largo plazo, por desgracia. En todo caso, incluso en ese horizonte futuro de lograr una brecha inferior al 5 % habrá que reconsiderar su total desaparición, por cuanto que una cosa es que la brecha en su conjunto se encuentre por debajo de cierta cifra y otra cosa es que pervivan situaciones de mermas en la carrera de cotización para ciertas mujeres que aconsejen el mantenimiento ilimitado y conforme a criterios objetivos del presente complemento.

9. FINANCIACIÓN

Para terminar, conviene destacar como muy positivo el hecho de que el nuevo complemento vaya a ser financiado mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social.

Tiene toda su lógica la medida, por cuanto que constituye una regla de corrección del principio puro de contributividad del sistema. A semejanza del hecho de que los complementos a mínimos van con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, lo mismo sucede con este complemento. De este modo, la medida tiene el valor de atender a uno de los nuevos acuerdos de adoptados en octubre de 2020 en el seno del Pacto de Toledo, en orden a descargar los gastos de la Seguridad Social con cargo a cotizaciones, de prestaciones o complementos de las mismas que no derivan del sistema contributivo en el sentido estricto del término¹¹. Como expresamente se indica en la conclusión primera del nuevo acuerdo, “parece razonable que al menos una parte de las mismas sea sufragada por el Estado, singularmente las prestaciones relacionadas con el nacimiento y cuidado de menor, así como el complemento de pensión regulado en el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social.

10. CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA

Al margen de los elementos discutibles que presenta el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género, resulta innegable que el mismo debe ser valorado muy positivamente en su conjunto, de modo que no sólo supera el embrollo provocado por una deficiente regulación del complemento por maternidad precedente especialmente a partir de los efectos expansivo derivados de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Eso sí, a lo largo del análisis más arriba realizado hemos detectado deficiencias, incongruencias y una falta de decisión para implantar un complemento para la reducción de la brecha de género de plena orientación hacia esa finalidad. De ahí que a lo largo del texto se hayan formulado algunas propuestas de mejora. A tal efecto, no deja de tener su trascendencia que el Congreso de los Diputados haya acordado convertir el Real Decreto-ley en un proyecto de ley de tramitación ordinaria, que puede constituir la oportunidad de introducir este tipo de mejoras a la regulación del complemento¹².

¹¹ Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, eg-social.es/wps/wcm/connect/wss/837109f0-e8fa-47fb-b878-668afc1bca1e/Informe+Pacto+de+Toledo+2011..pdf?MOD=AJPERES&CVID=

¹² [https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&publicaciones_legislatura=XIV&publicaciones_id_texto=\(BOCG-14-D-228.CODL\)](https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&publicaciones_legislatura=XIV&publicaciones_id_texto=(BOCG-14-D-228.CODL))