

# EL NUEVO COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO: ¿LO QUE MAL EMPIEZA, MAL ACABA?

CAROLINA GALA DURÁN

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad Autónoma de Barcelona

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Brecha de pensiones, no discriminación, jubilación, incapacidad permanente, viudedad

El reciente RDL 3/2021 ha regulado el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, cuyo objetivo es sustituir al anterior complemento por maternidad, que fue declarado discriminatorio hacia los hombres por la STJUE de 12 de diciembre de 2019. Sin embargo, este nuevo complemento no se enfrenta a un panorama fácil, ya que, si bien pretende diferenciarse -principalmente respecto a la finalidad perseguida- de su antecesor, su articulación legal resulta insuficiente, compleja y polémica. Dicha regulación presenta interrogantes tanto en el marco de los objetivos perseguidos, como en su ámbito subjetivo (aunque supone un avance su posible reconocimiento a los hombres, siguen existiendo exclusiones difícilmente justificables), en su ámbito material o en la determinación de su cuantía. Asimismo, plantea importantes dudas la confrontación de este nuevo complemento con la doctrina del TJUE elaborada en los últimos años en torno a la Directiva 79/7/CEE y los beneficios en materia de seguridad social (asuntos Griesmar, Leone, Roca Álvarez...); confrontación en la que, a nuestro entender, sale perdiendo dicho complemento. Este artículo se analiza, en definitiva, tanto desde la perspectiva legal como de derecho comunitario, una figura que ha sido innovadora en nuestro sistema de Seguridad Social, pero cuya buena voluntad no la va a salvar de un tortuoso destino.

## ABSTRACT

**Key words:** Pension gap, non-discrimination, retirement, permanent disability, widowhood

The recent RDL 3/2021 has regulated the supplement to contributory pensions to reduce the gender gap, the aim of which is to replace the previous maternity supplement, which was declared discriminatory towards men by the ruling of the CJEU of 12 December 2019. However, this new allowance does not face an easy scenario, since, although it aims to differentiate itself -mainly about the purpose pursued- from its predecessor, its legal articulation is insufficient, complex and controversial. As this study has shown, this regulation raises questions both in terms of the objectives pursued by the measure and its subjective scope (although it's possible recognition for men is a step forward, there are still exclusions that are difficult to justify), its material scope and the determination of its amount. Likewise, the comparison of this new supplement with the doctrine of the CJEU developed in recent years on Directive 79/7/EEC and social security benefits (Griesmar, Leone, Roca Álvarez...) raises important doubts; a comparison in which, in our opinion, this supplement loses out. In short, this article analyses, both from a legal and Community law perspective, a figure that has been innovative in our Social Security system, but whose goodwill will not save it from a tortuous destiny.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA PERSPECTIVA LEGAL: EL ALCANCE DE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 60 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
  - 2.1. Los objetivos y el encuadre del complemento para la reducción de la brecha de género
  - 2.2. Los beneficiarios, los requisitos de acceso y los sujetos causantes del complemento
    - 2.2.1. Los beneficiarios y los requisitos de acceso
    - 2.2.2. Los sujetos causantes
  - 2.3. El ámbito material: Las pensiones afectadas
  - 2.4. La cuantía del complemento
  - 2.5. ¿Qué ocurre con las personas beneficiarias del complemento por maternidad?
3. EL CASO DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS
4. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMUNITARIO: ¿EL COMPLEMENTO RESPETA EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 79/7/CEE?
5. REFLEXIONES FINALES

## 1. INTRODUCCIÓN

El RDL 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 incorporado el nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género en el artículo 60 de la LGSS<sup>1</sup> e introducido dos nuevas disposiciones adicionales en dicha ley (trigésima sexta y trigésima séptima) y una nueva disposición transitoria (trigésima tercera). Y también ha modificado la LCPE<sup>2</sup> (disposición adicional decimioctava y disposición transitoria décima cuarta).

Sin embargo, este nuevo complemento de pensiones no es realmente nuevo, ya que sustituye al antiguo complemento por maternidad recogido en el mismo artículo 60<sup>3</sup>, y lo hace incluso de una forma obligada, ya que dicho complemento

<sup>1</sup> Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

<sup>2</sup> Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril. En adelante LCPE.

<sup>3</sup> Al respecto, entre otros, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social: puntos críticos (I) y (II)”, *La Ley* 1907/2016 y 2713/2016, p. 1 y ss.; Granell Pérez y Salvador Cifre, C., “Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 98, p. 296 y ss.; Bonell Ruiz, R. y Devesa Carpio, J.E., “El complemento por maternidad de las pensiones de la Seguridad Social en España: Análisis financiero actuarial basado en la MCVL”, *Economía Española y Protección Social*, IX, 2017, p. 119 y ss.; Martínez Barroso, M<sup>a</sup>.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”, *Revista Aranzadi Unión Europea* nº 6/2020, BIB 2020/12152, p. 2 y ss.; Gallego Losada, R. “El complemento de maternidad: Una medida discutible para cerrar la brecha de pensiones”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 403, p. 40 y ss.; De la Flor Fernández, M<sup>a</sup>.L., “Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: El nuevo complemento por maternidad”, *Revista de Derecho Social*, nº 76, p. 124

por maternidad fue declarado discriminatorio hacia los hombres y, en consecuencia, contrario al derecho comunitario (Directiva 79/7/CEE)<sup>4</sup>, por la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA, C-450/18)<sup>5</sup>. Este nuevo complemento es heredero, pues, del anterior complemento por maternidad, aunque no quiera serlo del todo -se intenta dejar claro que el objetivo perseguido es otro (la aportación demográfica en el primer caso y el cuidado de los hijos y su incidencia en la brecha de género en el segundo)<sup>6</sup>-, para evitar correr la misma suerte judicial, aunque nos tememos que, probablemente, no lo va a lograr. Como veremos más adelante, al menos una parte de los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia del TJUE en los últimos años respecto a medidas con una finalidad semejante -estemos de acuerdo o no con ella-, puede resultar nuevamente aplicable a este complemento (lo que mal empieza...).

Por otra parte, ambos complementos responden a un fin acertado y entendible, como es visibilizar e intentar hacer frente, aunque sea de una forma parcial y sesgada, a la brecha de pensiones existente actualmente entre los hombres y las mujeres en nuestro sistema de Seguridad Social, especialmente patente en el marco de la pensión de jubilación y que se sitúa en torno al 34 por 100 a favor de los hombres<sup>7</sup>. El desafío o el problema, como queramos llamarlo, se encuentra en cómo lograrlo sin afectar al derecho a la no discriminación por razón de sexo, y, en el plano meramente legal, hacerlo de una forma eficaz y completa. Además, ambos complementos -que constituyen una importante novedad en nuestro sistema de Seguridad Social por sus características-, se suman a otras medidas -con un alcance bastante más limitado-, destinadas también a compensar los efectos negativos que tienen la maternidad o el cuidado de los hijos en la carrera de cotización de las

y ss.; 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, p. 121 y ss.; y Ballester Pastor, M<sup>a</sup>.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, nº 1/2016, p. 74 y ss.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Cabe tener presente que este complemento por maternidad dio lugar a la presentación de varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE; así cabe mencionar los Autos del JS nº 3 de Gerona de 21 de junio de 2018 (que dio lugar a la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019), del TSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 7 de diciembre de 2018 (rec. 850/2018), del JS nº 26 de Barcelona de 28 de octubre de 2019 (proc. 566/2017) y del JS nº 1 de Barcelona de 8 de junio de 2020 (proc. 953/2016).

<sup>6</sup> Como señala Cruz Villalón “... no logra establecer un complemento de nuevo cuño, sino que se encuentra fuertemente condicionado por el antecedente del complemento de maternidad...”, en <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/>.

<sup>7</sup> Bonell Ruiz, R. y Devesa Carpio, J.E., “El complemento...”, p. 120.

mujeres en el primer supuesto (artículo 235 de la LGSS) y de los hombres y las mujeres en el segundo (artículos 236 y 237 de la LGSS)<sup>8</sup>.

En definitiva, este nuevo complemento para la reducción de la brecha de género -como el anterior-, es una medida diferente e innovadora pero también discutible (puede ayudar a consolidar los estereotipos y roles de género en perjuicio de las mujeres y su impacto es muy limitado) y complicada, que no va a dejar contentos a la gran mayoría de los hombres (hayan cuidado o no a sus hijos) y a una parte de las mujeres (entre ellas, las que cobran una prestación no contributiva o las que han sido discriminadas a lo largo de su vida laboral y se enfrentan igualmente a la brecha de género en las pensiones pero que no tienen hijos). Pero también cabe tener presente que, a pesar de su complejidad y los problemas que plantea, este complemento muy difícilmente va a desaparecer en el futuro, aunque sea por el elevado coste político que esa decisión tendría para el Gobierno que la adoptase. Nos encontramos, en fin, ante una figura poco presente a nivel europeo, y cuyo diseño es bastante diferente y más arriesgado que el existente, por ejemplo, en Francia<sup>9</sup>.

El objetivo de este trabajo es analizar el alcance de este nuevo complemento para la reducción de la brecha de género y para ello, y con el objetivo de diferenciar la aplicación práctica de dicho complemento a partir de su entrada en vigor el pasado día 4 de febrero de los posibles interrogantes que pueden surgir desde la perspectiva de si el mismo se acomoda o no al derecho comunitario, distinguiremos un doble plano: el legal -el contenido del nuevo artículo 60 y las nuevas disposiciones adicionales y transitoria de la LGSS y la LCPE- y el referido al derecho comunitario, donde nos plantearemos si este complemento, como su antecesor, también podría llegar a considerarse discriminatorio por razón de sexo respecto de los hombres que tienen o han adoptado uno o más hijos.

<sup>8</sup> Al respecto, García Romero, M<sup>a</sup>.B., “Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género prestacional”, *Revista de Derecho Social*, n<sup>o</sup> 74, p. 116 y ss.; Rodríguez González, S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: Carreras de cotización y prestaciones”, *Lan Harremanak*, n<sup>o</sup> 38, 2017-II, p. 103 y ss.; Gallego Losada, R., “El complemento...”, *ob.cit.* p. 34 y ss.; Ramos Quintana, M.I., “El complemento...”, *ob.cit.*, p. 125 y ss.; Grau Pineda, C., *La brecha...*, *ob.cit.*, p. 55 y ss.; y Ballester Pastor, M<sup>a</sup>.A., “El comprometido...”, *ob.cit.*, p. 77 y ss.

<sup>9</sup> En relación con las medidas previstas en Francia y en otros países europeos, Bonell Ruiz, R. y Devesa Carpio, J.E., “El complemento...”, *ob.cit.*, pp. 125-127.

## **2. LA PERSPECTIVA LEGAL: EL ALCANCE DE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 60 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

### **2.1. Los objetivos y el encuadre del complemento para la reducción de la brecha de género**

Conforme a lo previsto en el preámbulo del RDL 3/2021, los objetivos de este complemento son los siguientes:

1º) Reforzar la fortaleza y viabilidad del sistema de Seguridad Social, al tiempo que se actúa contra la brecha de género manifestada en las pensiones. Cabe tener en cuenta que en el apartado 2º de la nueva disposición adicional trigésima séptima de la LGSS se define, por primera vez, el concepto de brecha de género de las pensiones de jubilación como 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. Es importante, por lo simbólico, que se haya incorporado este concepto en la propia LGSS.

Sin embargo, más difícil es entender la referencia que, en este primer objetivo, se hace al reforzamiento de la fortaleza y viabilidad del sistema de Seguridad Social, por cuanto es muy difícil entrever de qué manera este complemento puede ayudar en dicha tarea (de hecho, va a incrementar los costes del sistema<sup>10</sup>). Es muy probable que esa referencia se relacione con la voluntad de justificar la regulación del propio complemento a través de un RDL vinculado, a su vez, a la persistencia de la crisis sanitaria provocada por la covid-19. No vamos a detenernos en ello, pero es muy complicado relacionar la terrible crisis sanitaria de la covid-19 con una reforma de un complemento de pensiones que se debe directamente al hecho de que la, ya mencionada, sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, lo declaró discriminatorio por razón de sexo, tal y como, por otra parte, se reconoce en el propio preámbulo del RDL 3/2021<sup>11</sup>. Más bien tienen escasa relación<sup>12</sup>, pero

<sup>10</sup>En el caso del complemento por maternidad se estimó que cuando el complemento se estabilizase, 60 años después de su implantación, podía suponer más del 2% del gasto público en pensiones; ese dato podría trasladarse al nuevo complemento e incluso incrementarse, en Granell Pérez, R. y Salvador Cifre, C., “Complemento...”, ob.cit., p. 299.

<sup>11</sup>En efecto, se señala que “La sentencia... estableció que el artículo 60... 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...”.

<sup>12</sup>La justificación de la concurrencia del presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad se encuentra en el apartado VII del preámbulo.

los complicados tiempos que vivimos han alterado, sin duda alguna, las reglas de la técnica legislativa.

2º) El objetivo de reducir la brecha de género en las pensiones vuelve a señalarse y reforzarse cuando se recuerda que la sentencia citada puso de manifiesto la defectuosa configuración legal del complemento por maternidad en tanto compensación por una aportación demográfica al sistema de Seguridad Social (lo que comportaba una discriminación directa por razón de sexo para los hombres que tenían o habían adoptado dos o más hijos); añadiéndose que “... 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. 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, menos 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...”. Aquí cabe realizar algunas consideraciones:

a) Cabe recordar que el propio Gobierno español en sus alegaciones en el marco del procedimiento judicial que dio lugar a la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, al margen de la finalidad de compensación de la aportación demográfica atribuida al complemento por maternidad, también alegó -para intentar salvarlo- su papel como mecanismo de lucha contra la brecha de género al compensar también el impacto que el cuidado de los hijos tiene para las mujeres en su carrera de cotización<sup>13</sup>. Por tanto, hay una cierta conexión justificativa entre ambos complementos.

Y, b) sin duda, para evitar el mismo fin judicial, se redefine el complemento y el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género tiene como único fundamento compensar el impacto desfavorable que tiene el cuidado de los hijos en el importe de algunas de las pensiones que perciben las mujeres, o, en otras palabras, la asunción histórica del rol de cuidadoras de sus hijos. Y para reforzar, aún más, esta fundamentación se afirma en el preámbulo del RDL 3/2021 que: 1) el propio Tribunal

<sup>13</sup>Por su parte, el Auto del Tribunal Constitucional 114/2018, de 16 de octubre, reconoció que “... el objetivo del complemento de maternidad es 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...”.

Constitucional ha reconocido la legitimidad de un objetivo que pasa 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 trabajadores..." (ATC 114/2018); y, 2) el Tribunal Constitucional también 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). Y estos parámetros concurren, según el preámbulo, en la nueva regulación del complemento, cuya conexión con el mandato de consecución de la igualdad efectiva de los artículos 9.2 de la CE y 11 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y con la doctrina de la acción positiva es más que evidente, además de enlazar con las recomendaciones del Pacto de Toledo de noviembre de 2020.

En definitiva, la nueva regulación del artículo 60 de la LGSS 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. A pesar de esta referencia del preámbulo, sorprende el hecho de que el número de hijos deje de tener relevancia a partir del cuarto, momento en el que deja de incrementarse la cuantía del complemento, contradiciéndose esa misma referencia. Es posible que el motivo sea económico, o bien que se piense que son pocos los casos actuales de familias de cinco o más hijos o que estas pueden pertenecer a un determinado colectivo social con medios económicos suficientes, pero esa limitación económica rompe con la lógica de que el número de hijos condiciona directamente la carrera de cotización de una mujer y, en consecuencia, influye en la brecha de género.

Dejando para más adelante la confrontación de este complemento, en tanto que medida de acción positiva dirigida preferentemente a las mujeres, con el derecho comunitario y particularmente con la Directiva 79/7/CEE y la doctrina del TJUE de los últimos años, sí cabe hacer ahora algunas consideraciones sobre su finalidad:

- 1) Es totalmente asumible que el cuidado de los hijos -y su número menor o mayor- afecta al desarrollo de la carrera profesional y de cotización de las mujeres (mayor temporalidad en la contratación, mayor recurso al trabajo a tiempo parcial involuntario vinculado a las labores de cuidado, abandonos temporales del trabajo, carreras de cotización más cortas<sup>14</sup>...), pero no es la

<sup>14</sup>En 2013 el número medio de años cotizados por las mujeres era de 22,4 años mientras que los hombres alcanzaban los 38,5 años, en De la Flor Fernández, M<sup>a</sup>.L., "Reflexiones...", ob.cit., p. 120.

única causa de la brecha de pensiones, e, incluso, es posible que, si se tiene solo un hijo o se cuenta con ayuda externa o familiar, otras causas influyan más que el cuidado de los hijos en la brecha que afectará a la futura pensión de jubilación. E, incluso, cabría plantearse si es la causa más importante de la brecha de género en general (a pesar de la insistencia del preámbulo del RDL 3/2021 en esta idea)<sup>15</sup>.

No podemos olvidar que en esa brecha o diferencia de cuantía en las pensiones de las mujeres y los hombres influyen otras causas<sup>16</sup> -estructurales- que afectan a las mujeres, como son, por ejemplo, una tasa de actividad más baja, una tasa de desempleo más alta, la propia brecha salarial, la segregación vertical y horizontal del empleo (las mujeres se sitúan en actividades menos remuneradas e incluso en las actividades en que son mayoría sus remuneraciones medias son más bajas que las de los hombres<sup>17</sup>), la existencia de una mayoría femenina en la economía sumergida, las dificultades en la promoción profesional o el hecho de que los requisitos exigidos para poder acceder a la pensión de jubilación siguen teniendo como modelo a un trabajador hombre con un contrato a tiempo completo y por tiempo indefinido (periodo mínimo de cotización, forma de cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora, los años a tener en cuenta para calcular dicha base, la manera de cubrir las lagunas de cotización...), lo que dificulta más a las mujeres su cumplimiento; situación esta última que se ha agravado aún más con las reformas incorporadas en la Ley 27/2011<sup>18</sup>. A lo que se añade el desigual reparto de las responsabilidades familiares y domésticas entre los hombres y las mujeres y la insuficiencia de recursos públicos destinados al cuidado de las personas dependientes.

Por tanto, al limitarse el complemento a intentar cubrir la brecha de pensiones derivada exclusivamente del cuidado de los hijos no incorpora el resto de las causas mencionadas con anterioridad y seguramente es posible que no llegue a cubrir siquiera el impacto de dicho cuidado, si pensamos que su cuantía es de solo

<sup>15</sup>En el apartado VI se vuelve a señalar que “... se lleva cabo la modificación del artículo 60 para adaptarlo a la finalidad perseguida y acordada por los agentes sociales, cuyo objetivo principal es abordar la brecha de género que se pone de manifiesto de forma más patente en el momento de acceder a una prestación del sistema de la Seguridad Social...”.

<sup>16</sup>Al respecto, Errandonea Ulazia, E. “El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* nº 7, p. 77 y ss.; Rodríguez González, S., “Desigualdad...”, *ob.cit.*, p. 99 y ss.; De la Flor Fernández, M<sup>a</sup>.L., “Reflexiones...”, *ob.cit.*, p. 108 y ss.; Grau Pineda, C., *La brecha de las pensiones en España*, Ed. Bomarzo, 2020, p. 37 y ss.; y Cruz Villalón, J., “El complemento para la reducción de la brecha de género: Una superación del embrollo”, <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/>.

<sup>17</sup>Errandonea Ulazia, E. “El nuevo complemento...”, *ob.cit.*, p. 80.

<sup>18</sup>De 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

veintisiete euros mensuales por hijo en el año 2021, con un límite de cuatro hijos. Y si somos estrictos, ni siquiera cubre todas las labores de cuidado que históricamente llevan a cabo muy mayoritariamente las mujeres, al no reconocer que el cuidado de otras personas que no son hijos (el cónyuge enfermo, los ascendientes enfermos o ancianos...) también influye negativamente en su carrera de cotización (nos encontramos, por otra parte, con un nuevo ejemplo de la prevalencia -muy discutible- en nuestra normativa de seguridad social del cuidado de los hijos sobre el cuidado de otros familiares, cuando nos encontramos en un país envejecido y escaso, además, de servicios públicos de cuidado).

Cuatro últimos apuntes en este ámbito:

- a) Como ya adelantamos, no tienen derecho al complemento las mujeres que no tienen hijos, a pesar de que cuando se jubilen o causen derecho a una pensión de incapacidad permanente se enfrentarán también a la brecha de género derivada de las causas antes apuntadas. No se lucha contra la brecha de género a la que se enfrenta este colectivo de mujeres y tampoco le resultan aplicables las medidas previstas en los artículos 235 a 237 de la LGSS referidas a los hijos.
- b) Igualmente, tampoco tienen derecho al complemento las mujeres que perciben pensiones no contributivas de jubilación o invalidez que tienen o han adoptado hijos, lo que resulta muy sorprendente teniendo en cuenta que precisamente el cuidado de los hijos les puede haber impedido desarrollar o mantener una actividad laboral suficiente para poder acceder a una pensión contributiva (la mayoría -casi el 70 por 100- de los pensionistas no contributivos son mujeres)<sup>19</sup>. Esta exclusión no se entiende si tenemos en cuenta la finalidad que se persigue con el complemento; aunque es muy posible que solo se trate de reducir costes. Este colectivo sí accederá al complemento si causa derecho a la pensión de viudedad.
- c) El anterior complemento por maternidad -que se aplicó a las pensiones causadas a partir del día 1 de enero de 2016<sup>20</sup>-, dejó fuera a las mujeres que ya eran pensionistas en esa fecha, a pesar de que formaban parte de

<sup>19</sup>En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, *ob.cit.*, p. 7; Martínez Barroso, M<sup>a</sup>.R., “Padres...”, *ob.cit.*, p. 6; De la Flor Fernández, M<sup>a</sup>.L., “Reflexiones...”, *ob.cit.*, p. 131; Gallego Losada, R., “El complemento...”, *ob.cit.*, p. 25; y Perán Quesada, S., “La singular aplicación del complemento por maternidad a la pensión de viudedad desde la perspectiva de género”, <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/16830>, pp. 4-5.

<sup>20</sup> La aplicación de esa fecha de entrada en vigor en el caso de las trabajadoras autónomas fue objeto de algunas reclamaciones judiciales, así SSTSJ de Andalucía/Granada de 1 de febrero de 2018 (rec. 1529/2017) y de Cataluña de 26 de marzo de 2018 (rec. 315/2018); y también se presentaron demandas en relación con la pensión de incapacidad permanente y la fecha del hecho causante, así SSTSJ de Madrid de 4 de febrero de 2020 (rec. 644/2019) y de Andalucía/Sevilla de 8

una generación aún más afectada desfavorablemente por la dedicación a la labor de cuidado de los hijos (se ha hablado incluso de discriminación por razón de la edad y de incremento de la brecha de género entre las propias mujeres pensionistas<sup>21</sup>). Obviamente, el nuevo complemento no ha resuelto esa situación, produciendo efectos a partir del día 4 de febrero de 2021.

Y, d) finalmente, ¿por qué se aplica la compensación de la brecha de pensiones por el cuidado de hijos en el caso de la pensión de viudedad? Cabe recordar que, en este caso, el cálculo se realiza sobre la base reguladora del fallecido, no de la mujer, y, de hecho, es posible que aquella nunca hubiera trabajado o incluso no hubiera querido hacerlo (por tanto, se toma en cuenta la carrera de cotización del cónyuge o pareja fallecida, con lo que se olvida la idea de mejorar la pensión propia de una forma directa, que debería ser precisamente la finalidad del complemento<sup>22</sup>). Por poner un ejemplo, si se tienen dos hijos y fallece el padre, la madre cobra el complemento sobre la pensión de viudedad, aunque no haya trabajado nunca por voluntad propia y, en consecuencia, dicho cuidado no haya podido influir en el importe futuro de su pensión. Y si ha trabajado, la discriminación sufrida no se compensa realmente, ya que la pensión de viudedad tiene en cuenta la base reguladora de su marido o pareja fallecido. Además, el reconocimiento del complemento en el caso de la pensión de viudedad nos devuelve peligrosamente a la lógica del complemento por aportación demográfica, con los riesgos que ello supone. A lo que cabe añadir que, como veremos más adelante, tampoco se cumple el objetivo de compensación de la brecha de género cuando se reconoce este complemento a un hombre que accede a la pensión de viudedad.

A nuestro entender, todo lo señalado lleva a afirmar que la denominación del complemento como de <reducción de la brecha de género> es un tanto optimista, siendo más adecuado hablar de <reducción de la brecha de pensiones derivada del cuidado de los hijos siempre que se haya trabajado lo suficiente, con la excepción del caso de la pensión de viudedad>. Es un título imposible en la práctica, pero, a nuestro entender, más acorde con el alcance real de dicho complemento.

de enero de 2020 (rec. 2247/2018). Esos criterios judiciales resultan también aplicables en el marco del nuevo complemento.

<sup>21</sup>Granel Pérez, R. y Salvador Cifre, C., “Complemento...”, ob.cit., p. 300; De la Flor Fernández, M<sup>a</sup>L., “Reflexiones...”, ob.cit., pp. 129-130 y 132.; y Gallego Losada, R., “El complemento...”, ob.cit., pp. 25 y 48.

<sup>22</sup>Ya lo puso de manifiesto Ramos Quintana respecto del complemento por maternidad, “El complemento...”, ob.cit., pp. 124 y 131.

Y, 2) aunque es una medida a tener en cuenta, y sobre todo algo es algo, cabe preguntarse si no sería mucho mejor evitar que se sigan produciendo y reproduciendo los factores, antes citados, que llevan finalmente a la brecha de género en las pensiones. Tarea muy complicada sin duda, y vinculada no solo a cuestiones jurídicas sino también sociales, culturales (relacionadas con una determinada visión del papel de la mujer en la familia y en la sociedad) y económicas, pero en la que hay que seguir insistiendo por todas las vías. Y para la consecución de dicha tarea no solo es necesario aprobar leyes (el impulso dado desde la aprobación de la LO 3/2007 es evidente), sino también cumplirlas, así como una implicación verdadera de la negociación colectiva, las empresas y los agentes sociales en el marco laboral, y una mayor corresponsabilidad, entre los hombres y las mujeres en las labores de cuidado y domésticas en el ámbito familiar.

Es más, tal y como ya se manifestó respecto del complemento por maternidad, este nuevo complemento puede incluso ayudar a consolidar la idea de la vinculación de las mujeres con las tareas de cuidado, compensándolas por ello cuando acceden a una pensión.

Y, 3º) aunque el objetivo esencial del complemento es luchar contra la brecha de género derivada del cuidado de los hijos, ello no impide, para intentar evitar problemas de inadecuación o confrontación a lo dispuesto en la Directiva 79/7/CEE, que también puedan acceder al mismo los hombres que han visto perjudicada su carrera de cotización por cuidar de sus hijos. Por tanto, a diferencia del antiguo complemento por maternidad, este nuevo complemento también se reconoce a los hombres, pero no en igualdad de condiciones, por cuanto si bien en el caso de las mujeres se presume *iuris et de iure* la afectación desfavorable del cuidado de los hijos sobre la carrera de cotización, en el supuesto de los hombres ese impacto negativo deberá probarse mediante la concurrencia de alguna de las situaciones recogidas en el propio artículo 60.1 párrafo 2º de la LGSS (situaciones tasadas, por otra parte).

En este sentido, en el preámbulo del RDL 3/2021 se señala que el nuevo complemento pretende ser una palanca para la reducción de la brecha de género (curiosos términos), 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 deja la puerta abierta a 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. Es decir, que se combina una acción positiva en favor de las mujeres con la previsión de una “puerta abierta” para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable.

Finalmente, respecto al encuadre de este complemento, cabe destacar que el artículo 60.3 de la LGSS señala que tiene, a todos los efectos, la naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, si bien su cuantía depende del número de hijos con el límite de cuatro, y, tal y como ocurría con el anterior complemento por maternidad, tiene un trasfondo asistencial. Es decir, se trata de un complemento monetario que premia el cuidado de los hijos para reducir la brecha de género, lo que implica introducir un elemento asistencial dentro de la estructura contributiva del sistema de Seguridad Social<sup>23</sup>. Asimismo, cabe tener presente que se financia, tal y como prevé la nueva disposición adicional trigésima sexta de la LGSS, mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social. Esta vía de financiación resulta del todo justificada si tenemos en cuenta los objetivos que persigue el complemento y su voluntad de actuar como una regla de corrección del carácter contributivo del propio sistema, a la vez que se cumple con lo señalado en el Pacto de Toledo 2020<sup>24</sup>.

## **2.2. Los beneficiarios, los requisitos de acceso y los sujetos causantes del complemento**

Desde una perspectiva subjetiva debemos diferenciar entre aquellos que pueden acceder al complemento (las mujeres y los hombres) y en qué condiciones, y aquellos que constituyen los sujetos causantes del mismo (los hijos, nacidos o adoptados).

### *2.2.1. Los beneficiarios y los requisitos de acceso*

Cabe destacar que, como ya hemos señalado, la gran diferencia entre el antiguo complemento por maternidad y el vigente complemento para la reducción de la brecha de género es que este se reconoce a las mujeres y a los hombres que hayan tenido o adoptado uno o más hijos. Sin embargo, al tratarse de una acción positiva en favor de las mujeres, no se establece el acceso al complemento en igualdad de condiciones. De este modo, una mujer que tenga hijos tendrá derecho al complemento cuando acceda a la pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o viudedad y se presumirá, *iuris et de iure* (sin requerir prueba alguna ni admitir prueba en contrario) que el cuidado de esos hijos ha perjudicado el importe de su pensión y, en consecuencia, se le pagará el complemento en función del número de hijos que tenga (ya que, entre más hijos, más perjuicio se presupone), con el límite de cuatro.

Así, el artículo 60.1 señala que las mujeres que hayan tenido uno o más hijos tienen derecho a un complemento por cada hijo debido a la incidencia que,

<sup>23</sup>Sigue la misma lógica que el anterior complemento por maternidad, Gallego Losada, R., “El complemento...”, *ob.cit.*, p. 52.

<sup>24</sup><http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/>.

con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de las mujeres. Y se añade que el derecho al complemento se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento en favor del otro progenitor. Por tanto, no solo no se debe aportar prueba alguna de que el cuidado de los hijos ha afectado desfavorablemente a la carrera de cotización, sino que, además, las mujeres son beneficiarias preferentes del complemento frente a los hombres. Y, lógicamente, este complemento también se aplica, y en esas mismas condiciones, en el caso de las mujeres solas con hijos.

En cambio, la situación no es la misma en el supuesto de los hombres con hijos, ya que estos -tanto en el caso de las parejas heterosexuales como homosexuales y cuando se trata de hombres solos con hijos-, solo podrán cobrar el complemento si se da alguno de los requisitos recogidos en el artículo 60.1 párrafo 2º, que son diferentes según el tipo de pensión que se causa; así:

- 1) Si la madre ha fallecido y el padre solicita la pensión de viudedad por los hijos en común, este tendrá derecho a percibir el complemento siempre que alguno o algunos de los hijos tengan derecho a percibir una pensión de orfandad (por edad o por incapacidad permanente). Solución que también se aplicaría en el caso de los excónyuges, cuando tuvieran derecho a acceder a la pensión de viudedad.

Nuevamente, la pensión de viudedad relacionada con este complemento pone de manifiesto algunas importantes incongruencias: a) es posible que la madre no trabajara pero fuera el padre quien cuidara de los hijos y viera afectada su carrera profesional y de cotización: en este caso, al no existir derecho a la pensión de viudedad, el padre no podrá acceder al complemento, y tendrá que esperar, en su caso, a la pensión de incapacidad permanente o de jubilación si cumple los requisitos que veremos más adelante; b) si la madre trabajaba y cuidaba de los hijos y vio afectada su carrera de cotización, el padre cobrará el complemento, pero solo si alguno de los hijos tiene derecho a la pensión de orfandad; y, c) si la madre trabajaba pero era el padre quien cuidaba de los hijos y vio afectada su carrera de cotización, solo cobrará el complemento si alguno de los hijos tiene derecho a la pensión de orfandad; por tanto, en los dos últimos casos el hecho de que el padre cuidara o no de los hijos no es relevante para cobrar el complemento. Esto implica que, en este caso, el complemento no tiene como objetivo compensar los efectos negativos de la brecha de pensiones vinculada al cuidado de los hijos sino, parece ser, compensar los mayores costes que puede suponer tener a cargo a hijos que, por su edad o su situación de incapacidad permanente, pueden acceder a la pensión de orfandad cuando fallece su madre (costes económicos, de cuidado...), pero es una labor de cuidado “pro futuro”, no de pasado (que es lo que precisamente pretende compensar el complemento). O cabe entender que, como el complemento correspondería a la madre que ha fallecido, solo lo puede cobrar el padre si hay hijos jóvenes o incapacitados a su cargo, aunque cuando dejen de estar a su cargo

seguirá cobrándolo. La finalidad del complemento en este caso cambia y es muy difícil de entender y encajar en el contexto en el que nos movemos.

Y a lo anterior cabe añadir que el vincular el complemento con el hecho de que los hijos accedan a la pensión de orfandad nos puede llevar a situaciones paradójicas: por ejemplo, un padre que no ha cuidado de su hijo, pero este tiene veintidós años, cobrará el complemento sobre la pensión de viudedad con carácter vitalicio, aunque siga sin cuidarlo, ya que no se vincula la duración de dicho complemento con la vigencia de la pensión de orfandad (el complemento se mantiene mientras se cobre la viudedad, tal y como prevé con carácter general el artículo 60.5 de la LGSS). En cambio, el padre que cuidó de su hijo y vio afectada su carrera profesional, si este no tiene ya edad (aunque sea por muy poco) para acceder a una pensión de orfandad, no tendrá derecho al complemento, aunque siga cuidándolo. A nuestro entender, la regulación, tanto desde la perspectiva de los objetivos a cumplir como de su alcance, en este caso en concreto no acaba de cuadrar, y probablemente lo más acertado hubiera sido seguir el mismo modelo previsto para el caso de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente<sup>25</sup>.

Cabe pensar, por otra parte, que para la cuantía del complemento solo computarán los hijos que tengan derecho a la pensión de orfandad.

Por otra parte, cabe tener presente que si los dos progenitores son hombres se aplicará la misma solución y, en consecuencia, solo se podrá cobrar el complemento si alguno de los hijos en común tiene derecho a la pensión de orfandad. En cambio, si los dos progenitores son mujeres no se exigirá ese requisito, teniendo siempre derecho al complemento (se presupone automáticamente el impacto desfavorable de la labor de cuidado sobre la carrera de cotización).

A nuestro entender, tanto en el caso de las mujeres (ya vimos antes los problemas que planteaba<sup>26</sup>) como de los hombres, la pensión de viudedad debería haber quedado excluida de la aplicación del complemento, al tener un carácter de pensión derivada y no estar presente el objetivo perseguido por dicho complemento. Obviamente, dado el antecedente del anterior complemento por maternidad esa exclusión era imposible. Sigue pendiente y este es otro ejemplo, una revisión a fondo del modelo de pensión de viudedad existente en nuestro país.

Y, 2) si un hombre que tiene o ha adoptado uno o más hijos causa derecho a las pensiones contributivas de incapacidad permanente (por riesgos comunes o profesionales) o de jubilación puede cobrar el complemento siempre que haya interrumpido o haya visto afectada su carrera profesional -y, en consecuencia, su carrera de cotización- con ocasión del nacimiento o la adopción; circunstancia que no se presupone, sino que debe demostrarse

<sup>25</sup> <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/>.

<sup>26</sup> A favor de su mantenimiento, <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/>.

necesariamente a través de dos vías, diferenciadas en función de la fecha de nacimiento o de adopción del hijo. Es importante destacar que, según el artículo 60, esa afectación negativa en la carrera de cotización no puede demostrarse por ninguna otra vía (“deberá concurrir alguno”). Así:

- a) En el supuesto de los hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, se deben 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 el caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes. Por tanto, durante ese periodo -que puede ser interrumpido o ininterrumpido- no se estaba trabajando o cobrando prestaciones por desempleo, de lo que se deduciría que esa situación se debió al cuidado del hijo. Es posible, no obstante, que esa situación se deba a otros motivos (abandono voluntario del puesto de trabajo por motivos no vinculados a ese cuidado, paro prolongado sin derecho a cobertura por desempleo que implique cotización, trabajo en la economía sumergida, estudios...). Salvando las distancias, se sigue una lógica parecida a la prevista en el artículo 236.1 de la LGSS para el beneficio por cuidado de hijos o menores.

Dos matices añadidos: 1) se da más margen temporal a los casos de nacimiento (cuarenta y cinco meses de referencia frente a treinta y seis meses en los supuestos de adopción); el motivo se nos escapa; y, 2) con independencia de que se haya cuidado más o menos de los hijos, la mayor estabilidad en el empleo vinculada, por ejemplo, con la gran mayoría del sector público hace más difícil acceder al complemento en dicho ámbito.

- Y, b) en el caso de los hijos nacidos o adoptados desde el día 1 de enero de 1995, se requiere 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 constituye la adopción sea inferior, en más de un 15 por 100, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores. Por tanto, se entiende que el nacimiento o la adopción de un hijo ha implicado una reducción en las bases de cotización inmediatamente posteriores durante un periodo -ininterrumpido- de veinticuatro meses de, al menos, un 16 por 100.

Aquí cabe señalar que:

- 1) El periodo de referencia para probar el impacto negativo de la labor de cuidado es muy estricto: los veinticuatro meses inmediatamente posteriores al nacimiento o a la resolución judicial de adopción. Ese carácter tan estricto dificultará, sin duda, el cumplimiento de este requisito y, por tanto, el cobro del complemento.

- 2) La reducción de más del 15 por 100 no tiene que darse de una forma lineal, sino que el parámetro es la suma de las bases de cotización de esos veinticuatro meses, por contingencias comunes.
- 3) No se establecen excepciones, por lo que, en los últimos años, computarían periodos en que no puede reducirse la base de cotización aunque se esté cuidando del menor, como es el caso del antiguo permiso por paternidad o del vigente permiso del progenitor distinto de la madre biológica, de dieciséis semanas de duración a partir del día 1 de enero de 2021 (se establece una diferencia entre los hombres en función de si existía o no el permiso por paternidad y de si se ha optado o no por él, total o parcialmente), y, por otra parte, el mismo efecto se produciría si se pasase a cobrar una prestación por desempleo contributiva. A nuestro entender, debería haberse contemplado y regulado este tipo de situaciones.
- 4) Teniendo en cuenta los términos legales empleados, cabe preguntarse si es necesario que existan bases de cotización durante los dos periodos de referencia, dejando fuera los supuestos en que la reducción en el importe de las bases de cotización se debe a la pérdida del empleo. Si fuera la primera opción, solo podría accederse al complemento cuando se haya reducido la jornada por cuidado de hijos durante el periodo de referencia o cuando se ha pasado de un empleo a otro y en el segundo las bases de cotización son inferiores. A nuestro entender, se incluyen todas las situaciones posibles, sin requerirse que se haya estado cotizando efectivamente los veinticuatro meses, bastando con comparar la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses posteriores al nacimiento o la adopción con la de los veinticuatro meses anteriores. La otra opción apuntada sería demasiado restrictiva y pondría en duda, incluso, la utilidad y justificación del complemento para el caso de los hombres. Es más, la solución propuesta se ve avalada por el hecho de que cuando se regula este complemento en el marco de la LCPE se exige que el funcionario haya cesado en el servicio activo o haya tenido una reducción de jornada en los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, en más de un 15 por 100 respecto a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores.
- 5) En fin, desde una perspectiva práctica, cabe pensar que, por ejemplo, se cumpliría este requisito cuando, poniendo un ejemplo del año 2021, el padre ha agotado el periodo de dieciséis semanas de permiso del progenitor distinto de la madre biológica y pasa a una reducción de la jornada de trabajo más elevada del 16 por 100 (para compensar que, durante ese permiso, se mantiene la base de cotización anterior, tal y como señalamos anteriormente, y en concreto se requiere una reducción de, al menos, el 19,2 por 100 de la jornada de trabajo) y está en esa situación hasta el mes veinticuatro posterior al nacimiento (aunque también serviría una reducción

de jornada más alta durante menos tiempo, ya que se comparan las sumas globales de las bases de cotización de veinticuatro meses). Cabe recordar aquí que esta situación es poco habitual, hasta el momento, en nuestro país, ya que son muy pocos los padres que recurren a la fórmula de la reducción de jornada para el cuidado de hijos. En este supuesto está clara la relación entre el cuidado del hijo y la reducción en las bases de cotización (aunque, como sabemos, luego estas computarán como cotizadas al 100 por 100 conforme a lo previsto en el artículo 237 de la LGSS). Y, obviamente, también se cumpliría este requisito si el padre, tras agotar la prestación por nacimiento o cuidado de menores, deja voluntariamente su trabajo para cuidar de su hijo y, en consecuencia, deja de cotizar a la Seguridad Social.

Pero también se cumpliría este requisito en situaciones bastante más alejadas de esa labor de cuidado, como, por ejemplo, cuando se pierde el empleo después del nacimiento o la adopción y no se cumplen los requisitos exigidos para poder percibir una prestación por desempleo contributiva (y se cobra o no un subsidio por desempleo o prestaciones asistenciales), o bien aquella se cobra durante poco tiempo.

A lo que cabe añadir la particular situación en la que se encuentran los trabajadores incluidos en el régimen especial de los trabajadores autónomos, que no pueden recurrir a la fórmula de la reducción de jornada y que, por la forma como se articula su sistema de cotización, la gran mayoría cotiza por la base mínima de cotización prevista legalmente, por lo que muy difícilmente podrán cumplir este requisito, hayan cuidado o no de sus hijos.

En este punto resulta más clara y contundente la regulación aplicable en el marco de la LCPE -que, como vimos, exige el cese del funcionario en el servicio activo o la reducción de la jornada no inferior al 15 por 100- en comparación con la recogida en el artículo 60 de la LGSS, lo que seguramente, si el INSS opta por una interpretación restrictiva en la línea de la LCPE, dará lugar a reclamaciones judiciales. A nuestro entender, los términos empleados por el artículo 60 permiten más posibilidades, en la línea que hemos apuntado; aunque esas posibilidades no garanticen necesariamente que en su base se halla la labor de cuidado de un hijo.

Y, 6) en el caso de que exista más de un hijo, cabe preguntarse si los requisitos mencionados deben cumplirse respecto de cada uno de ellos en función de su fecha de nacimiento. Cabe pensar que sí, y, por tanto, solo se cobrará el complemento respecto del hijo o hijos respecto de los que se cumplen esos requisitos. En cambio, en el supuesto de las mujeres se cobra el complemento total, teniendo en cuenta exclusivamente el número de hijos, con el límite, como ya hemos comentado, de cuatro hijos.

En fin, en la práctica, aunque se haya abierto el acceso a este complemento a los hombres va a ser muy difícil que cumplan los requisitos previstos para ello. Como veremos más adelante, esto puede traer problemas desde la perspectiva de su acomodación a la doctrina reciente del TJUE.

Por último, a todo lo anterior se añade un último condicionante que, en la práctica, constituye un nuevo requisito exigible únicamente cuando es un hombre (padre) el que pretende acceder al complemento: en efecto, junto a los requisitos anteriores es necesario que el importe de la pensión (o pensiones, en su caso) que se tenga derecho a percibir sea inferior a la cuantía de la pensión (o pensiones) que le correspondan a la mujer (madre). Y este requisito se exige en el momento en que ambos progenitores causan derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en el artículo 60 de la LGSS<sup>27</sup>. Aquí cabe hacer varias consideraciones:

- a) Este requisito solo se aplica en el caso de las pensiones de incapacidad permanente y jubilación.
- b) Solo se puede reconocer un complemento por los mismos hijos, a la madre o al padre, pero los beneficiarios pueden cambiar, esto es, primero puede reconocerse a uno y luego al otro. A estos efectos, el artículo 60.2 establece que el reconocimiento del complemento al segundo progenitor supone la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor y produce 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 este plazo, los efectos se producen desde el primer día del séptimo mes.
- c) Este requisito no se aplicará en el caso de personas solas con hijos en que no está identificado el otro progenitor o no tiene reconocida la patria potestad. Sin embargo, si se trata de un hombre sí tendrá que cumplir los requisitos vistos anteriormente. En cambio, si se trata de una mujer, como vimos, tendrá derecho automáticamente al complemento, sin requisitos adicionales.
- d) Este requisito implica que si es la madre la que causa primero derecho a una pensión de incapacidad permanente o de jubilación cobrará automáticamente el complemento en función del número de hijos, y cuando el padre cause derecho a una de esas pensiones y cumpla los requisitos antes vistos, solo cobrará el complemento -por el número de hijos respecto de los que se cumplan los requisitos- cuando su importe sea inferior al de la pensión que cobra la madre; circunstancia que será muy poco frecuente en la práctica por la brecha de género existente en el propio mercado de trabajo, que justifica, como hemos visto, la propia existencia del complemento. Si no se da este requisito, el padre no cobrará el complemento, a pesar de que, conforme a los parámetros del artículo 60, su carrera de cotización se haya visto afectada por el cuidado de sus hijos (ello se debe a que se presupone que la carrera de cotización de la madre se ha visto aún más afectada y por ello esta cobra una pensión inferior).

<sup>27</sup> Artículo 60, apartado b) regla 4ª.

También cabe pensar en el supuesto del padre que solicita la pensión de jubilación antes que la madre y cumple los requisitos, por lo que se le reconocerá el complemento por los hijos respecto de los que cumpla dichos requisitos, pero, con posterioridad, la madre también causa derecho a la pensión de jubilación: si su cuantía es inferior -circunstancia muy probable- pasará a percibir el complemento en función exclusivamente del número de hijos y si el importe es superior, será el padre quien siga percibiendo el complemento (aunque, en su caso, no le computen todos los hijos y, en consecuencia, el importe total del complemento sea inferior).

Pero también pueden darse otras situaciones con un perfil distinto y más complicado: por ejemplo, el caso de un padre joven que accede a una pensión de incapacidad permanente total (55 por 100 de la base reguladora) y que cumple los requisitos para cobrar el complemento, por lo que pasará a cobrarlo y en el momento en que la madre solicite la pensión de jubilación -si es más joven que el padre-, es posible que su pensión de jubilación sea de cuantía más alta, por lo que el padre continuaría cobrando el complemento. Aunque, posteriormente, cuando al padre se le reconociese la pensión de jubilación, como probablemente esta sería más alta, dejaría de cumplirse este requisito y, por tanto, ¿quién cobraría el complemento? No se cumpliría el requisito de pensión de cuantía inferior pero la pensión de jubilación de la madre ya se habría causado. Cabe pensar que se sumaría a la pensión de jubilación de la madre.

Aquí debemos tener en cuenta que las posibilidades son diversas, aun cuando, como ya hemos manifestado, va a ser muy difícil que un hombre pueda cumplir los requisitos establecidos para poder cobrar el complemento.

- e) Si los dos progenitores son hombres y ambos cumplen los requisitos exigidos, el complemento se reconoce a aquel que perciba la pensión de menor cuantía. Este requisito de menor cuantía también se aplica cuando los dos progenitores son mujeres, pero, como ya señalamos anteriormente, en este supuesto no se exigen requisitos adicionales al hecho de tener hijos o adoptarlos<sup>28</sup>.
- f) Cabe pensar que siempre se va a solicitar el complemento, para evitar, en su caso, acuerdos entre los progenitores para facilitar el acceso a uno de ellos en concreto.
- g) El artículo 60.2 establece que antes de dictarse la resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor se dará audiencia al que viniera percibiendo el complemento. Trámite lógico, y más en el marco de un procedimiento administrativo, pero es fácil pensar que los principales problemas se van a plantear en los supuestos en que los progenitores están separados o divorciados o cuando mantengan una mala relación entre sí; aunque, en todo caso, será el cumplimiento o no de los requisitos establecidos legalmente lo que determinará quién es el beneficiario.

<sup>28</sup>Artículos 60.1.b). 3ª y 60.1 de la LGSS, respectivamente.

Y, h) siguiendo un criterio totalmente lógico, el artículo 60.3.b) señala que no se reconocerá el derecho al complemento al padre o a la madre que haya sido privado de la patria potestad<sup>29</sup> por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en una causa criminal o matrimonial. Aquí cabe tener presente que, siguiendo la normativa civil y su aplicación por los tribunales, son varias las causas que determinan la privación de la patria potestad<sup>30</sup>: 1) cuando la conducta del progenitor pone en peligro la formación del menor o incapaz; 2) cuando se les trata con una dureza excesiva, lo que implica no solo fuertes castigos físicos sino toda clase de actos que supongan crueldad o abuso de autoridad; 3) la desatención afectiva y las adicciones que ponen en riesgo la seguridad del menor; y, 4) en general, por la falta de ejercicio de los derechos y, principalmente, de los deberes que comporta la misma. Se requiere siempre una sentencia judicial y que la conducta que determina esa privación sea grave y reiterada. Junto a ello, se encuentran directamente privados de la patria potestad: a) el progenitor que ha sido condenado por sentencia penal firme por un delito de violación o cualquier otro que diese lugar a la concepción del hijo; y, b) si la filiación se determina judicialmente en contra de la oposición de alguno de los progenitores, este será privado de la patria potestad sobre el hijo.

Y, finalmente, tampoco se reconocerá el complemento al padre que ha sido condenado por violencia contra la mujer, en los términos previstos tanto en la normativa española como en los instrumentos internacionales ratificados por España, ejercida sobre la madre, ni al padre o la madre condenados por ejercer violencia contra los hijos<sup>31</sup>.

### 2.2.2. *Los sujetos causantes*

Para poder acceder a este complemento el artículo 60 de la LGSS exige que se haya tenido o adoptado uno o más hijos, a lo que cabe añadir que:

<sup>29</sup>Cabe recordar que, conforme al artículo 154 del CC, la patria potestad se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: a) velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; y, b) representarlos y administrar sus bienes.

<sup>30</sup>En el artículo 170 del CC se señala que el padre o la madre pueden ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

<sup>31</sup>En este ámbito cabe mencionar el delito de lesiones leves o maltrato de obra (artículo 153.1 del CP), delito de lesiones (artículo 147.1 del CP), delito de amenazas leves (artículo 171.4 del CP), delito de coacciones leves (artículo 172.2 del CP) y delito de violencia sobre los descendientes (artículo 173.2 del CP).

- a) Cada hijo da derecho únicamente al reconocimiento de un complemento. Por tanto, tal y como ya había señalado el propio INSS en relación con el complemento por maternidad, en caso de adopción, el hijo solo computa respecto de los adoptantes y no en relación con los padres biológicos. Por tanto, siguiendo el criterio de gestión 1/2018 "... una vez constituida la adopción, la filiación del hijo -y la responsabilidad de su cuidado- queda determinada a favor de la madre adoptiva. Por tanto, es la madre adoptiva, y no la biológica, la mujer trabajadora a la que el precepto dispensa la protección paliando los efectos negativos de la discriminación laboral consecuencia del cuidado de los hijos. Esta discriminación no puede presumirse de la madre biológica que entrega al hijo en adopción..."<sup>32</sup>. La única novedad es que, ahora, este criterio no solo se aplica a la madre adoptiva sino también, en su caso, al padre adoptivo.
- b) No se incluyen los supuestos de acogimiento y guarda con fines de adopción.
- c) Aunque el complemento se vincula con la labor de cuidado de los hijos, no se exige ni que estos sigan vivos en el momento de solicitarlo ni tampoco que hayan vivido durante un mínimo periodo de tiempo; bastando con que cumplan los requisitos exigidos en la normativa civil para entenderse como nacidos o adoptados. En este ámbito siguen siendo aplicables, a nuestro entender, los criterios administrativos<sup>33</sup> y judiciales elaborados en torno al complemento por maternidad, por lo que para poder computar como hijo es necesario en principio que este haya adquirido personalidad civil conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Código Civil, cuya redacción vigente<sup>34</sup> establece que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno (de hecho, el propio artículo 60.3.a) exige que el hijo haya nacido con vida). Este criterio llevaría a no computar situaciones como un parto prematuro en el que el feto nació muerto<sup>35</sup> o un parto no prematuro en el que también el feto nació muerto<sup>36</sup>.

Cabe destacar, no obstante, que algunas sentencias entendieron, respecto del complemento por maternidad, que debe aplicarse una interpretación más favorable al principio de igualdad y a la corrección de la situación de desigualdad, en la

<sup>32</sup>Consulta de 1 de febrero de 2018 (Jur/2018/84995). Martínez Barroso, M<sup>a</sup>.R., "Padres...", ob.cit., p. 14.

<sup>33</sup>Consulta de 30 de octubre de 2017 (Jur/2017/283353).

<sup>34</sup>En vigor a partir de la Ley 20/2011, de 21 de julio (efectos desde 23 de julio de 2011).

<sup>35</sup>SJS n<sup>o</sup> 1 de Pamplona de 21 de enero de 2019 (proc. 318/2018) y STSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 11 de septiembre de 2019 (rec. 1311/2018).

<sup>36</sup> STSJ de Madrid de 10 de abril de 2019 (rec. 104/2019). También STSJ de Aragón de 20 de marzo de 2019 (rec. 116/2019).

lógica del artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007; y así, en palabras de la STSJ de Murcia de 24 de septiembre de 2018 (rec. 592/217)<sup>37</sup>: “... analizado el asunto desde la perspectiva en pro de la igualdad que propugna la LO 3/2007 y aun si se admitiera que debería aplicarse al caso el art. 30 CC en la redacción vigente en 1975, el hecho de haber dado a luz un ser que no alcanza personalidad por considerarse como «criatura abortiva» supuso para la madre una limitación en el acceso y mantenimiento del empleo equivalente a la provocada por un parto exitoso ya que igualmente estuvo embarazada, parió y precisó descanso recuperatorio...”. En otras palabras, exigir a una mujer la obligación de tener hijos vivos y que sus embarazos lleguen a buen término para tener derecho a este complemento implicaría incluso “... un tratamiento degradante e indigno por atentar no solo al principio de igualdad y no discriminación recogido en el art. 14 CE, sino una violación del derecho a la integridad física, así como a la integridad moral de las personas (art. 15.1 CE)...”<sup>38</sup>.

- d) No se tiene en cuenta la mayor dedicación que supone el cuidado de los hijos con discapacidad. Entre otras medidas, debería haberse incorporado lo fijado en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, que prevé el cómputo como dos de cada hijo con discapacidad<sup>39</sup>. Es evidente el sobrecoste -económico y también profesional- que para las familias y, particularmente para las mujeres, tiene el cuidado de los hijos con discapacidad. Es muy probable que esa labor de cuidado haya impedido u obstaculizado de una forma importante el desarrollo de la carrera de cotización a la Seguridad Social.
- e) Pueden plantearse situaciones particulares si el hijo nace en el extranjero y permanece allí: por ejemplo, cuando los progenitores extranjeros emigran a nuestro país y dejan a sus hijos en su país de origen, sin que exista dependencia económica ni labor de cuidado. En principio esos hijos computarían a los efectos del complemento, aunque no se hubiera cumplido la labor de cuidado ni producido, en consecuencia, el impacto desfavorable en materia de cotización. Cabe tener presente, no obstante, que, según los criterios elaborados en relación con el complemento por maternidad,

<sup>37</sup>También SSTSJ de Aragón de 20 de marzo de 2019 (rec. 116/2019) y de Murcia de 24 de septiembre de 2018 (rec. 592/217). Vid también voto particular de la STSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 11 de septiembre de 2019 (rec. 1311/2018), y Poyatos i Matas, G., “Juzgando con perspectiva de género el complemento de maternidad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, nº 442, p. 141 y ss.

<sup>38</sup>Ramos Quintana, M.I., “El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica”, *Trabajo y Derecho*, nº 61, 2020, p. 12, y “El complemento...”, p. 131 y ss.; y Martínez Barroso, M<sup>a</sup>.R., “Padres...”, *ob.cit.*, p. 13.

<sup>39</sup>Granell Pérez, R. y Salvador Cifre, C., “Complemento...”, *ob.cit.*, p. 304. También Rodríguez González, S., “Desigualdad...”, *ob.cit.*, p. 120; y Gallego Losada, R., “El complemento...”, *ob.cit.*, p. 48.

el INSS podría entender que el nacimiento debe haberse producido en España y la adopción debe haberse realizado conforme a la legislación española o bien en algún país al que sean de aplicación los reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Por tanto, no se considerarían computables los nacimientos producidos fuera de España o de alguno de esos otros Estados, salvo que se produjeran durante una estancia temporal de la beneficiaria, que debería residir en España o en uno de los Estados en los que se aplican los citados reglamentos<sup>40</sup>.

Y, f) a los efectos de determinar el derecho al complemento únicamente se computan los hijos que hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión. Esta solución resulta muy discutible en el caso de los hijos póstumos<sup>41</sup>. Por otra parte, los posteriores sí podrán computarse cuando se causa derecho a una nueva pensión de las vinculadas a este complemento (por ejemplo: se aplica el complemento a la pensión de viudedad y, con posterioridad, se tienen o adoptan hijos y se causa derecho a una pensión de jubilación). Esto implica, por tanto, que el importe del complemento puede variar, al incrementarse el número de hijos computables.

### **2.3. El ámbito material: Las pensiones afectadas**

Como hemos visto, este complemento se aplica a las pensiones contributivas de incapacidad permanente, jubilación y viudedad. En relación con las primeras, se incluyen las pensiones de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez; excluyéndose las prestaciones por incapacidad permanente parcial y por lesiones permanentes no invalidantes, al tratarse de indemnizaciones. Y, obviamente, con independencia de que la pensión se fundamente en riesgos comunes o en riesgos profesionales. En el caso de la incapacidad permanente total, si se sustituye antes de los sesenta años el cobro de la pensión por una indemnización a tanto alzado, el complemento se aplicará a la cuantía de la indemnización y, posteriormente, se seguirá percibiendo cuando se recupere la pensión<sup>42</sup>. Respecto a los supuestos de revisión del grado de una pensión de incapacidad permanente reconocida con anterioridad surgen varias posibilidades: a) si se trata de una mujer que tenía reconocido el complemento por maternidad y ahora se le reconoce un grado distinto, cabe pensar que puede optar entre dicho complemento y el nuevo, en función de la cuantía a percibir en cada caso; b) si se trata de un hombre que no

<sup>40</sup>Criterios de 17 de diciembre de 2015. En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, ob.cit., p. 9.

<sup>41</sup><http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/>.

<sup>42</sup>En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, ob.cit., p. 3.

pudo solicitar en su momento el complemento por maternidad y ahora cumple los requisitos del nuevo complemento, percibirá este; y, c) si la revisión implica que se extingue la pensión, también se extinguirá el complemento. Podríamos entender, tal y como se deduce de los criterios del INSS referidos al anterior complemento por maternidad, que, si el hecho causante de la pensión es anterior a la entrada en vigor del complemento, la revisión del grado no implicaría el reconocimiento de una nueva pensión y, por tanto, no se aplicaría el complemento (salvo que se cobrase el complemento por maternidad o incluso este podría no cobrarse si el hecho causante es anterior al día 1 de enero de 2016). A nuestro entender, esa solución es muy restrictiva y olvida que las circunstancias pueden haber variado mucho entre el reconocimiento de la pensión y su revisión (lesiones nuevas de diferente etiología, lesiones que han variado, mejorado o empeorado...)<sup>43</sup>. En fin, en este ámbito también se incluyen las pensiones extraordinarias por actos de terrorismo, pero no las pensiones del SOVI (al no formar parte del sistema de Seguridad Social)<sup>44</sup>.

En el marco de la pensión de jubilación, el complemento se aplica en los casos de jubilación ordinaria y de jubilación anticipada, ya sea voluntaria o involuntaria. En cambio, no se tiene derecho en el supuesto de la jubilación parcial, si bien el complemento se cobrará a partir del momento en que se acceda a la pensión de jubilación total<sup>45</sup>. Esta exclusión resulta razonable, al tratarse de una situación de transición hacia la jubilación total, manteniéndose esa persona en activo, aunque sea parcialmente, a la vez que se reduce el gasto<sup>46</sup>. Asimismo, cabe tener en cuenta que esta exclusión se aplica con independencia de la edad a la que se accede a la jubilación parcial, incluidos los supuestos en los que ya se ha cumplido la edad de jubilación ordinaria<sup>47</sup>.

Por otra parte, el complemento se mantendrá en los supuestos de jubilación flexible, de jubilación activa y de realización de trabajos por cuenta propia con rendimientos inferiores al salario mínimo interprofesional en cómputo anual.

Si se trata de la pensión de viudedad, el complemento se percibirá si se trata de la pensión vitalicia, pero no en el caso de la prestación temporal de viudedad,

<sup>43</sup>En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, ob.cit., p. 6.

<sup>44</sup>En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, ob.cit., p. 3.

<sup>45</sup>Artículo 60.4 de la LGSS.

<sup>46</sup>Criterios de 17 de diciembre de 2015 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS. En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, ob.cit., p. 6.

<sup>47</sup>En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, ob.cit., p. 4.

dado precisamente su carácter temporal (aunque haya existido labor de cuidado, lo que resulta contradictorio con la finalidad del complemento)<sup>48</sup>. También se cobra el complemento en el caso de las pensiones de viudedad de excónyuges (en función del número de hijos a computar en cada caso, aunque aquí se plantea el problema de cómo aplicar el límite máximo de cuatro hijos; momento a partir del cual, como ya hemos señalado, no se incrementa la cuantía) y si fallece alguno de ellos el complemento que cobrase no incrementa el del resto. Quedan fuera, sin embargo, las pensiones en favor de familiares, aunque las mismas se vinculan claramente con la labor de cuidado de personas dependientes. Y tampoco se sumará el complemento en los supuestos en que la pensión de viudedad acrece las pensiones de orfandad.

Y, en fin, en los supuestos de incapacidad permanente y viudedad puede cobrarse un recargo de prestaciones en los supuestos de falta de medidas de seguridad, pero, obviamente, este no se ve afectado por el cobro del complemento.

Por otra parte, cabe destacar que el complemento se abona mientras se percibe una de las pensiones mencionadas y, en consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincide con el de aquella (lo que implica, por ejemplo, que, en el caso de la pensión de viudedad, el complemento deja de cobrarse si se contrae un nuevo matrimonio, aunque la brecha de género en las pensiones siga existiendo y el cuidado de los hijos también). A lo que cabe añadir la extinción del complemento derivada de posibles supuestos de fraude relacionados con la existencia o la identidad de los descendientes<sup>49</sup>.

Sin embargo, cuando en el momento de la suspensión o extinción de la pensión a la que va unido el complemento se tiene derecho a cobrar otra pensión distinta -siempre que sea de incapacidad permanente, jubilación o viudedad-, se mantiene el derecho al complemento, quedando vinculado a esta última. Y, obviamente, también es posible que si la pensión inicial se extingue -el ejemplo anterior del matrimonio de una persona viuda-, si, posteriormente, se accede a la pensión de jubilación puede percibirse el complemento, e, incluso, incrementarse su cuantía si se han tenido o adoptado más hijos.

Finalmente, cabe destacar que son incompatibles los complementos que pudieran ser reconocidos en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, abonándose un único complemento en el régimen en el que esa persona tenga más periodos de alta. Este complemento se reconoce en todos los regímenes de la Seguridad Social, si bien solo afecta a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor del RDL 3/2021, es decir, a partir del día 4 de febrero de 2021. Hasta ese día se pudo acceder al anterior complemento por maternidad.

<sup>48</sup>En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez González, S., “Desigualdad...”, ob.cit., p. 121.

<sup>49</sup>Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (I)”, ob.cit., p. 4.

## 2.4. La cuantía del complemento

En primer lugar, respecto a la forma de concretar la cuantía del complemento, este se fija anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y se incrementará al comienzo de cada año en el mismo porcentaje previsto para las pensiones contributivas. Para el año 2021, la disposición adicional primera del RDL 3/2021 establece una cuantía de 27 euros mensuales por cada hijo.

Por tanto, en este ámbito, el nuevo complemento presenta importantes cambios respecto del anterior, ya que se pasa a reconocer una cantidad fija por cada hijo<sup>50</sup>, cuando antes se aplicaba un porcentaje sobre la cuantía de la pensión que venía determinado por el número de hijos (un 5 por 100 si se tenían dos hijos, un 10 por 100 en el caso de tres hijos y un 15 por 100 si eran cuatro o más hijos). Cabe recordar que esa fórmula fue criticada al entenderse que favorecía a las mujeres con pensiones más altas cuando probablemente aquellas que percibían pensiones medias o bajas habían tenido más dificultades para poder conciliar el trabajo con el cuidado de los hijos<sup>51</sup>. Por el contrario, con la nueva fórmula se logra el efecto contrario, favoreciéndose las pensiones medias o bajas. A nuestro entender, con independencia de que es muy difícil valorar monetariamente cuánto afecta el cuidado de un hijo al importe de una pensión futura, no nos parece una buena idea diferenciar entre los propios beneficiarios en función exclusivamente de si cobran pensiones altas o bajas (hecho en el que pueden influir diversos factores y no solo la mayor o menor dedicación a la labor de cuidado). En todo caso, cabe destacar que la nueva forma de cálculo del complemento resuelve diversos problemas prácticos surgidos con la anterior (reparto entre excónyuges en el marco de la pensión de viudedad, inclusión de determinados complementos, concurrencia de pensiones...)<sup>52</sup>.

A efectos comparativos, las diferencias cuantitativas que se producen con uno y otro sistema de cálculo del complemento son significativas en relación con las pensiones más altas, así:

<sup>50</sup>Esta fórmula fue propuesta precisamente por el grupo parlamentario socialista durante la tramitación del complemento por maternidad (BOCG, Senado, 1 de octubre de 2015).

<sup>51</sup>Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (y II)”, ob.cit., pp. 12-13. Para Granell y Salvador, el complemento, en términos nominales, beneficiaba claramente a las mujeres mejor situadas en el mercado laboral, en “Complemento...”, ob.cit. p. 311. También, Gallego Losada, R., “El complemento...”, ob.cit., p. 43.

<sup>52</sup>Al respecto, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (y II)”, ob.cit., p. 3 y ss.

Importe pensión mensual euros	1 hijo		2 hijos		3 hijos		4 hijos	
	antes	ahora	antes	ahora	antes	ahora	antes	ahora
<b>500</b>	0	27	25	54	50	81	75	108
<b>750</b>	0	27	37,5	54	75	81	112,5	108
<b>1200</b>	0	27	60	54	120	81	180	108
<b>1600</b>	0	27	80	54	160	81	240	108
<b>2000</b>	0	27	100	54	200	81	300	108
<b>2500</b>	0	27	125	54	250	81	375	108

Por otra parte, como ya hemos señalado, existe un límite máximo de cuantía, ya que no puede superarse el importe de cuatro veces la cuantía mensual por hijo, por lo que el quinto o más hijos no incrementan el complemento. Sin embargo, aquí se plantea una duda cuando los beneficiarios son los hombres: una mujer que tiene seis hijos con dos hombres percibiría un complemento mensual máximo, en 2021, de 108 euros, en cambio si los dos padres cumplieren los requisitos para cobrar el complemento respecto de sus hijos se superaría el tope de los 108 euros mensuales (por ejemplo, uno de los padres 27 euros por tres hijos, y el otro 27 euros por los otros tres hijos, hacen un total de 162 euros). Como ya vimos en el caso del complemento aplicable a las pensiones de viudedad de excónyuges, en este caso también se plantea el problema de si puede superarse el límite máximo de cuatro hijos cuando hay más de un beneficiario del complemento. Cabe pensar que ese límite no podría superarse.

En segundo lugar, cabe tener presente que el artículo 60.3.c) establece que el complemento se pagará en catorce pagas, junto con la pensión que determina el derecho al mismo. Aquí cabe realizar un apunte: se olvida que en el caso de las pensiones derivadas de contingencias profesionales (incapacidad permanente y viudedad en este caso) se perciben solo doce pagas, por lo que, lógicamente, en estos casos también se cobrarán doce pagas del complemento.

En tercer lugar, cabe tener en cuenta el favorable tratamiento legal que se hace del complemento tanto en el marco del complemento por mínimos como en relación con la pensión máxima. En el primer caso, el artículo 60.3.e) prevé que el complemento no tiene la consideración de ingreso o rendimiento del trabajo a la hora de concretar si concurren los requisitos para tener derecho al complemento por mínimos. Y si se cumplen los requisitos, se reconocerá la pensión mínima conforme a lo previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del

Estado y a esta se le sumará el complemento en función del número de hijos. Obviamente, este sistema favorece a los beneficiarios del complemento.

Y respecto al segundo supuesto, y con un sistema más favorable que el previsto para el complemento por maternidad, en el artículo 60.3.d) se señala que el importe del complemento no será tenido en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones regulado en los artículos 57 y 58.7 de la LGSS. Por tanto, en los supuestos en que se cobra la pensión máxima prevista anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, se sumará a esta el correspondiente complemento.

En cambio, cabe señalar que si se aplica lo dispuesto en el artículo 210.2 de la LGSS y, en consecuencia, en los casos de jubilación demorada el complemento se verá afectado, en su caso, por el tope máximo de cotización, al tener la naturaleza de pensión pública contributiva. Por tanto, la suma de la pensión de jubilación, el porcentaje adicional por jubilación demorada y el complemento para la reducción de la brecha de género no pueden superar dicho tope<sup>53</sup>.

En cuarto lugar, desde una perspectiva internacional, se establece que cuando la pensión que determina el derecho al complemento se causa por la totalización de periodos de seguro a prorrata temporis en aplicación de la normativa internacional, el importe real del complemento es el resultado de aplicar a su cuantía, la prorrata aplicada a la pensión a la que acompaña.

En quinto lugar, cabe tener presente que, por varios factores, la cuantía del complemento puede cambiar, así: a) por la actualización anual ligada a la revalorización que se fija para las pensiones contributivas por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado; b) si se extingue una pensión y, posteriormente, se causa otra en la que se suman hijos nacidos o adoptados con posterioridad al reconocimiento de la primera pensión; y, c) pasa a ser beneficiario un hombre y respecto de este no son computables todos los hijos, al no cumplirse respecto de alguno de ellos los requisitos exigidos legalmente.

Finalmente, teniendo presente el coste que puede suponer este complemento para el sistema de Seguridad Social, resulta esencial que la nueva disposición adicional trigésima sexta de la LGSS prevea expresamente, tal y como hemos señalado, que su financiación se realiza mediante transferencias del Estado al presupuesto de la Seguridad Social. Por tanto, se financia a cargo de impuestos y no de cotizaciones. Esta solución se apunta para el caso del complemento regulado en el artículo 60 de la LGSS, pero también abarca el supuesto del complemento que, con los mismos requisitos y características, se reconoce en el marco de la LCPE.

<sup>53</sup> En relación con el complemento por maternidad, pero aplicable también ahora, Rodríguez Cardo, I.A., “El nuevo complemento... (y II), ob.cit., pp. 4-5.

## 2.5. ¿Qué ocurre con las personas beneficiarias del complemento por maternidad?

Partiendo del hecho de que existen más de 650.000 mujeres beneficiarias del complemento por maternidad<sup>54</sup>, resulta necesario articular algún mecanismo de coordinación entre dicho complemento y el nuevo, al que, como hemos visto, también pueden acceder los hombres. Con tal finalidad, el RDL 3/2021 incorpora la nueva disposición transitoria trigésima tercera de la LGSS, donde se establece que:

- 1) Quienes en la fecha de la entrada en vigor del nuevo complemento -día 4 de febrero de 2021- estén cobrando el complemento por maternidad, lo mantendrán y en los mismos términos y cuantía.

Obviamente, la cuestión que se plantea es qué ocurre cuando se causa derecho a otra pensión de las afectadas por el complemento (por ejemplo, se cobra el complemento vinculado a la pensión de jubilación y, posteriormente, se le reconoce una pensión de viudedad). En este último caso ya se aplicaría el nuevo complemento, pudiendo optar entre uno y otro (obviamente, se elegirá el de mayor cuantía; influyendo, como vimos antes, la cuantía mayor o menor de la pensión inicial).

- 2) Las mujeres con un solo hijo que no pudieron tener derecho al complemento por maternidad, al exigir este dos o más, y que sean ya pensionistas el día 4 de febrero de 2021, no pueden solicitar el nuevo complemento, salvo que causen derecho a una nueva pensión, en cuyo caso sí lo cobrarán. Lo mismo ocurre con los hombres con uno o varios hijos que ya sean pensionistas en esa fecha.
- 3) Si una mujer está cobrando el complemento por maternidad y el otro progenitor, de alguno de los hijos, solicita el complemento para la reducción de la brecha de género y cumple los requisitos, tendrá derecho al mismo. Pero en este supuesto se prevé que la cuantía de este complemento se deduce del complemento por maternidad de la madre, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución administrativa, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta. Tendríamos, pues, dos beneficiarios: la madre como titular del complemento por maternidad y el padre como

<sup>54</sup> Como señala Moreno Romero, a fecha 30 de diciembre de 2019, el total de mujeres pensionistas con complemento ascendía a 646.971 (58.361 pensionistas de incapacidad permanente, 274.320 pensionistas de jubilación y 314.290 pensionistas de viudedad), “El complemento...”, ob.cit., p. 157.

beneficiario del complemento para la reducción de la brecha de género. Esta posibilidad solo surge cuando se trata de pensiones de incapacidad permanente y jubilación, con independencia del régimen de la Seguridad Social en el que se solicitan, e, implica, de hecho, una modificación legal in peius del complemento por maternidad, que resulta discutible, pero que se basa en una voluntad evidente de ahorrar costes. Es más, si se defiende que el complemento por maternidad se basa exclusivamente en la aportación demográfica y el nuevo complemento en el efecto desfavorable que implica el cuidado de los hijos, es curioso que el reconocimiento del segundo afecte al primero, llevando incluso, como veremos a continuación, a su supresión en algunos casos.

En efecto, aquí se plantea un problema práctico: en función de la cuantía de la pensión, el importe del nuevo complemento es superior a lo que se viene percibiendo por complemento por maternidad o bien este queda reducido a una cuantía escasa. Así, por ejemplo, según los datos vistos anteriormente, en el caso de una mujer con dos hijos y una pensión de 750 euros el complemento por maternidad tiene una cuantía de 37,5 euros y en cambio el complemento para la reducción de la brecha de género es de 54 euros mensuales: por tanto, aplicando lo previsto en esta nueva disposición transitoria, la madre dejaría de cobrar el complemento y el padre cobraría esos 37,5 euros y la Seguridad Social tendría que complementar la diferencia hasta los 54 euros mensuales. Y si en el mismo caso, se tienen tres hijos, la madre dejará de percibir los 75 euros mensuales y los percibirá el padre y la Seguridad Social tendrá que complementar el importe hasta los 81 euros actuales. Por tanto, en estos supuestos el efecto del reconocimiento del nuevo complemento no consiste en descontar el importe sino en suprimir el cobro del complemento por maternidad (cabe tener presente, no obstante, que cuando fallezca el padre, la madre podrá optar al complemento para la reducción de la brecha de género en la pensión de viudedad, aunque su importe puede ser menor a lo que en su momento percibía como complemento por maternidad).

Obviamente, este efecto negativo no se produce cuando se trata de una pensión de cuantía más alta: así, por ejemplo, en el caso de una pensión de 1600 euros el complemento por maternidad es de 240 euros si se tienen cuatro hijos y el nuevo complemento tiene una cuantía de 108 euros, por lo que la madre percibiría 132 euros y el padre cobraría 108 euros.

La situación se complica un poco más si hay más de un padre beneficiario que cumple los requisitos por alguno de los hijos: en este caso los complementos a pagar a los padres se descontarían del complemento por maternidad de la madre.

Aunque, como vimos anteriormente, los requisitos exigidos para poder acceder al complemento en el caso de los hombres son muy estrictos y resultará muy difícil cobrarlo, el juego y los problemas e interrogantes aplicativos que plantea dicha posibilidad son bastante variados e interesantes.

Y, 4) finalmente, cabe tener en cuenta que, como consecuencia de la doctrina de la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, algunas sentencias reconocieron el derecho al complemento por maternidad a los hombres que tenían dos o más hijos vinculado a pensiones de incapacidad permanente absoluta<sup>55</sup> o de jubilación<sup>56</sup>. Obviamente, en estos supuestos también se aplica, y con las mismas particularidades, lo señalado anteriormente. Por tanto, el otro progenitor -hombre o mujer- puede solicitar el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género, con los efectos antes indicados.

## **2.6. La vigencia “temporal” del complemento para la reducción de la brecha de género**

Dentro de la lógica de la acción positiva, y para caracterizar el complemento como tal, la nueva disposición adicional trigésima séptima de la LGSS establece que aquel tiene un alcance temporal, y se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 por 100; añadiéndose que una vez que la brecha de género de un año sea inferior al 5 por 100, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para derogar el artículo 60 de la LGSS (cabe pensar que también la norma equivalente de la LCPE), previa consulta con los interlocutores sociales. En el mismo sentido se manifiesta el apartado 6 de la disposición adicional decimoctava de la LCPE, que se remite a la citada disposición adicional trigésima séptima de la LGSS.

Teniendo presente que la brecha de género en las pensiones de jubilación se sitúa actualmente en el 34 por 100<sup>57</sup> (y los datos muestran que no disminuye<sup>58</sup>), y la complejidad y el carácter estructural de las causas que la provocan, es fácil constatar que, salvo una reforma expresa, el complemento no va a tener precisamente -por desgracia- un carácter temporal o una vida corta.

<sup>55</sup> SJS nº 2 de Vigo de 15 de febrero de 2021 (proc. 52/2021). El criterio de gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social estableció que el complemento se seguiría reconociendo en sus términos legales, sin perjuicio del deber de ejecutar las decisiones judiciales firmes que lo reconocieran a los hombres y de dar ejecución provisional a las sentencias pendientes de recurso.

<sup>56</sup> SSJS nº 2 de Pamplona de 18 de noviembre de 2020 (proc. 534/2020) y de Teruel de 23 de noviembre de 2020 (proc. 212/2020). También SSTSJ de Murcia de 30 de abril de 2020 (rec. 314/2019) y 26 de mayo de 2020 (rec. 879/2019) y de Canarias/Las Palmas de 20 de enero de 2020 (rec. 850/2018). Sobre esta última, Vicente Palacio, M<sup>a</sup>.A., “Sobre el carácter discriminatorio del complemento por maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4, 2020, p. 1 y ss.

<sup>57</sup> Granell Pérez, R. y Salvador Cifre, C., “Complemento...”, *ob.cit.*

<sup>58</sup> Errandonea Ulazia, E., “El nuevo...”, *ob.cit.*, pp. 75 y 96.

### **3. EL CASO DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

Dentro de una lógica de equiparación totalmente justificada, el RDL 3/2021 da una nueva redacción a la disposición adicional decimoctava de la LCPE, reconociendo el complemento para la reducción de la brecha de género con las mismas características, requisitos y cuantía ya vistos en relación con el artículo 60 de la LGSS. Complemento que se aplicará a las pensiones de jubilación o retiro de carácter forzoso, pensiones por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad y pensiones de viudedad que se hayan causado a partir del día 4 de febrero de 2021. El matiz, no obstante, se halla en que, como comentamos anteriormente, la forma de identificar el efecto desfavorable de la labor de cuidado en el caso de los hombres cuando se trata de un hijo nacido o adoptado a partir del día 1 de enero de 1995 es más estricta, a nuestro entender, que la recogida en el artículo 60 de la LGSS.

Y también se ha incorporado una nueva disposición transitoria décima cuarta en la LCPE para regular, en los mismos términos vistos anteriormente respecto a la LGSS, el mantenimiento transitorio del complemento por maternidad. En todo caso, como sabemos en este régimen no se producen nuevas incorporaciones de funcionarios públicos desde el día 1 de enero de 2011.

### **4. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMUNITARIO: ¿EL COMPLEMENTO RESPETA EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 79/7/CEE?**

Al margen de las particularidades e interrogantes que plantea la regulación legal y la aplicación práctica de este complemento, surge también la duda, como ocurrió ya tempranamente con el complemento por maternidad<sup>59</sup>, de si resulta acorde con lo previsto en la Directiva 79/7/CEE y con la doctrina elaborada en casos semejantes por el TJUE en los últimos años.

Cabe partir del hecho de que nos encontramos ante una pretendida medida de acción positiva que persigue la igualdad material entre las mujeres y los hombres con el objeto de evitar los efectos perjudiciales que en el mundo laboral sufren las primeras con motivo de asumir una mayor dedicación al cuidado y la educación de los hijos y para ello se les otorga, como hemos visto, un trato mucho más favorable que el que reciben los hombres. En efecto, la situación protegida es la pérdida de oportunidades laborales o inferior cotización que conlleva irremediabilmente el tiempo destinado a la labor de cuidado de los hijos; función que carece de

<sup>59</sup>Por todos, Ballester Pastor, M<sup>a</sup>.A., “El comprometido...”, ob.cit., p. 81 y ss.; y Ramos Quintana, M.I., “El complemento...”, ob.cit., p. 143 y ss.

un reconocimiento social o contributivo al sistema de Seguridad Social, con la excepción de algunos de los supuestos recogidos -y de alcance muy limitado- en los artículos 236 y 237 de la LGSS. Cabe recordar que, tal y como señala la propia sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019: "... 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...": medidas de acción positiva que requieren, en todo caso, una justificación objetiva y razonable.

Y también cabe tener presente que, tal y como ocurrió con el complemento por maternidad, este nuevo complemento cae dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE, al tener la naturaleza jurídica de una pensión pública contributiva y formar parte de un régimen legal de protección contra los riesgos enumerados en la misma, como son la invalidez permanente y la jubilación.

Partiendo de ello, a nuestro entender, el problema principal al que se enfrenta el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género es, como también le pasó al complemento por maternidad, que puede no cumplir algunos de los parámetros fijados por la doctrina del TJUE en torno a medidas semejantes en los últimos veinte años<sup>60</sup>. Doctrina que, como veremos a continuación, se ha pronunciado claramente a favor de eliminar las normas que atribuyen exclusivamente a las madres determinados beneficios o ventajas relacionados con el cuidado de los hijos. La tendencia es, pues, la atribución indistinta de permisos, beneficios y medidas relativas al cuidado de los hijos en favor de madres y padres<sup>61</sup>.

Esos parámetros se recogen en varias sentencias, así, en primer lugar, en la sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2001 (asunto Griesmar, C-366/99) se valora el posible carácter discriminatorio por razón de sexo de una norma francesa que reconocía automáticamente cotizaciones ficticias aplicables a la pensión de jubilación a las funcionarias que hubieran sido madres o hubieran adoptado hijos (en este caso debía cumplirse el requisito de haberse dedicado a sus cuidados durante un periodo mínimo de nueve años). Según el Gobierno francés esta medida perseguía compensar las desventajas a las que se enfrentaban las funcionarias con hijos en su vida profesional, aunque no hubieran dejado de trabajar.

El TJUE entendió que dicha medida no estaba destinada realmente a compensar las desventajas que las funcionarias sufrían en su carrera, ayudándolas

<sup>60</sup>Al respecto, Ramos Quintana, M.I., "El complemento...", ob.cit., p. 141 y ss.; y Ballester Pastor, M<sup>a</sup>.A., "El comprometido...", ob.cit., p. 81 y ss.

<sup>61</sup>Ramos Quintana, M.I., "El complemento...", ob.cit., p. 142, que habla de la "desnaturalización" de las acciones positivas en beneficio exclusivo de las mujeres.

en su vida profesional. Por el contrario, se trataba de conceder a las funcionarias que eran madres una bonificación de la antigüedad en el momento de su jubilación, sin aportar ningún remedio a los problemas que pudieran encontrar durante su carrera profesional. De este modo, no constituye una medida destinada a ayudar a las mujeres en su vida profesional porque, al concederse en el momento del cese de la actividad, no es un remedio efectivo a los problemas a los que han tenido que enfrentarse las mujeres durante su carrera profesional, derivados de la práctica de cuidar. Las dificultades profesionales soportadas por las madres no se resuelven mediante el sistema de bonificación previsto y, por tanto, la diferencia de trato por razón de sexo que se establece no se justifica y resulta discriminatoria para los hombres.

En segundo lugar, cabe mencionar la sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014 (asunto Leone, C-173/13) donde se debate sobre ciertos beneficios concedidos en el momento de la jubilación que se aplican automáticamente a las madres, por el simple hecho de serlo, mientras que no ocurría así en el caso de los padres. Se concluye que se trata de una medida que incurre en una discriminación indirecta por razón de sexo; señalándose, asimismo, que la norma no estaba justificada ya que no respondía verdaderamente a la finalidad de alcanzar el objetivo de política social invocado ni se había aplicado dicha norma de forma congruente y sistemática desde ese punto de vista.

En tercer lugar, en esta doctrina se sitúa también la sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2010 (asunto Roca Álvarez, C-104/09), referida a una regulación anterior del permiso de lactancia español que daba preferencia a las madres. En ella se señala que la preferencia materna de ciertos beneficios vinculados a los cuidados de los hijos puede implicar una perpetuación de los roles de cuidado que puede volverse en contra de las mujeres. Por ello se calificó como discriminatoria la preferencia legal hacia la mujer en el permiso de lactancia, con un disfrute secundario por parte del padre, en base a que la naturaleza del permiso, pese a su denominación, ha quedado desvinculada de la lactancia por parte de la madre, pasando a ser un permiso destinado al cuidado del hijo. En la misma línea se sitúa la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2015 (asunto Maïstrellis, C-222/14) donde se declara que un permiso parental vinculado en el caso del padre a que la madre trabaje, lejos de garantizar la plena igualdad entre los hombres y las mujeres en la vida profesional, puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre ellos al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. Se manifiesta la necesidad de que los permisos parentales sean neutros, no solo porque en otro caso se opondrían a la Directiva sobre permisos parentales, sino que también serían contrarios a la Directiva 2006/54<sup>62</sup>, ya que supondría establecer diferencias injustificadas entre

<sup>62</sup> 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.

las mujeres y los hombres en las condiciones de trabajo. Con ello se intensifica el mandato de la no diferenciación, al estimarse que las mejoras derivadas del cuidado de los hijos constituyen un ámbito en el que no es admisible fijar preferencias para las mujeres<sup>63</sup>.

Y, en cuarto lugar, también cabe incluir aquí la propia sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto Wa)<sup>64</sup>, que, como sabemos, declaró que el complemento por maternidad incurría en una discriminación directa por razón de sexo<sup>65</sup>, fundamentándose en los siguientes motivos:

1º) La jurisprudencia del TJUE reserva a los Estados el derecho a adoptar disposiciones destinadas a garantizar la igualdad efectiva. El artículo 4.2 de la Directiva 79/7/CEE les reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, en materia de protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después del mismo y también en materia de protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto. Ahora bien, el complemento por maternidad no contenía ningún elemento que estableciese un vínculo entre su concesión 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 laboral o profesional durante el periodo que sigue al parto.

2º) Conforme a su artículo 7.1.b), la Directiva 79/7/CEE no impide la facultad que tienen los Estados 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 periodos

<sup>63</sup> Ramos Quintana, M.I., “El complemento...”, ob.cit., p. 143.; y Ballester Pastor, M<sup>a</sup>.A., “El comprometido...”, ob.cit., p. 81.

<sup>64</sup> Un análisis del contenido y las consecuencias de dicha sentencia en Martínez Barroso, M<sup>a</sup>.R., “Padres...”, ob.cit., p. 20 y ss.; Molina Navarrete, C., “Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género?”, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, n<sup>o</sup> 445, p. 194 y ss.; y Monereo Pérez, J.L. y Guindo Morales, S., “El principio de igualdad en el complemento de maternidad en las pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social”, La Ley 12462/2020, p. 6 y ss.; Monereo Pérez 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”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, n<sup>o</sup> 22, p. 13 y ss.; y Moreno Romero, F., “El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, n<sup>o</sup> 25, p. 150 y ss.

<sup>65</sup> Resultado que ya fue adelantado por la doctrina, por ejemplo, Ramos Quintana, M.I., “El complemento...”, ob.cit., p. 124, quien afirmaba: “... contenía todos los boletos para que, en caso de que llegara a ser valorada en algún momento por dicho tribunal, corriera la misma suerte que sus predecesores u homónimos supuestos...”.

de interrupción del empleo debidos a la educación de los hijos. Pero el complemento por maternidad tampoco se supeditaba a la educación de los hijos o a la existencia de periodos de interrupción del empleo debidos a su educación, sino simplemente a que las mujeres beneficiarias hubieran tenido hijos biológicos o adoptados y fueran perceptoras de determinadas pensiones contributivas.

3º) 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 tales cuidados y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera.

Y, 4º) el artículo 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no amparaba el complemento por maternidad, ya que este se limitaba a reconocer a las mujeres un beneficio en el momento del reconocimiento del derecho a una determinada pensión, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar las madres trabajadoras durante su carrera profesional. Dicho complemento no podía compensar las desventajas a las que están expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de ese modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional.

Compartamos o no el sentido de esa doctrina del TJUE (por su carácter restrictivo y, en cierta medida, reticente a ahondar en las causas estructurales del problema), si confrontamos con la misma el nuevo complemento surgen problemas, ya que este no cumpliría algunos de sus parámetros; así:

a) Parece que el complemento no quedaría amparado por el artículo 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por cuanto se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que pueda compensar las desventajas a las que están expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera profesional y garantizando, en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre los hombres y las mujeres en la vida profesional (asuntos Griesmar, Leone y Wa). Tal y como se deriva de lo señalado en el asunto Griesmar, al concederse el complemento en el momento del cese de la actividad, no es un remedio efectivo a los problemas a los que han tenido que enfrentarse las mujeres durante su carrera profesional, derivados de la labor de cuidado de los hijos. En efecto, por mucha voluntad y cariño que le pongamos, el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género constituye una solución tardía y muy limitada de por sí para luchar contra el carácter estructural y el alcance de dicha brecha y, no compensa -más que simbólicamente- las variadas desventajas sufridas por las mujeres que

han tenido hijos mientras se encontraban en activo en nuestro mercado de trabajo.

- b) Por otra parte, el propio diseño del complemento en el que, como hemos visto, se da una clara preferencia a las mujeres, puede interpretarse como una renuncia al fomento de la corresponsabilidad frente a las responsabilidades familiares y una asunción implícita del rol de la mujer como madre y responsable principal y preferente de las tareas de cuidado de los hijos; visión que puede ayudar a consolidar o perpetuar. Se podría contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función secundaria de las mujeres respecto al ejercicio de la labor de cuidado de los hijos (asunto Roca Álvarez).
- c) No resulta aplicable la excepción del artículo 4.2 de la Directiva 79/7/CEE, por cuanto está claro que el complemento no tiene relación con la protección de la mujer debido a su maternidad, sino con la labor de cuidado de los hijos.
- d) El artículo 7.1.b) de la Directiva 79/7/CEE prevé que la misma no impide la facultad que tienen los Estados 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 periodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos. En el asunto *Wa* se excluyó la aplicación de este apartado en el caso del complemento por maternidad, al considerar que no se supeditaba su concesión a la educación de los hijos o a la existencia de periodos de interrupción de empleo debidos a ese motivo, sino “únicamente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión...”. Cabe preguntarse si la situación ha cambiado realmente con el nuevo complemento, cuando, como hemos visto, dicho complemento, en el caso de las mujeres, se concede automáticamente por el hecho de tener o adoptar hijos, sin más requisitos adicionales y con independencia de que hubiera sido el padre el encargado del cuidado. Este puede ser, a nuestro entender, un nuevo y relevante obstáculo. A lo que cabe añadir que, según la Directiva, esta exclusión afecta solo a la pensión de vejez, y, en nuestro caso, se aplicaría también a las pensiones de incapacidad permanente (supuesto no admitido por la Directiva)<sup>66</sup> y viudedad.

<sup>66</sup>Estos obstáculos ya fueron puestos de manifiesto por Ballester Pastor en relación con el complemento por maternidad y, a nuestro entender, resultan trasladables también al nuevo complemento, “El comprometido...”, *ob.cit.*, p. 84.

Es más, en este ámbito surge otro obstáculo y es el considerar, tal y como ha afirmado la doctrina<sup>67</sup> y deriva del propio artículo 7.2, que esta exclusión se refiere a medidas legales ya existentes (que, además, deben examinarse periódicamente para determinar si está fundamentado mantenerlas) y no justificaría la incorporación de medidas nuevas, como es el caso del nuevo complemento. En definitiva, lo que pretende ese precepto es que se eliminen progresivamente los beneficios establecidos exclusivamente para las mujeres, por lo que, si un Estado no revisa la normativa para eliminarlas, sino que incorpora nuevas medidas estaría incumpléndolo.

e) Cabe recordar que, tal y como deriva de la doctrina recogida en la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014 (asunto X, C-318/13)<sup>68</sup> no pueden establecerse más excepciones al principio de igualdad de trato entre los hombres y mujeres en el ámbito de la seguridad social que los referidos en la Directiva 79/7/CEE, y como hemos visto, a nuestro entender, ninguna de ellas resulta aplicable.

Y, f) en fin, también plantea dudas que, si bien ahora se reconoce el complemento también a los hombres, los requisitos exigidos son tan estrictos que, como venimos señalando, va a ser muy difícil o casi imposible que se cumplan y, en consecuencia, aquellos puedan llegar a cobrar el complemento. Esto nos lleva, nuevamente, al campo de una posible discriminación hacia los hombres, por cuanto se les da un trato desigual que difícilmente va a poder justificarse de una forma objetiva y proporcionada; máxime cuando en el asunto Wa se defendió la idea -discutible, por otra parte- de que las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos, y que solo cabe aplicar un tratamiento idéntico y uniforme. Como hemos visto, y existen razones evidentes para ello, se presupone *iuris et de iure* que las mujeres que trabajan ven perjudicada su carrera profesional y de cotización por el cuidado de sus hijos, pero, a la vez, se imponen unos requisitos muy estrictos y difíciles para que un hombre, en las mismas circunstancias, pueda probar ese mismo perjuicio. En definitiva, esa evidente diferencia de trato y sus resultados previsibles, lleva a pensar en que, de nuevo, nos encontramos ante una medida que podría calificarse como discriminatoria hacia los hombres, no acorde a la Directiva.

Ahora bien, todas estas dudas no nos impiden afirmar, tal y como ya hizo la doctrina en relación con el complemento por maternidad<sup>69</sup>, que es necesario actuar

<sup>67</sup>En relación con el complemento por maternidad, pero, a nuestro entender, también aplicable ahora, “El comprometido...”, *ob.cit.*, p. 84.

<sup>68</sup>Sobre el alcance de esta sentencia, Ballester Pastor, M<sup>a</sup>.A., “El comprometido...”, *ob.cit.*, pp. 87-88.

<sup>69</sup>Ramos Quintana, M.I., “El complemento...”, *ob.cit.*, pp. 148-149.

enérgicamente para hacer frente a una realidad incontestable en nuestro país: la existencia de una importante brecha -de todo tipo y también de pensiones- entre los hombres y las mujeres, y que para ello deben utilizarse todas las herramientas posibles.

## 5. REFLEXIONES FINALES

Es muy probable que, al menos en los últimos tiempos, no se haya incorporado al sistema de Seguridad Social una medida tan innovadora y, a la vez, tan polémica y complicada como el antiguo complemento por maternidad y el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género. Un nuevo complemento que, aunque podamos mirarlo con buenos ojos -pretende ayudar en lo posible (aunque sea muy poco) a luchar contra la brecha de género en las pensiones derivada del cuidado de los hijos-, suscita, en su regulación vigente, como hemos visto, bastantes dudas y problemas aplicativos e, incluso, en algunos casos nos lleva a situaciones imposibles o difíciles de entender. Es más, su nueva regulación -como la anterior- sigue dejando fuera a colectivos de mujeres que deberían quedar protegidos, incorpora supuestos que no cuadran con su propia finalidad (pensión de viudedad) y, a la vez, aunque incluye a los hombres, les va a ser muy difícil (o casi imposible), poder acceder al cobro del complemento. A lo que cabe añadir que se dejan bastantes cabos sueltos, por lo que es urgente la aprobación del correspondiente desarrollo reglamentario; sin olvidar, por otra parte, el evidente coste económico -ahora más alto- que va a suponer su aplicación.

A lo que cabe añadir, por si lo anterior fuera poco, las dudas que suscita su acomodación a la Directiva 79/7/CEE y, sobre todo, a la doctrina del TJUE elaborada en los últimos años en relación con figuras semejantes; dudas que, nos tememos, llevarán nuevamente a plantear cuestiones prejudiciales y a una nueva intervención del TJUE, que, si sigue su doctrina anterior, podría acabar calificándolo como de discriminatorio por razón de sexo, lo que provocaría una nueva reconfiguración -o un nuevo renacer (el tercero)- de este complemento o mecanismo de compensación con otra configuración. También cabría pensar en su supresión, aunque, obviamente, el coste político sería difícilmente asumible.

Se trata, en definitiva, de una figura que, aun persiguiendo fines nobles, va a tener un presente muy poco tranquilo; aunque no podemos olvidar que se ha acordado convertir el RDL en un proyecto de ley de tramitación ordinaria, por lo que aún cabe la esperanza.