

Sobre el «nuevo» complemento de pensiones contributivas para la reducción de brecha de género.

Recorrido cronológico, legislativo y judicial

Regarding the 'new' contributory pension supplement to reduce the gender gap.

Chronological, legislative and judicial overview

MARÍA DEL CARMEN MACÍAS GARCÍA

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

<https://orcid.org/0000-0002-6883-8446>

Cita sugerida: MACÍAS GARCÍA, M.C. "Sobre el «nuevo» complemento de pensiones contributivas para la reducción de brecha de género. Recorrido cronológico, legislativo y judicial". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 30 (2022): 129-146.

Resumen

El ya derogado «complemento por maternidad» ha supuesto un conjunto de vicisitudes para el legislador español desde el momento de su aprobación debido, entre otras cuestiones, a la finalidad y justificación de este. El pronunciamiento del TJUE, que declaraba la iniciativa como discriminatoria hacia el hombre, ha obligado a una nueva configuración tanto del ámbito objetivo, como subjetivo de la norma, de tal suerte que, el resultado es el nuevo «complemento de pensiones contributivas para la reducción de brecha de género» que si bien enmienda muchos de los puntos críticos anteriores, deja algunas cuestiones sin resolver.

Abstract

The now repealed "maternity allowance" has entailed a series of vicissitudes for the Spanish legislator from the moment of its approval due, among other issues, to its purpose and justification. The ruling of the CJEU, which declared the initiative to be discriminatory towards men, has forced a new configuration of both the objective and subjective scope of the rule, which resulted in the new "supplement to contributory pensions for the reduction of the gender gap" which, although it amends many of the previous critical points, leaves some questions unresolved.

Palabras clave

complemento maternidad; fallo TJUE; brecha de género; pensiones

Keywords

maternity supplement; CJEU ruling; gender gap; pensions

1. EL CONTEXTO

La publicación del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 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, ha supuesto la derogación parcial o ajuste del anterior art. 60 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS). Esta adecuación viene propiciada por la ya conocidísima STJUE de diciembre 2019.

Avanzamos al lector la humilde y sencilla pretensión de este artículo, que lejos de presentar un nuevo análisis de la anterior regulación y fallo del TJUE, en tanto en cuanto, mucho se ha escrito y analizado ya por parte de la doctrina poco nuevo podríamos aportar, aspira, por el contrario, a presentar de forma sistemática y cronológica los hechos acontecidos. Se pretende, de un lado, evitar al lector la merma de tiempo que produce estar consultando la cantidad de documentación al respecto, a saber, la legislación, el BOE, la opinión de la doctrina científica, la sentencia, etc....de otro, procuramos un acercamiento rápido y esencial a los distintos escenarios que finalmente han desencadenado en la aprobación del Decreto mencionado *ut supra*.

Es por ello, como si de un libro pragmático se tratase, que comenzaremos con la aprobación del ya derogado «Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social», posteriormente haremos alusión al fallo del TJUE del cual hasta nos hemos permitido incorporar parte del texto íntegro, para finalizar, ahora sí con la ulterior reforma del citado precepto de la que se destacaran los cambios introducidos y algunas reflexiones.

2. UN ERROR DENOMINADO «COMPLEMENTO POR MATERNIDAD EN LAS PENSIONES CONTRIBUTIVAS EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL»

El inicio de esta travesía comienza con la aprobación del complemento citado anteriormente, para compensar, la diferencia en la cuantía de las pensiones que sufren las mujeres por el hecho de ser madres. Mucho se ha escrito sobre este complemento, sin embargo, nos parece oportuno realizar un somero acercamiento a los motivos que llevaron al legislador a su configuración.

La justificación a la que se alude para la aprobación de esta medida es la siguiente:

- Reconocer, mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad.
- Valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres.
- Eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, cumpliendo en este sentido también las Recomendaciones de la Unión Europea.
- Finalmente, dar concreción a los objetivos generales que atienden a las familias y al entorno en el que se desarrolla la vida familiar, en cumplimiento del Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) 2015-2017.

El «Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social» quedó finalmente incorporado en nuestro sistema legislativo a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016 (Ley 48/2015, de 29 de octubre).

El artículo 60, objeto de controversia decía así;

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

El objetivo no era otro que mejorar el importe de las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente y viudedad causadas a partir de 1 de enero de 2016 cuando las beneficiarias hayan sido madres de dos o más descendientes de hijos biológicos o adoptados. Se admitía también que el citado complemento permitiera superar la pensión máxima, aunque en ese caso, quedaría reducida la cuantía del complemento en un 50%. Quedaban excluidos también los supuestos de jubilación anticipada que causen de forma voluntaria de la interesada y los casos de jubilación parcial que regula los art. 208 y 215 de la LGSS.

Desde el inicio de la aprobación de este complemento hubo recelos por parte de la doctrina hacia él. La asignación se presentaba como un incremento, que variaba en función del número de hijos, el cual se aplicaba de forma directa a la pensión final de acuerdo con la siguiente escala:

- un 5% en el caso de dos hijos,
- un 10% en el caso de tres hijos,

- un 15% en el caso de cuatro o más hijos.

La medida queda limitada a las madres, tanto por maternidad de hijos naturales como adoptados, por tanto, quedaban excluidos los varones, inclusive los progenitores masculinos unidos en una relación homosexual. Se encontraban también fuera de aplicación de la norma las mujeres que hayan sido madre de un solo hijo, cuestión esta que a nuestro parecer no tiene justificación. La norma, carente de efectos retroactivos, deja fuera de la misma a las madres cuya condición de pensionista se produjera antes de 2016, suprime, por tanto, a las mujeres que mayor número de hijos han tenido. Era esta medida novedosa y sin precedentes en nuestro sistema de Seguridad Social, cuya limitación por razón de sexo se justificaba en la «aportación demográfica a la Seguridad Social» de las beneficiarias.

Como señalaba la Pro. Ballester Pastor el complemento serviría para compensar los perjuicios invisibles a las carreras de cotización derivados del cuidado de los hijos. En principio, no parece objetable esta finalidad si no fuera porque estos perjuicios invisibles suelen consistir en abandonos forzados por incompatibilidades horarias motivadas por la defectuosa regulación española del sistema de conciliación, o por la ralentización de las carreras profesionales o por la simple y llana discriminación por cuidado familiar.

Continúa diciendo que lo más paradójico de este complemento de pensiones por maternidad, como se ha señalado anteriormente, es su finalidad: se concede a las mujeres por su aportación demográfica a la Seguridad Social (art. 60 LGSS). En los documentos oficiales se hace referencia a perjuicios generales en las carreras profesionales de las madres, que a veces recuerdan los sacrificios generosos y gratuitos que se atribuían y esperaban de las madres durante la dictadura franquista. Si actuamos por exclusión, el complemento no va atribuido exclusivamente a los perjuicios vinculados estrictamente a la maternidad, por lo que su definición -complemento por maternidad- es, al menos confusa.

La medida dirigida solo a mujeres excluye de forma subjetiva al hombre o padre, aunque este se hubiera ocupado del cuidado del hijo, lo que a todas luces contravenía la posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) que ha advertido de forma reiterada el contenido discriminatorio que pueden tener los beneficios para el cuidado familiar atribuidos de forma exclusiva o prioritariamente a las mujeres.

En el periodo de vigencia de este complemento, surgieron diversas controversias que inicialmente fueron resueltas, con más o menos aciertos, vía criterios administrativos, como, por ejemplo:

- viabilidad de su renuncia para la adquisición de otra prestación de la Seguridad Social (criterio Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 18/4/2017, respuesta a consulta 8/2017);
- sobre si el lugar exigible para el nacimiento o la adopción debe ser en España o resulta indiferente (criterio de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 15/12/2017, respuesta a consulta 27/2017) o;
- para el caso del reconocimiento de pensiones al amparo de normas internacionales (criterio Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 11/2/2016, respuesta a consulta 2/2016);
- causada pensión en 2015 en situación de no alta y solicitada desde situación de no alta en 2016, procedencia o no de su reconocimiento (criterio de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 30/5/2016, respuesta a consulta 9/2016).

Lo que finalmente llevó a la consideración en 2018 de la necesidad del desarrollo reglamentario de la regulación del complemento por maternidad vía Real Decreto y así dar una

cobertura legal mínima a las diversas cuestiones interpretativas surgidas en su aplicación y otras más complejas como la regulación de la situación en que el registro civil consten dos mujeres como progenitoras del mismo hijo en cuanto a la determinación de la beneficiaria del beneficio por cuidado de hijos o menores acogidos, que no llegaría aprobarse, quizás motivado por la situación política española en aquellos momentos.

Según palabras del Prof. Monereo las controversias más relevantes que giraban en torno a este complemento eran las siguientes:

- La viabilidad de reconocer el complemento a las mujeres que acceden a la condición de pensionista de jubilación de forma voluntaria antes de la edad ordinaria, puesto que desde el punto de vista de la aportación demográfica a la Seguridad Social de la mujer es indiferente que la jubilación sea a una edad u otra, que de momento no ha encontrado una solución positiva (véase el Auto del Tribunal Constitucional 114/2018, de 16 de octubre, que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018, planteada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Barcelona).
- La constitucionalidad de la exclusión del complemento a las pensiones causadas antes de 1-1-2016.
- Su carácter discriminatorio al quedar limitado en su ámbito subjetivo a la aportación demográfica de las mujeres con exclusión de los hombres, que finalmente será la cuestión debatida en el TJUE.

El meritado tribunal ya venía dando muestras de total severidad con acciones positivas de esta índole de ventajas y beneficios exclusivos para las mujeres, *verbigracia*, de nuestro país vecino; Francia que había perdido ante el TJUE algunos asuntos relevantes a este respecto, lo cual pudo haber alertado acerca de la conveniencia de hacerlo de otra manera.

Tras este somero repaso a la situación que precede y justifica la aprobación del complemento por maternidad es hora de acercarnos a la decisión del TJUE que a la postre es la que ha propiciado la reforma de dicho precepto.

3. EL FALLO DEL TJUE

El Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona mediante auto de 21 de junio de 2018 plantea cuestión prejudicial, con arreglo al art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El 9 de julio de 2018 es recibido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el procedimiento entre WA y el Instituto Nacional de la Seguridad Social cuyo resultado es la STJUE de 12 diciembre de 2019 (asunto C-450/2018).

La petición de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación del artículo 157 TFUE y de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

El conflicto surge de la solicitud de un padre con dos hijas y el INSS y su negativa a concederle un complemento a la pensión de invalidez reconocida. Es momento, por tanto, de mostrar lo sucedido y la decisión del TJUE.

El litigio. Mediante resolución de 25 de enero de 2017, el INSS concedió a WA una pensión por incapacidad permanente absoluta del 100 % de la base reguladora (en lo sucesivo, «resolución de 25 de enero de 2017»). Esta pensión ascendía a 1 603,43 euros al mes más revalorizaciones.

El actor, WA presentó una reclamación administrativa previa contra dicha resolución, alegando que, al ser padre de dos hijas, debía tener derecho, sobre la base del artículo 60, apartado 1, de la LGSS, a percibir el complemento de pensión previsto en dicha disposición (en lo sucesivo,

«complemento de pensión controvertido»), que representaba el 5 % de la cuantía inicial de su pensión, en las mismas condiciones que las mujeres madres de dos hijos que son beneficiarias de una pensión contributiva de incapacidad permanente en cualquier régimen de la Seguridad Social española.

Mediante resolución de 9 de junio de 2017, el INSS desestimó la reclamación administrativa previa de WA y confirmó su resolución de 25 de enero de 2017. A este respecto, el INSS indicó que el complemento de pensión controvertido se concede exclusivamente a las mujeres beneficiarias de una pensión contributiva de la Seguridad Social española, madres de al menos dos hijos, por su aportación demográfica a la Seguridad Social.

Entretanto, el 23 de mayo de 2017, WA interpuso recurso contencioso contra la resolución de 25 de enero de 2017 ante el Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona, solicitando que se le reconociera el derecho a percibir el complemento de pensión controvertido.

El 18 de mayo de 2018, el Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona fue informado del fallecimiento de WA, acaecido el 9 de diciembre de 2017. DC, su esposa, sucedió al difunto como demandante en el litigio principal. El juzgado remitente afirma que, por consiguiente, el abono del complemento de pensión controvertido, en caso de reconocerse, tendría efectos hasta la fecha del fallecimiento de WA.

El juzgado remitente señala que el artículo 60, apartado 1, de la LGSS reconoce el complemento de pensión controvertido a las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados, debido a su aportación demográfica a la Seguridad Social, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no disfrutan de este derecho. Dicho juzgado expresa dudas sobre la conformidad de esta disposición con el Derecho de la Unión.

Observa, en efecto, que el concepto de «aportación demográfica a la Seguridad Social», contemplado en el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, es predicable tanto de mujeres como de hombres, dado que tanto la procreación como la responsabilidad en el cuidado, la atención, la alimentación y la educación de los hijos son predicables de toda persona que pueda tener la condición de madre o de padre. Por consiguiente, la interrupción del trabajo como consecuencia del nacimiento o adopción de los hijos o por el cuidado de los hijos puede perjudicar por igual a hombres y mujeres, con independencia de su aportación demográfica a la Seguridad Social.

Desde este punto de vista, considera que el artículo 60, apartado 1, de la LGSS establece una diferencia de trato injustificada en favor de las mujeres y en perjuicio de los hombres que se encuentren en una situación idéntica.

En opinión del juzgado remitente, sin embargo, la procreación implica un mayor sacrificio para las mujeres a nivel personal y profesional. De hecho, han de afrontar un período de embarazo y un nacimiento que comporta sacrificios biológicos y fisiológicos evidentes, con el detrimento que comporta para las mujeres, no solo en la esfera física, sino también en la esfera laboral y sus legítimas expectativas de promoción en el ámbito profesional. Por tanto, desde el punto de vista biológico, las disposiciones del artículo 60, apartado 1, de la LGSS podrían justificarse en la medida en que están destinadas a proteger a las mujeres de las consecuencias derivadas del embarazo y la maternidad.

En estas circunstancias, el Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 157 [TFUE] y en la Directiva [76/207] y en la Directiva [2002/73] que modifica a aquella, refundida por [la] Directiva [2006/54], una Ley nacional (en concreto el art. 60.1 de la [LGSS]) que reconoce la titularidad del derecho a un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones

contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los hombres en idéntica situación?»).

Sobre la cuestión prejudicial. Observaciones previas. En el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde a este Tribunal proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, corresponde al Tribunal de Justicia reformular, en su caso, las cuestiones prejudiciales que se le han planteado.

En efecto, el Tribunal de Justicia tiene la misión de interpretar cuantas disposiciones del Derecho de la Unión sean necesarias para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios que se les hayan sometido, aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente en las cuestiones remitidas por dichos órganos jurisdiccionales (sentencias de 26 de junio de 2008, Wiedemann y Funk, C-329/06 y C-343/06, EU:C:2008:366, apartado 45, y de 8 de mayo de 2019, PI, C-230/18, EU:C:2019:383, apartado 42).

En el presente asunto, aun cuando, desde un punto de vista formal, el juzgado remitente ha limitado su cuestión a la interpretación del artículo 157 TFUE y de la Directiva 2006/54, tal circunstancia no obsta para que el Tribunal de Justicia le proporcione todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto de que conoce, con independencia de que dicho órgano jurisdiccional haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de su cuestión. A este respecto, corresponde al Tribunal de Justicia extraer del conjunto de datos aportados por el juzgado remitente, especialmente, de la motivación del auto de remisión, los elementos del Derecho de la Unión que requieren una interpretación, teniendo en cuenta el objeto del litigio (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de enero de 2010, Wolf, C-229/08, EU:C:2010:3, apartado 32, y de 8 de mayo de 2019, PI, C-230/18, EU:C:2019:383, apartado 43).

En este caso, WA, padre de dos hijas, solicitó la concesión del complemento de pensión controvertido, que se añadiría a su pensión contributiva por incapacidad permanente absoluta, sobre la base del artículo 60, apartado 1, de la LGSS.

A este respecto, procede recordar que están incluidas en el concepto de «retribución», en el sentido del artículo 157 TFUE, apartado 2, las pensiones que dependen de la relación de empleo que vincula al trabajador con el empleador, con exclusión de las que se derivan de un régimen legal a cuya financiación contribuyan los trabajadores, los empleadores y, en su caso, los poderes públicos en una medida que depende menos de tal relación de trabajo que de consideraciones de política social.

De este modo, no pueden incluirse en este concepto los regímenes o prestaciones de seguridad social, como las pensiones de jubilación, regulados directamente por la ley, sin que haya existido ningún tipo de concertación dentro de la empresa o de la rama profesional interesada, y que son obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores (sentencia de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 20 y jurisprudencia citada).

Pues bien, una pensión contributiva de incapacidad permanente absoluta como la percibida por WA, sobre cuya base se calcula el complemento de pensión controvertido, resulta ser una pensión que depende menos de una relación laboral entre trabajadores y empresario que de consideraciones sociales, en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado anterior de la presente sentencia.

Además, el artículo 60, apartado 1, de la LGSS especifica que el complemento de pensión controvertido tiene a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva.

Es cierto que las consideraciones de política social, de organización del Estado, de ética, o las razones de carácter presupuestario que influyeron o pudieron influir en que el legislador nacional estableciese un determinado régimen no pueden prevalecer si la pensión solo afecta a una categoría

particular de trabajadores, si está directamente en función de los años de servicio cumplidos y si su cuantía se calcula basándose en el último sueldo (sentencias de 28 de septiembre de 1994, Beune, C-7/93, EU:C:1994:350, apartado 45, y de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 23).

Sobre este particular, como alega el INSS, no parece que el primero de estos tres requisitos se cumpla, puesto que los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia no revelan ningún indicio de que una pensión contributiva de incapacidad permanente, como la controvertida en el litigio principal, solo afecte a una categoría particular de trabajadores.

Por lo tanto, una pensión contributiva de incapacidad permanente de este tipo no está incluida en el concepto de «retribución», ni en el sentido del artículo 157 TFUE, apartados 1 y 2, ni en el de la Directiva 2006/54 (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-342/93, EU:C:1996:46, apartado 14; de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 25, y de 14 de julio de 2016, Ornano, C-335/15, EU:C:2016:564, apartado 38).

Además, del artículo 1, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2006/54, en relación con el artículo 2, apartado 1, letra f), de esta, se desprende que dicha Directiva no se aplica a los regímenes legales regulados por la Directiva 79/7.

En cambio, el complemento de pensión controvertido está comprendido en el ámbito de aplicación de esta última Directiva, por cuanto forma parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 79/7, a saber, la invalidez, y está directa y efectivamente vinculada con la protección contra ese riesgo (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de diciembre de 1999, Taylor, C-382/98, EU:C:1999:623, apartado 14, y de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 26).

En efecto, tal complemento de pensión tiene por objeto proteger a las mujeres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y que perciben una pensión de invalidez, garantizando que puedan disponer de los medios necesarios con respecto, en particular, a sus necesidades.

En estas circunstancias, procede entender que la cuestión prejudicial planteada pretende, esencialmente, que se dilucide si la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que, debido a la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, establece el derecho a un complemento de pensión para aquellas que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema nacional de Seguridad Social, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.

Sobre el fondo. En virtud del artículo 4, apartado 1, tercer guion, de la Directiva 79/7, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, en lo relativo al cálculo de las prestaciones.

El litigio principal versa sobre el cálculo del importe total de la pensión de incapacidad permanente de un hombre que ha tenido dos hijas y que solicita percibir el complemento de pensión controvertido.

Según el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, habida cuenta de la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, se les concede el complemento de pensión controvertido cuando hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias, entre otras, de pensiones contributivas de invalidez permanente en cualquier régimen de la Seguridad Social. En cambio, los hombres que se encuentran en una situación idéntica no reciben este complemento de pensión.

Por consiguiente, resulta que esta norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Este trato menos favorable basado en el sexo puede constituir una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (sentencias de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-342/93, EU:C:1996:46, apartado 16, y de 8 de mayo de 2019, Praxair MRC, C-486/18, EU:C:2019:379, apartado 73).

De este modo, procede comprobar si la diferencia de trato entre hombres y mujeres establecida por la norma nacional controvertida en el litigio principal se refiere a categorías de personas que se encuentran en situaciones comparables.

A este respecto, la exigencia del carácter comparable de las situaciones no requiere que las situaciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas [sentencia de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/16, EU:C:2018:492, apartado 41 y jurisprudencia citada].

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 pertenece dicha normativa nacional [sentencia de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/16, EU:C:2018:492, apartado 42 y jurisprudencia citada].

En cuanto al objetivo perseguido por el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, a saber, recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, procede señalar que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres.

Por consiguiente, la aportación demográfica a la Seguridad Social no puede justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión controvertido.

Sin embargo, en respuesta a una pregunta escrita formulada por el Tribunal de Justicia, el Gobierno español señaló que el objetivo perseguido por el mencionado complemento de pensión no consiste únicamente en recompensar a las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos por su aportación demográfica a la Seguridad Social.

Dicho complemento fue concebido también como una medida destinada a minorar la brecha de género existente entre las pensiones de las mujeres y de los hombres, que se produce como consecuencia de las distintas trayectorias laborales. El objetivo perseguido consiste en garantizar el reconocimiento de pensiones adecuadas a las mujeres que han visto reducida su capacidad de cotización y, con ello, la cuantía de sus pensiones, cuando por haber tenido dos o más hijos, y haberse dedicado a su cuidado, han visto interrumpidas o acortadas sus carreras profesionales.

Además, el INSS, en sus observaciones escritas, sostiene que el complemento de pensión controvertido está justificado por razones de política social. A tal fin, el INSS aporta numerosos datos estadísticos, que revelan una diferencia entre los importes de las pensiones de los hombres y los de las mujeres, así como, por un lado, entre los importes de las pensiones de las mujeres sin hijos o que han tenido un hijo y, por otro lado, los de las mujeres que han tenido al menos dos hijos.

A este respecto, en cuanto al objetivo consistente en reducir la brecha de género entre las pensiones de las mujeres y las de los hombres mediante la atribución del complemento de pensión controvertido, procede señalar que el artículo 60, apartado 1, de la LGSS tiene por objeto, al menos parcialmente, la protección de las mujeres en su condición de progenitor.

Ahora bien, por un lado, se trata de una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres y, por otro lado, las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 56, y de 26 de marzo de 2009, Comisión/Grecia, C-559/07, no publicada, EU:C:2009:198, apartado 69).

En particular, 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 56).

En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 66 de sus conclusiones, 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.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo, establecida en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, solo es posible en los casos que se enumeran con carácter exhaustivo en esa misma Directiva [véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de septiembre de 2014, X, C-318/13, EU:C:2014:2133, apartados 34 y 35, y de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/16, EU:C:2018:492, apartado 50].

Por lo que se refiere a estos motivos de excepción, en primer lugar, debe señalarse que, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 79/7, el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por motivos de maternidad.

Sobre este particular, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia 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 (véanse, en este sentido, en lo que atañe a la Directiva 76/207, las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, EU:C:1984:273, apartado 25, y de 19 de septiembre de 2013, Betriu Montull, C-5/12, EU:C:2013:571, apartado 62).

Pues bien, en el caso de autos, el artículo 60, apartado 1, de la LGSS 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.

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.

Además, como señaló el Abogado General en el punto 54 de sus conclusiones, 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.

Por consiguiente, procede declarar que un complemento de pensión como el controvertido en el litigio principal no está comprendido en el ámbito de aplicación de la excepción a la prohibición de discriminación establecida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 79/7.

En segundo lugar, según el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 79/7, esta no obstará a la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos.

A este respecto, es preciso señalar que, en cualquier caso, el artículo 60, apartado 1, de la LGSS 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.

Por consiguiente, el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 79/7 no se aplica a una prestación como el complemento de pensión controvertido.

Por último, debe añadirse que el artículo 157 TFUE, apartado 4, establece que, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Sin embargo, esta disposición no puede aplicarse a una norma nacional como el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, dado 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 65, y de 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13, EU:C:2014:2090, apartado 101).

Por consiguiente, debe señalarse que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por lo tanto, está prohibida por la Directiva 79/7.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.

En conclusión, lo que advierte el TJUE es que se ha aprobado un complemento que se otorga a la mujer, sólo por ser mujer, y se niega al hombre por ese mismo motivo, sin embargo, no encuentran respaldo en ninguna de las razones esgrimidas.

Las consecuencias de esta decisión no tardaron en producirse de tal suerte que se generó una especie de «sálvese quien pueda», así cada padre o pensionista que cumplía los requisitos solicitaba el complemento, que la mayoría de las ocasiones era denegado por el INSS, incluyendo la reclamación previa, para posteriormente ser recurridos en los Juzgados de lo Social que ya dictaban

sentencias favorables en algunas ocasiones y denegatorias en otras, esto generaba a su vez sucesivas declaraciones de los TSJ.

A todo este intrincado legislativo y judicial hay que añadir los Criterios de gestión de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica nº 1/2020, de 31 de enero.

El artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), prevé el reconocimiento de un complemento de pensión en favor de las mujeres que hayan tenido dos o más hijos biológicos o adoptivos y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, por su aportación demográfica a la Seguridad Social.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 12 de diciembre de 2019, recaída en cuestión prejudicial asunto C-450/18, declara que la normativa española respecto de dicho complemento por maternidad se opone a la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

La sentencia del TJUE se refiere estrictamente a la incompatibilidad del artículo 60 del TRLGSS con la Directiva 79/7/CEE respecto de la pensión de incapacidad permanente. El pronunciamiento del TJUE conlleva la necesaria modificación, mediante una norma con rango de ley, de la regulación del complemento por maternidad contenida en el artículo 60 del TRLGSS.

El criterio de gestión apuntado por el INSS era el siguiente;

Hasta que se proceda a la modificación legislativa necesaria para adaptar el artículo 60 del TRLGSS al pronunciamiento del TJUE se establecen, de conformidad con el informe emitido por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) de fecha 27 de enero de 2020, las siguientes pautas de actuación de esta entidad gestora:

- El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el artículo 60 del TRLGSS, en tanto no se lleve a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguirá reconociendo únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal como se viene haciendo hasta la fecha. SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA. Criterio de gestión: 1/2020 Fecha: 31 de enero de 2020, Materia: Complemento por maternidad. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- Lo establecido en el apartado uno debe entenderse lógicamente sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres, y de la obligación de iniciar el pago de la prestación cuando exista sentencia de un juzgado de lo social o tribunal de justicia condenatoria y se interponga el correspondiente recurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 230.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

La instrucción parece clara, no conceder el complemento a los hombres, sin perjuicio de una resolución judicial posterior dictamine lo contrario. Llama la atención que la instrucción niegue el complemento sin entrar a valorar ningún otro requisito hasta que se produzca la modificación de la norma. Sospechamos, que los motivos para dilatar este reconocimiento son económicos, puesto que no todos los hombres o padres solicitaran en los tribunales dicho complemento.

4. LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR ESPAÑOL

La respuesta del legislador ha tardado poco más de un año en producirse, aunque *a priori* pueda parecer que se ha hecho esperar, no es demasiado tiempo si tenemos en cuenta la conocida crisis sanitaria derivada de la pandemia mundial de la Covid-19 que estamos sufriendo y que ha tenido ocupado al poder legislativo en otros menesteres.

La norma como no podía ser de otra forma, en su preámbulo hace referencia a la sentencia comentada en epígrafes anteriores que como es sabido indicó que el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sobre el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, 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. Y lo hizo por entender que resulta discriminatorio que se reconozca un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres (con al menos dos hijos), «... *mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento...*».

De esta forma, la sentencia ha puesto de manifiesto la defectuosa configuración legal del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica. Por tanto, la necesidad de proceder a su reconfiguración ofrece la oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones.

No es exagerado afirmar que la brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas.

En este sentido, se constata que la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y es esta una, si no la más importante, causa de esa brecha: cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida.

Esta circunstancia no es exclusiva del caso español, sino compartida casi sin excepción por el resto de los países de la Unión Europea. De ahí que no deba sorprender que el propio Tribunal Constitucional haya reconocido la legitimidad de un objetivo que pase por «... compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de los trabajadores» (ATC 114/2018).

El mismo Tribunal ha avalado las medidas de acción positiva en favor de las mujeres, siempre que exista una concreción normativa previa, que la medida sea proporcionada y que su eficacia sea temporal, hasta que desaparezca la situación de desigualdad (ATC 119/2018). Estos parámetros concurren en la presente regulación, cuya conexión con el mandato de consecución de la igualdad efectiva de los artículos 9.2 de la Constitución Española y 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y con la doctrina de acción positiva es más que evidente, además de enlazar con las recomendaciones del Pacto de Toledo, recientemente renovado.

La nueva regulación del artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sustituye el complemento de maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género en el que el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida por cuanto su nacimiento y cuidado es la principal causa de la brecha de género.

Y lo hace de una forma equilibrada y efectiva -y al mismo tiempo respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea-, a través de un diseño en el que se

persigue configurar el «complemento» como una palanca para la reducción de la brecha de género, que es el reflejo de esa situación de subordinación de las mujeres en el mercado de trabajo al haber asumido históricamente un papel principal en la tarea de los cuidados de los hijos. Pero se hace dejando la puerta abierta a que aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados tengan acceso al «complemento».

Es decir, que se combina una acción positiva en favor de las mujeres (si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el «complemento» lo percibe la mujer) con la previsión de una «puerta abierta» para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable.

En definitiva, puede concluirse que la nueva regulación del artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social persigue lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea identifica como un objetivo legítimo de política social: corregir una situación de injusticia estructural (la asunción por las mujeres de las tareas de cuidados de los hijos) que se proyecta en el ámbito de las pensiones, dando visibilidad a la carencia histórica de políticas de igualdad y a la asignación del rol de cuidadora.

En el bien entendido que se trata de reparar un perjuicio que han sufrido a lo largo de su carrera profesional las mujeres que hoy acceden a la pensión, es decir, un perjuicio generado en el pasado. Y que, por tanto, resulta perfectamente compatible y coherente con el desarrollo de políticas de igualdad ambiciosas que corrijan las desigualdades actualmente existentes en el mercado de trabajo y la asignación de los roles relacionados con los cuidados.

La nueva redacción que ofrece la LGSS en su art. 60 «Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género», queda configurado de la siguiente forma;

1. Las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija, 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. El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

De tal suerte que para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

- a) Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por 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:

1ª.- 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.

- 2ª.- 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.
- 3ª.- Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.
- 4ª.- 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.

2. El reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor y producirá efectos económicos el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado este plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes.

Antes de dictar la resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor se dará audiencia al que viniera percibiendo el complemento.

3. Este complemento tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva.

El importe del complemento por hijo o hija se fijará en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. La cuantía por percibir estará limitada a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo o hija y será incrementada al comienzo de cada año en el mismo porcentaje previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para las pensiones contributivas.

La percepción del complemento estará sujeta además a las siguientes reglas:

- a) Cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento.

A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía, únicamente se computarán los hijos o hijas que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados.

- b) No se reconocerá el derecho al complemento al padre o a la madre que haya sido privado de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Tampoco se reconocerá el derecho al complemento al padre que haya sido condenado por violencia contra la mujer, en los términos que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, ejercida sobre la madre, ni al padre o a la madre que haya sido condenado o condenada por ejercer violencia contra los hijos o hijas.

- c) El complemento será satisfecho en catorce pagas, junto con la pensión que determine el derecho al mismo.
- d) El importe del complemento no será tenido en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones previsto en los artículos 57 y 58.7.

- e) El importe de este complemento no tendrá la consideración de ingreso o rendimiento de trabajo en orden a determinar si concurren los requisitos para tener derecho al complemento por mínimos previsto en el artículo 59. Cuando concurren dichos requisitos, se reconocerá la cuantía mínima de pensión según establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. A este importe se sumará el complemento para la reducción de la brecha de género.
- f) Cuando la pensión contributiva que determina el derecho al complemento se cause por totalización de períodos de seguro a *pro rata temporis* en aplicación de normativa internacional, el importe real del complemento será el resultado de aplicar a la cuantía a la que se refiere el apartado anterior, que será considerada importe teórico, la prorrata aplicada a la pensión a la que acompaña.

4. No se tendrá derecho a este complemento en los casos de jubilación parcial, a la que se refiere el artículo 215 y el apartado sexto de la disposición transitoria cuarta.

No obstante, se reconocerá el complemento que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1. En consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento. No obstante, cuando en el momento de la suspensión o extinción de dicha pensión la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra distinta, de entre las previstas en el apartado 1, el abono del complemento se mantendrá, quedando vinculado al de esta última.

6. Los complementos que pudieran ser reconocidos en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social serán incompatibles entre sí, siendo abonado en el régimen en el que el causante de la pensión tenga más periodos de alta».

Dos. Se añade una disposición adicional trigésima sexta, nueva, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional trigésima sexta. Financiación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

La financiación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género del artículo 60, se realizará mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social.»

Tres. Se añade una disposición adicional trigésima séptima, nueva, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional trigésima séptima. Alcance temporal del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

1. 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. 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 los hombres y por 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 un año sea inferior al 5 por ciento, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para derogar el artículo 60, previa consulta con los interlocutores sociales.»

Cuatro. Se añade una nueva disposición transitoria trigésima tercera, con el siguiente tenor literal:

«Disposición transitoria trigésima tercera. Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.

Quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo.

La percepción de dicho complemento de maternidad será incompatible con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro.

En el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 de esta ley o de la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta.»

5. A MODO DE CONCLUSIONES

Los aspectos más relevantes que presenta a diferencia de la anterior regulación son los siguientes:

-Nueva denominación.

Se modifica el nombre de la prestación pasando a denominarse «Complemento de pensiones contributivas para la reducción de brecha de género».

-Cobertura.

El complemento económico tendrá efecto desde el primer hijo con el límite establecido en cuatro. No entendemos bien este límite, en tanto en cuanto, la brecha de género será mayor en las mujeres que han tenido cinco o más hijos, si el objetivo es complementar o paliar los periodos dedicados al cuidado de los hijos.

Se incorpora la opción de que el otro progenitor sea mujer también. Se entienden así recogidos los matrimonios compuestos por dos mujeres.

La prestación abarca todas las modalidades de jubilación anticipada, no obstante, la jubilación parcial, sigue quedando excluida.

-Presunción *iuris tantum* de brecha de género que posibilita el acceso a los hombres. Se incluyen como sujeto de derecho a recibir el complemento. Si bien este estará supeditado a dos requisitos que *a priori*, no se exige a la mujer. A esta se le otorga *de facto*.

Queda reconocido de forma expresa el matrimonio entre dos hombres a efectos de percibir el complemento.

-Cuantía.

Se elimina el porcentaje a aplicar sobre la cuantía de la pensión de tal suerte que el importe consiste en una cantidad fija a tanto alzado por cada hijo a partir del primero y con el límite de

cuatro, como hemos comentado. Este complemento se percibirá en catorce pagas junto a la pensión que origine su derecho.

Con esta modificación se pretende reforzar el carácter distributivo del instrumento, como ya había apuntado la doctrina, no obstante, de forma humilde y a modo de reflexión interna no compartimos la idea de una cantidad fija y única con independencia de la cuantía de la prestación del beneficiario. Abogamos por la equidad y no tanto por la igualdad en lo que recursos económicos se refiere.

La cuantía ha quedado fijada en 27 euros por cada hijo y mes, es decir, 378 euros anuales por hijo, desde el primero hasta el cuarto. Cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento.

-Anteriores beneficiarios.

Las personas que venían recibiendo el antiguo complemento por maternidad lo seguirán haciendo, siendo este incompatible con el nuevo -deberían elegir entre uno u otro-.

Por último, y manteniendo el espíritu instructivo del presente artículo, pasamos a exponer las modificaciones normativas producidas.

-Ley General de la Seguridad Social:

Se adecua el artículo 60 para adaptarlo al objetivo que se persigue, acordada por los agentes sociales, cuyo objetivo principal es abordar la brecha de género que se pone de manifiesto en multitud de situaciones, siendo una de las más destacadas el momento de acceder a una prestación del sistema de la Seguridad Social.

Se incluye en el texto una disposición adicional trigésima sexta, destinada a la financiación del complemento recogido en el artículo 60 y una disposición adicional trigésima séptima sobre el alcance temporal de dicho complemento.

De igual forma, se añade una nueva disposición transitoria trigésima tercera, para regular el mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.

-Ley de Clases Pasivas del Estado:

Se modifica la disposición adicional decimoctava con el propósito de ampliar el complemento económico para la reducción de la brecha de género previsto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, a los perceptores de una pensión en el Régimen de Clases Pasivas del Estado. Se incorpora, también, una disposición transitoria décima cuarta para ajustar el periodo transitorio del complemento por maternidad en las pensiones de Clases Pasivas.

6. BIBLIOGRAFÍA

- 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*, vol. 6, núm. 1, 2016.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.R.; *Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social. A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA vs Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18)*, Unión Europea Aranzadi, nº 6, 2020.

- MONEREO PÉREZ, J.L.; “Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº 22, 2020.
- MONEREO PEREZ, J.L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G.; “Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº 22, 2020.
- 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”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58, 2021.
- RAMOS QUINTANA, M.I.; “El complemento por maternidad en el sistema de Seguridad Social: las compensaciones implícitas en su código genético y la erosión de una acción positiva”, *Revista de Derecho Social*, nº 89.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A.; “El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social: puntos críticos (I)”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 16/2016 (abril), nº 16, 1 de abril, 2016.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.; “Complemento por maternidad y pensiones contributivas. Las olvidadas madres del Baby Boom y las madres de hijos únicos”, *Revista Internacional de la Protección Social*, N.º 1, Vol. IV, 2019.
- VIGO SERRALVO, F.; “Algunas notas críticas sobre el complemento por maternidad para las pensiones contributivas del art. 60 LGSS”. *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, Volumen, 8, número 4, octubre-diciembre de 2020.