
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Gutiérrez Rodríguez, Anna; Pérez Pérez, Jorge , dir. La igualdad efectiva entre hombres y mujeres mediante la aplicación de instrumentos correctores de la brecha de genero : análisis jurídico y jurisprudencial del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género del artículo 60 del TRLGSS. 2022. 60 pag. (1285 Grau en Dret i Grau en Relacions Laborals)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/264750>

under the terms of the  license



Universitat Autònoma de Barcelona
Facultat de Dret

**La igualdad efectiva entre hombres y mujeres mediante la
aplicación de instrumentos correctores de la brecha de género:
análisis jurídico y jurisprudencial del complemento de pensiones
contributivas para la reducción de la brecha de género del
artículo 60 del TRLGSS**

Alumna: Anna Gutiérrez Rodríguez (1491577)

Tutor: Jorge Pérez Pérez

Derecho de la Seguridad Social

Curso académico: 2021-2022

ÍNDICE

Introducción	3
1. Igualdad y género	5
1.1 El principio de igualdad en normas internacionales	6
1.2 El principio de igualdad en la Constitución Española	12
1.3 Contexto social e histórico del desarrollo normativo del principio de igualdad en perspectiva de género	14
2. Antecedentes	19
2.1 Alcance y desarrollo del complemento por aportación demográfica	20
2.2 Sentencias de instancia y prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea	22
3. Contenido y alcance del complemento para la reducción de la brecha de género	29
3.1 Alcance material	30
3.2 Aspectos económicos	37
3.3 Aspectos formales y particularidades	38
3.4 Contenido específico: cuál es su impacto sobre las pensiones	41
4. Últimos pronunciamientos: notas de actualidad	42
5. Conclusiones	45
Bibliografía	49
Anexos	57

Introducción

La igualdad es un principio rector y un derecho esencial en las sociedades más democratizadas. En el espacio europeo, se prevé en normas tanto nacionales como internacionales, y su objetivo principal reside en establecer una regulación para dar respuesta a situaciones de disparidad, en las que se hace necesario la creación de una construcción jurídica para enmendar desigualdades o injusticias sociales que se generan con la existencia de aquellos colectivos menos representados.

El Derecho a la Igualdad abarca diferentes ámbitos, centrándose la presente tesis en el relativo al género. Desde este prisma, el Derecho a la Igualdad trata de regularizar situaciones que, *per se*, son diferenciales entre sexos, como pueden ser las condiciones biológicas entre hombres y mujeres, o aquellas que, *de facto*, también acaban constituyendo una desigualdad entre sexos por razón del contexto social e histórico en el que se encuentra una sociedad en concreto, en cuyo caso, los instrumentos utilizados por los poderes legislativos actúan como mecanismos correctores de esas situaciones y como órganos promotores de la igualdad efectiva.

En el presente trabajo, se encuentra un estudio profundo de uno de los mecanismos empleados por el poder legislativo español para reducir el impacto que tiene, por norma general, la brecha de género en las pensiones de las mujeres. Concretamente, se analiza el artículo 60 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que regula el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

Para abordar la cuestión, se parte de un examen concreto de las normas internacionales y nacionales aplicables al estado español más trascendentes en las que se ha previsto el derecho a la igualdad, con tal de aportar una visión de contexto y mostrar que, tal derecho, no es solamente una inquietud plasmada sobre documentos sin efectividad, sino un ideal real y actual del contexto europeo.

Como se verá a lo largo del análisis y, concretamente, a lo largo del Capítulo I, la regulación del artículo mencionado constituye una medida de acción positiva, es decir, una medida en favor del sexo menos representado que, lejos de constituir una arbitrariedad, consiste en un mecanismo para equilibrar situaciones desiguales a través de la norma.

En un inicio, el planteamiento de la medida de acción positiva que se previó en el cuerpo normativo del TRLGSS para reducir la brecha de género suscitó serias dudas acerca de su compatibilidad tanto con el propio ordenamiento jurídico español como con la normativa europea, lo que condujo a un inevitable pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo, éste no discutió que no pudieran tomarse medidas de acción positiva en favor de las mujeres para reducir los impactos de los roles de género implantados en la sociedad, sino que fue la redacción concreta la que condujo a una respuesta desfavorable acerca de la compatibilidad del complemento con la norma. Este aspecto se analiza detenidamente en el Capítulo II, aportando no sólo un examen de la norma controvertida, sino una amplia visión de contexto a través del estudio jurisprudencial.

Asimismo, se aporta el estudio de la nueva regulación del complemento, que, aunque sin quedar libre de críticas, corrige aquellos aspectos que fueron considerados discriminatorios y apuesta por un nuevo planteamiento con el objetivo de generar un impacto positivo sobre aquellas pensiones en las que se refleja la existencia de la brecha de género, sin condicionar su acceso a un único sexo. A través de los pronunciamientos judiciales y de la doctrina, el Capítulo III aborda de forma detallada en qué consiste el nuevo complemento, cuándo aplica y cuál es su impacto sobre las pensiones.

En cuarto lugar, el Capítulo IV aporta las últimas notas de actualidad referidas a uno de los aspectos procesales más controvertidos del reconocimiento del primer complemento a los hombres. Es el apartado dónde más jurisprudencia se analiza, pues la cuestión que se aborda tiene una elevada importancia técnica y, por tanto, requiere de alta rigurosidad jurídica.

Por último, con tal de que la lectura sea lo más ilustrativa y acorde con la situación real que ocupa al presente examen, se presenta al final de la obra un seguido de anexos para contextualizar al lector sobre aquellas afirmaciones que se van haciendo a lo largo del texto y que tienen que ver con los datos aportados. Aunque no estrictamente necesarios, son instrumentos muy útiles para demostrar la realidad social de lo que se afirma a lo largo del texto.

1. Igualdad y género

La igualdad es un concepto que refiere a una concepción abstracta, en tanto que la idea a la que hace referencia es intangible, y la única manera de definirla es a través del significado que convencional, social y políticamente se le pueda llegar a dar. Por ello, su definición variará en función del momento histórico, religión predominante y contexto social, entre otras variables, del territorio en el que se analice el término. Es importante señalar este aspecto porque sirve para destacar que las ciencias sociales no son exactas, lo que implica que sus afirmaciones, en este caso, el vocablo, no responde a unas características rigurosas y concretas susceptibles de cumplirse en cualquier momento y en cualquier lugar¹.

A pesar de lo que se ha determinado anteriormente, se puede hacer una aproximación al sustantivo a través de su etimología. La palabra igualdad proviene del latín *aequalitas*, forma por el adjetivo *aequus*, que se traduce como “igual, justo, equitativo, equilibrado o llano”; el sufijo *-alis*, que se traduce como “relativo a”, y el sufijo *-tat-*, que denota calidad. Aunque no haya una definición universal del concepto debido a los aspectos ya comentados, existe un imaginario colectivo en el que las características más determinantes acerca del término pueden llegar a coincidir de forma más o menos parecida, más allá de los matices y diferencias entre las múltiples y diferentes definiciones. Sin hacer un examen demasiado exhaustivo del concepto y sin pretender aportar una definición propia, probablemente ese imaginario colectivo no se alejaría de nociones tales como “equivalencia”, “equiparación”, “identidad” o incluso “equidad”.

Si nos adentramos en aspectos más concretos como el género, la definición se agudiza todavía más y las diferencias a la hora de delimitar el concepto entre las múltiples sociedades pueden llegar a hacerlas muy dispares. De hecho, la igualdad de género es un término relativamente moderno que no todas las comunidades han adoptado, y muchas

¹ Esta es la principal diferencia entre las ciencias sociales y las ciencias naturales y físicas. Mientras el término igualdad queda condicionado a la sociedad de un momento y lugar concretos, las leyes naturales y físicas se cumplirán en cualquier momento y en cualquier lugar del planeta si se dan los requisitos científicamente determinados para ello. Por ejemplo, según las leyes físicas, en el Planeta Tierra el agua hierve a cien grados centígrados. Esta afirmación se cumplirá en España y en el resto de los territorios del globo terráqueo.

de las que lo han adoptado de forma formal, no lo están aplicando de forma efectiva o lo están aplicando de forma parcial.

Se puede considerar que la primera reivindicación formal de la igualdad de género, entendiéndola como su aparición en un documento de trascendente relevancia, se remonta a 1945, con la firma y entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas (CNU²). La igualdad constituye un principio fundacional de las Naciones Unidas, y responde a una idea social y jurídica que no se manifiesta *per se*. En este documento se reafirman, entre otras cosas, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y se establece que no habrá restricciones en las elecciones de los órganos principales y subsidiarios en relación con la elegibilidad de hombres y mujeres³. La CNU nos permite contextualizar cuándo aterriza de forma enérgica hasta el punto de ser incluida en un documento de calibre internacional el concepto de género, sin embargo, actualmente existen muchas más normas a nivel nacional e internacional que incorporan el término de igualdad con perspectiva de género y que serán desarrolladas seguidamente.

1.1 El principio de igualdad en normas internacionales

Para abordar este punto, se diferenciará entre las normas de derecho internacional y las normas de derecho comunitario europeo. Dentro de este último, a su vez, se hará una distinción entre el derecho originario o primario y el derecho derivado o secundario.

Desde el punto de vista del derecho internacional, el primer documento en el que aparece la igualdad de género es la CNU, cuyo contenido tiene fuerza vinculante para los Estados miembros. La cuestionable fuerza fiscalizadora del Tribunal Internacional de Justicia, no obstante, supone que la capacidad para obligar al cumplimiento de lo dispuesto en la Carta sea objetable.

Asimismo, la CNU la forman tres instrumentos que son la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

² La CNU es el documento constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que entró en vigor el 24 de octubre de 1945 y que fue firmada el 26 de junio de ese mismo año en la ciudad de San Francisco por 51 países. Actualmente, es la mayor organización internacional existente creada con la función de ser garante de la paz y seguridad internacional tras el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial.

³ Carta de las Naciones Unidas. Preámbulo y artículo 8, firmada el 26 de junio de 1945.

(PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDCP).

En la DUDH⁴ se hace referencia al concepto de igualdad en general, destacándose las afirmaciones relativas a la igualdad en dignidad y derechos (artículo 1) y a la igualdad ante la ley (artículo 7). Asimismo, el Preámbulo se reafirma en la igualdad de los derechos de los hombres y las mujeres prevista en la Carta. Por otro lado, el PIDESC⁵ también hace diversas manifestaciones del derecho a la igualdad aplicado a diferentes ámbitos, e incidiendo en garantizar a los hombres y las mujeres la igualdad en el disfrute de los derechos dispuestos en el Pacto (artículo 3), así como en prohibir toda discriminación por razón de sexo, entre otras (artículo 26). Por último, el PIDCP⁶, que también promueve el derecho a la igualdad a lo largo de todo su texto, dispone que los Estados deberán asegurar el disfrute de lo dispuesto en el Pacto de igual forma a hombres y mujeres (artículo 3). Como aspecto a destacar, establece que las mujeres no deberán disponer de condiciones de trabajo inferiores a los hombres, y en especial, que se deberá entregar un salario igual por un trabajo con el mismo valor. Esta previsión tiene un gran valor social, introduciendo un concepto que será posteriormente tenido en cuenta para desarrollar las normas europeas en materia laboral. El concepto de igualdad retributiva entre hombres y mujeres y, concretando todavía más en el detalle de que aquello relevante para que deba haber un mismo salario sea que el trabajo tenga el mismo valor, ya va indicando las líneas que, posteriormente, seguirán los órganos legislativos europeos.

A pesar de lo relevantes que son estos documentos, y la importancia y logro social que supone que recojan derechos de tal calibre de una forma tan progresista y enfocada hacia la igualdad efectiva, ya no solo entre hombres y mujeres, estos Pactos y Declaración no dejan de ser documentos de carácter político. Los mismos no son jurídicamente vinculantes en el sentido de que, aunque los Estados contratantes han suscrito lo en ellos dispuesto, no existe un órgano fiscalizador y punitivo para los casos de incumplimiento.

⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XX), de 16 de diciembre de 1966.

Por otro lado, dentro del derecho internacional, pero con un alcance limitado a los países europeos, se encuentra la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)⁷. Este documento, aprobado por el Consejo de Europa, no forma parte del Derecho de la Unión Europea, pues, aunque el nombre del órgano que lo adoptó pueda inducir a error, el mismo no forma parte de la UE, y, a su vez, ésta no es parte contratante del Convenio. Éste otorga fuerza vinculante a la DUDH y prevé, en su artículo 14, la prohibición de toda discriminación, especialmente aquellas (entre otras) fundadas en razones de sexo. Asimismo, en el Protocolo número 12, se prevé el principio de igualdad, en virtud del cual se dispone que todas las personas son iguales ante la ley. En este caso, su contenido es de carácter obligatorio y exigible a los países parte del Convenio, pues el cumplimiento del mismo es controlado mediante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH).

Por otro lado, dentro del derecho de la UE se encuentra el derecho originario y el derecho derivado. El primero hace referencia a los Tratados constitutivos, a los Tratados de adhesión y a los Tratados de revisión⁸. El segundo, por otro lado, refiere a las normas que se derivan de los actos aprobados por las instituciones europeas, en seguimiento y desarrollo de lo dispuesto en los Tratados⁹. Todas estas normas son vinculantes y, por tanto, obligatorias para los Estados Miembros de la UE, cuyo control jurisdiccional depende del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En lo que refiere a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), se le atribuye el mismo valor que al derecho primario desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Desde el punto de vista formal no debería incluirse, sin embargo, desde un

⁷ Convención Europea de los Derechos Humanos, modificada por los Protocolos núm. 11 y 14, a partir de su entrada en vigor el 1 de junio de 2010. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos. *Council of Europe Portal*.

⁸ Los tratados constitutivos son aquellos que fundamentan la UE, y actualmente son: la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (TUE), C 326/13, de 26 de octubre de 2012, y la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), C 201/1, de 7 de junio de 2016; los tratados de adhesión son aquellos mediante los cuales un Estado se incorpora a la UE. Por ejemplo, el Tratado de Adhesión de España a la UE entró en vigor el 1 de enero de 1986; por último, los tratados de revisión son aquellos que modifican los tratados fundacionales. El que se encuentra vigente actualmente es el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

⁹ En el derecho secundario se integran los reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

punto de vista material, el TUE le reconoce expresamente el mismo valor jurídico que los Tratados en su artículo 6.

Los conceptos de igualdad en general e igualdad de género en particular en el derecho primario han sido tenidos en cuenta, en lo que al derecho primario refiere, en la CDFUE, en el TUE y en el TFUE. Para un correcto desarrollo de los términos, no obstante, se hace necesario relacionarlos con el principio de no discriminación, al que se encuentran intrínsecamente ligados.

Respecto a la CDFUE, la igualdad no sólo se predica de su preámbulo, dónde se manifiesta expresamente como valor fundacional de la UE, sino que se destina el Capítulo III a este principio. En lo que al presente análisis concierne, son relevantes las menciones a la igualdad ante la ley, el principio de no discriminación, en particular, por razón de sexo, y la igualdad entre hombres y mujeres. En referencia a esta última disposición, se concreta que dicha igualdad deberá ser garantizada en todos los ámbitos, y que este principio ampara la adopción de medidas para favorecer al sexo menos representado¹⁰.

El respeto a la igualdad, caracterizado, entre otras cosas, por la ausencia de discriminación, es uno de los valores en los que se fundamenta la UE de acuerdo con el artículo 2 del TUE. Asimismo, se defiende en el mismo que la sociedad europea se caracteriza, entre otras cosas, por la igualdad entre hombres y mujeres. Repite la misma idea su artículo 3, en el que se incluye que se fomentará dicha igualdad entre hombres y mujeres y se luchará contra la discriminación.

En el mismo orden de ideas, el TFUE repite estas previsiones acerca de conseguir una igualdad efectiva entre hombres y mujeres en los artículos 8, 153 y 157. En los mismos, se establece que se promoverá la igualdad entre ambos sexos, se apoyará a los estados miembros con el objetivo de conseguir igualdad de oportunidades en el trabajo entre hombres y mujeres y se fija el derecho a la igualdad de retribución para los trabajos de igual valor (como apuntó, en su día, el PIDCP), sin que pueda prevalecer discriminación por razón de sexo, respectivamente. Estas disposiciones se relacionan directamente con lo previsto en los artículos 10 y 19, que prometen colocar la lucha contra la discriminación

¹⁰ Artículos 20, 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, C 364/1, de 18 de diciembre de 2000.

por razón de sexo como línea política de la Unión y, además, adoptar las medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por razón de sexo.

En referencia al derecho derivado, se relacionan concretamente con materias que tienen en cuenta la perspectiva de género las Directivas 79/7/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en seguridad social, la Directiva 92/85/CEE, sobre la protección de las embarazadas, parto y lactancia, y la Directiva 2006/54/CE, relativa a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo u ocupación¹¹. Asimismo, también se encuentran otras Directivas que analizan otro tipo de discriminaciones pero que no se van a entrar a examinar por alejarse del objeto de estudio. Es ejemplo de ello la Directiva 2000/78/CE, para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹².

La Directiva 79/7/CEE permite medidas a favor de las mujeres con la finalidad de superar las desigualdades de hecho. Por ello, no impide que se puedan conceder ventajas por la educación de los hijos u otorgar prestaciones por haber interrumpido la carrera laboral debido al cuidado de los hijos (artículo 7), pero sí se opone a toda discriminación por razón de sexo en el cálculo de las prestaciones, ya sea de forma directa o indirecta (artículo 4). En este sentido, cabe especificar que una discriminación directa por razón de sexo es aquella mediante la cual una persona es tratada de forma más perjudicial que otra en una situación comparable por el hecho de pertenecer a un sexo determinado. Por otro lado, la discriminación indirecta hace referencia a aquella práctica que regula una situación de una forma aparentemente neutral pero que, *de facto*, acaba, teniendo un efecto discriminatorio y termina, por ende, perjudicando a un colectivo discriminado¹³.

¹¹ 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. DOUE L 6, de 10 de enero de 1979; Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. DOUE L 348, de 28 de noviembre de 1992; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). DOUE L 204, de 26 de julio de 2006.

¹² Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. DOUE L 303, de 2 de diciembre de 2000.

¹³ Artículo 6 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007. BOE-A-2007-6115.

La Directiva, por tanto, prohíbe la aplicación de tratos diferentes para situaciones comparables.

Por otro lado, el objetivo de la Directiva 92/85/CEE consiste en garantizar que la mujer forme parte del mundo laboral con el mínimo de perjuicios por el hecho de ser madre. Por ello, aporta una serie de normas relativas a la protección de la mujer en su condición de madre, tales como la prohibición de discriminación por el hecho de estar embarazada, la protección por riesgos durante el embarazo, el establecimiento de permisos mínimos por maternidad, las garantías de indemnidad de la mujer embarazada, el permiso por lactancia (también previsto para hombres si el mismo se separa del aspecto físico) o la protección respecto del despido por causas de maternidad.

La Directiva 2006/54, en la misma línea, aporta una protección basada en la lucha contra la discriminación de las mujeres en lo que respecta al acceso al trabajo, la igualdad retributiva por trabajo de igual valor (valorando, para que así sea considerado, la naturaleza de la posición, la formación profesional requerida y las condiciones laborales) y la promoción profesional (defendiendo la posibilidad de utilizar medidas de discriminación positiva).

Por último, cabe mencionar que también ha abogado por la igualdad en general y la igualdad de género en particular, en lo que al ámbito laboral refiere, la Organización Internacional del Trabajo. Así pues, esta igualdad de género, a efectos referenciales, pues no suponen parte del presente análisis, además de en su Constitución¹⁴, también se proyecta en el Convenio sobre la igualdad de Remuneración, el Convenio sobre discriminación en el empleo y ocupación, el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares y el Convenio sobre la protección de la maternidad¹⁵. En la misma línea, también la Conferencia Internacional del Trabajo (el máximo órgano decisivo de la OIT) reforzó la idea de la igualdad de género mediante la Resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente y la Resolución relativa a la

¹⁴ Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada el 28 de junio de 1919, última enmienda de 1972.

¹⁵ C100 – Convenio sobre la igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); C111 – Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); C156 – Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156); C183 – Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183). Organización Internacional del Trabajo.

promoción de la igualdad de género, la igualdad de remuneración y la protección de la maternidad¹⁶.

1.2 El principio de igualdad en la Constitución Española

Existen varias manifestaciones del concepto de igualdad a lo largo del texto constitucional, aunque en el presente apartado interesan las ubicadas en los artículos 1.1, 9.2 y 14, por lo que nos ceñiremos al desarrollo de éstos.

Rigiendo todo el cuerpo constitucional, se consagra como valor superior del ordenamiento jurídico español, entre otros, la igualdad. Asimismo, el artículo 9.2 dispone que serán los poderes públicos los que tomarán las medidas necesarias para que ésta sea efectiva y real, y estarán facultados para alejar aquellos obstáculos que dificulten o imposibiliten su ejercicio. Concretamente, es este artículo el que faculta al legislador para adoptar medidas para la consecución efectiva del derecho, incluyendo aquellas de acción positiva, gracias al mandato a favor de los poderes públicos de tomar aquellas decisiones que promuevan y faciliten su consecución.

El artículo 60 TRLGSS, que será analizado en el cuerpo de este trabajo, constituye la corrección de una situación socialmente desfavorable hacia un colectivo discriminado, como se verá, que tiene base constitucional. La base constitucional que habilita la corrección de dicha situación es precisamente el artículo 9.2 CE, que otorga a los poderes públicos la facultad de tomar cuantas medidas sean necesarias para llegar a la consecución de una igualdad efectiva.

En la misma línea, el artículo 14 reconoce la igualdad de los españoles ante la ley, oponiéndose a cualquier tipo de discriminación, entre otras, por razón de sexo. Es relevante prestar atención a la génesis de la norma, pues, si bien es cierto que se ubica dentro del Capítulo segundo, relativo a los derechos y libertades, el legislador optó por colocar tal precepto antes de la Sección 1ª del Capítulo, relativa a los derechos fundamentales y las libertades públicas. La consecuencia jurídica de ello reside en que la

¹⁶ La igualdad de género como eje del trabajo decente. Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, 2009. Informe VI; Resolución relativa a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, a la igualdad de remuneración y a la protección de la maternidad, 92º reunión, 2004.

igualdad es un derecho del ordenamiento jurídico, sin embargo, no tiene la consideración de Derecho Fundamental.

A lo largo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el máximo intérprete de la norma, el derecho a la igualdad se ha ido perfilando como un derecho relativo, que no existe por sí mismo, sino que se establece en base a la relación con terceros.

La generalidad de la ley produce la igualdad, lo que se traduce en que la ley debe ser igual para todos los ciudadanos. Asimismo, se enumeran una serie de circunstancias mediante las cuales no se pueden establecer criterios de diferenciación, entre ellos, el sexo. Sin embargo, sí se aceptan las diferencias de trato. La igualdad no supone la falta de diferenciación, pueden existir diferencias de trato, pero para que éstas existan, deben hacerse con base a un criterio de diferenciación razonable y una justificación suficiente. Lo que se prohíbe, por tanto, no son las diferencias de trato, sino la discriminación.

Ante el mismo supuesto de hecho, se deben aplicar las mismas consecuencias jurídicas, mientras que, a distintos supuestos de hecho, se deben aplicar consecuencias jurídicas diferentes. La clave se encuentra en la relevancia jurídica del elemento diferenciador: se deberá examinar si la diferencia que existe puede justificar un trato distinto o no.

Dentro del análisis constitucional del valor de igualdad, se fija la igualdad en la ley, la igualdad en el tratamiento penal y la igualdad ante la ley. La primera de las circunstancias tiene su explicación en el límite al poder legislativo, referente a la prohibición de incluir discriminaciones en las leyes. Si existen criterios de racionalidad para aplicar consecuencias jurídicas diferentes ante circunstancias con elementos diferenciadores, la diferencia de trato estará justificada.

En lo que refiere a la igualdad en el tratamiento penal, no se entrará por alejarse sobremanera del objeto de análisis, pero sí es útil destacar que el Código Penal prevé diferentes respuestas en ciertos delitos (por ejemplo, lesiones, malos tratos, amenazas, coacciones, etc.) en función del sexo. En este sentido, se establecen medidas de protección a la mujer, consistentes en una agravación de las penas cuando la víctima sea mujer. La constitucionalidad de esta regulación ha sido amparada por el TC al considerarla una medida de igualdad positiva para evitar, de forma temporal, la discriminación por el hecho de ser mujeres.

Finalmente, la igualdad ante la ley responde a la aplicación de ésta. Tanto la Administración Pública como el Poder Judicial tienen el deber de aplicar la ley de forma igual para todos los ciudadanos¹⁷.

La consecuencia de todo esto, por tanto, se resume en que la CE prevé la igualdad ante la ley de todos los españoles y prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de sexo. Sin embargo, se aceptan aquellas diferencias de trato justificadas en elementos diferenciadores que motiven un trato diferente con el objetivo de conseguir, de esta forma, una aplicación efectiva de la igualdad. Una de las medidas amparadas por el TC basada en la diferencia de trato son las medidas de acción positiva, que ayudan a compensar la desigualdad real y sirven para “reequilibrar discriminaciones preexistentes, siempre que el tratamiento desigual esté objetivamente justificado y sea proporcional a la corrección de la desigualdad”¹⁸.

1.3 Contexto social e histórico del desarrollo normativo del principio de igualdad en perspectiva de género

La entrada y mantenimiento en el mercado laboral de hombres y mujeres ha sido históricamente desigual a lo largo de los años. Desde un punto de vista social y político, ha existido la tendencia a perpetuar roles de género consistentes en que fueran los hombres los que dedicaran sus esfuerzos a la economía productiva y las mujeres las que destinaran su tiempo al trabajo reproductivo, cuya consecuencia principal estriba en que el poder adquisitivo se encuentre en manos del género masculino y, por ende, el género femenino se convierta en dependiente de aquél. Aunque esta situación ha sido (y sigue siendo en muchos casos), el modelo perseverante, a lo largo de los años se ha visto incrementada la inclusión de la mujer en el mercado de trabajo. Sin embargo, esa incorporación no ha tenido lugar de forma ecuánime a cómo lo hacen los hombres: debido a la práctica firmemente asentada acerca de la división de los trabajos productivo y reproductivo entre los géneros, las mujeres se han introducido en el mercado de trabajo

¹⁷ Sin olvidar los regímenes de inviolabilidad e inmunidad.

¹⁸ Casas Baamonde, M.E. *Acciones positivas e igualdad de género (La asignación e puntuación por infrarrepresentación de las mujeres en la dotación de cátedras de la Universidad Autónoma de Madrid. STS-CONT núm. 383/2019, de 19 de octubre.* (2019). Revista jurisprudencial laboral – Número 7/2019.

en mayor incidencia que los hombres a través de contratos temporales y/o con jornadas a tiempo parcial (vid. Anexos 1, 2 y 3).

A su vez, el progresivo ingreso de las mujeres en el mercado laboral (tomando como referencia el ámbito europeo) ha supuesto la creación de lo que se conoce como las profesiones feminizadas. Este concepto hace referencia a aquellos trabajos en los que la mayoría de las empleadas son mujeres debido a que históricamente han sido realizados por mujeres. No es casualidad que este tipo de profesiones tengan relación con el cuidado de personas o las labores domésticas. Por ejemplo, profesiones como la enfermería o auxiliar de enfermería, encargarse del cuidado de niños o personas mayores, de limpieza doméstica o incluso de enseñanza, han sido históricamente desarrolladas por mujeres. La consecuencia directa de ello es que estos oficios suelen estar más precarizados y peor pagados que aquellas profesiones masculinizadas. Podemos ejemplificar esta situación comparando dos Convenios Colectivos (CCol.) de diferentes sectores. Por ejemplo, el Convenio Colectivo del sector de la limpieza en Cataluña (CCol. sectorial autonómico) previó una retribución bruta anual para el año 2021 de 15.941,74€ (10.588,2€ de salario base, más 2.194,2€ de plus convenio, más 3.159,34 de las pagas extraordinarias) para el personal limpiador¹⁹. Por otro lado, el Convenio Colectivo del sector de transportes de mercancías de Barcelona (CCol. sectorial) previó una retribución bruta anual para el año 2021 de 20.742,95€ para la categoría de mozo, y de 20.802,80€ para la de portero y vigilante²⁰. No hace falta detenerse demasiado para percatarse de que la primera profesión ha sido desarrollada a lo largo de los años principalmente por mujeres, y la segunda refiere a un oficio mayormente desenvuelto por hombres. Ambos son empleos que no requieren de una formación extensa, para la realización del uno y el otro se requiere esfuerzo físico, no es indispensable cierto grado de experiencia y, en definitiva, no se demanda para ninguno de ellos formalidades complementarias pero esenciales como, por ejemplo, disponer de carnet de conducir. La diferencia principal (más allá de las tareas propias que dispense cada trabajo *per se*) es que una está más desarrollada por mujeres y la otra está más desarrollada por hombres, encontrándose entre ambas una diferencia de salario de

¹⁹ Resolución TSF/1989/2018, de 26 de julio, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio Colectivo de trabajo del sector de la limpieza de edificios y locales de Cataluña para los años 2017 a 2021. Barcelona, 26 de julio de 2018.

²⁰ Resolución de 13 de marzo de 2020, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio Colectivo de trabajo del sector de transporte de mercancías por carretera y logística de la provincia de Barcelona para los años 2011-2023.

casi cinco mil euros anuales, lo que visibiliza la polémica valoración del concepto de la brecha de género²¹.

Además de la tardía incorporación de las mujeres en el mercado de trabajo y, una vez iniciada ésta, la creación social de las profesiones feminizadas, se encuentran otros ejemplos que muestran la desigualdad a la que hacen frente las mujeres en el trabajo productivo. Como se ha adelantado anteriormente, en mucho mayor número que los hombres, las mujeres son contratadas de forma temporal o a jornada parcial. Ambas figuras responden a la perpetuación indirecta de los mismos roles de género: por un lado, finalmente devenir una mujer trabajadora (por aportar su trabajo al mercado laboral), pero por otro, seguir respondiendo de sus históricas labores en el hogar. La jornada parcial le permite compaginar el trabajo productivo con el reproductivo, con la negativa incidencia que ello tiene en su retribución, en primer lugar, pero también en su vida laboral, pues finalmente habrá cotizado mucho menos que una persona que haya trabajado a jornada completa. Por otro lado, la temporalidad ha permitido a los empresarios contratar mujeres para aquellos momentos concretos en que se requería de más mano de obra, evitando así la adquisición de derechos en la empresa (por ejemplo, el devengo de antigüedad, con todos los beneficios que ello conlleva) y rehuendo la contratación indefinida (provocando mayor inestabilidad en los ingresos de la persona contratada y abaratando, también, el coste del despido²²).

A mayor abundamiento, en cualquier modalidad de contratación (temporal o indefinida, a tiempo completo o parcial, en trabajos profesionalizados o sin formación específica), es frecuente encontrar que las interrupciones en el trabajo suelen provenir de las mujeres y coinciden con etapas como la maternidad o con situaciones como el cuidado de personas en el entorno familiar (Vid. Anexo 4). No hay que obviar, no obstante, que este aspecto también ha venido, en cierta manera, impuesto tanto desde una perspectiva social como política: social, debido a la normalización general de los roles de género, en virtud de los

²¹ Que el sexo puede ser un condicionante en el desarrollo profesional es una circunstancia innegable. La polémica se centra, no obstante, en la valoración del concepto. Ello se debe al posicionamiento ideológico que hay alrededor de ella. Reconocer la brecha de género implica reconocer desigualdades en la sociedad por razón del sexo, circunstancia que se identifica con ciertos posicionamientos políticos y que provoca, por tanto, mucha controversia alrededor de la misma.

²² Muchos de estos aspectos relativos a la temporalidad de los contratos se disminuirán con la aplicación de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021. BOE-A-2021-21788

cuales cada sexo ha tenido históricamente asignadas unas funciones; y política a través de las leyes que han inmortalizado esos roles. Sin ir más lejos, hasta el año pasado existía una diferencia entre la duración de las bajas por maternidad entre hombres y mujeres, haciendo perdurar los roles reproductivos asignados a éstas últimas. Sin embargo, a medida que las inquietudes sociales avanzan, también lo hacen, consecuentemente, las leyes que rigen estas sociedades. Desde el 1 de enero del año 2021 se encuentra en vigor el permiso de maternidad de 16 semanas (inicialmente previsto únicamente para las madres) también para el otro progenitor²³.

Asimismo, y a pesar de las latentes desigualdades actualmente existentes (no se han desarrollado todas, por ejemplo, no se ha hecho mención a las desigualdades salariales por un mismo trabajo en función de si son desarrolladas por hombres o por mujeres, que también se da), todo lo expuesto no implica una generalidad absoluta: existen mujeres que trabajan en profesiones masculinizadas y hombres que trabajan en profesiones feminizadas; a su vez, hay mujeres que trabajan a tiempo completo y hombres que trabajan a jornada parcial; y también se pueden encontrar mujeres contratadas de forma indefinida y hombres contratados de forma temporal. Sin embargo, esto no dejan de ser situaciones menos frecuentes (y todavía menos usuales cuando más se retrotrae en el tiempo el análisis).

Otro aspecto sorprendente son aquellas profesiones en las que, trabajando más mujeres que hombres, sean éstos últimos los que ocupen todos o la mayoría de los cargos directivos o de control. Por ejemplo, en la carrera judicial, en datos oficiales de 2019, había 2.923 juezas frente a 2.496 jueces en España²⁴. Sin embargo, sólo son dos las mujeres que presiden alguno de los 17 tribunales superiores de justicia²⁵. De los 81 miembros que conforman el Tribunal Supremo (el presidente, el vicepresidente, los cinco

²³ Artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y Disposición transitoria decimotercera, aprobada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

²⁴ Comunicación del Poder Judicial, 5 de abril de 2019. *Las mujeres ya son mayoría en la Carrera Judicial en quince de las diecisiete Comunidades Autónomas*. Poder Judicial España. URL: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Las-mujeres-ya-son-mayoria-en-la-Carrera-Judicial-en-quince-de-las-diecisiete-Comunidades-Autonomas>

²⁵ María Pilar de Oliva Marrades en la Comunidad Valenciana y María Félix Tena en Extremadura.

presidentes de sala y setenta y cuatro magistrados), actualmente sólo diez son mujeres²⁶. Además, de entre todos los magistrados que lo conforman, sólo ha habido una mujer que haya presidido alguna Sala²⁷.

Este fenómeno, conocido como techo de cristal, no deja de ser otro ejemplo más de las diferencias de género que siguen patentes en la sociedad y en el mercado laboral, cuya incidencia, por ende, alcanza al sistema de pensiones en lo que refiere a las cotizaciones de las mujeres, que son estadísticamente inferiores a las de los hombres ya sea por haber estado menos tiempo cotizando, por haber cotizado en cantidades inferiores o, en el peor de los casos, por los dos motivos.

A raíz de estas desigualdades estructurales que impactan de manera negativa sobre la población femenina y con el objetivo de alcanzar una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, se han introducido a nivel legislativo mecanismos de corrección que promueven una equiparación ante situaciones de partida desiguales y que palían los efectos adversos de esas situaciones desiguales.

Uno de los mecanismos a través del cual se intentó favorecer la consecución de la efectiva igualdad de género fue el complemento por aportación demográfica, que se analiza en el siguiente punto, aunque, como se verá, su involuntario planteamiento discriminatorio implicó su incompatibilidad con el ordenamiento jurídico, lo que conllevó la necesidad de su reformulación.

²⁶ Portal de Transparencia Tribunal Supremo. *¿Cuántas personas trabajan en el Tribunal Supremo y cuál es el porcentaje de mujeres?* Poder Judicial España. URL: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Portal-de-Transparencia/Preguntas-frecuentes/-Cuantas-personas-trabajan-en-el-Tribunal-Supremo-y-cual-es-el-porcentaje-de-mujeres-#:~:text=El%20Tribunal%20Supremo%20est%C3%A1%20compuesto,12%2C34%25%20del%20total.>

²⁷ El CGPD nombró a María Luísa Segoviano presidenta de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 30 de septiembre de 2020.

2. Antecedentes:

El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que se desarrolla en el artículo 60 del TRLGSS tiene por objeto aminorar el impacto de las desigualdades sociales que se reflejan en las pensiones contributivas de incapacidad permanente, viudedad y jubilación. Sus beneficiarias son principalmente mujeres, cuya pensión se mejora a través de un incremento de la misma en función de los hijos que se hubieren tenido con anterioridad a la generación de la pensión. Se trata de una medida de acción positiva con base constitucional, como se ha desarrollado en el capítulo 1.2, aunque no es la primera medida de acción positiva que el legislador español ha llevado a cabo en este ámbito.

Previo a ello, con la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del estado para el año 2016, se modificó, mediante la disposición final segunda, el Texto Refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, mediante la cual se disponía añadir un nuevo artículo (el 50 *bis*), cuya rúbrica era el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad social. Esta fue la primera medida de acción positiva tomada por el legislador en favor de aquellas mujeres que tuvieran más de un hijo y fueran beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente o viudedad

Este texto no permaneció en el ordenamiento jurídico demasiado tiempo, pues el 2 de enero de 2016 entró en vigor el Texto Refundido de Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. En el artículo 60 del TRLGSS se refundió el antiguo artículo 50 *bis* arriba referenciado. De este modo, a través de este artículo 60 quedó regulado el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, una nueva regulación de acción positiva en favor de las mujeres con hijos que afectaba a las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente.

Ese complemento, también llamado complemento por aportación demográfica, fue objeto de ciertas críticas por parte de la doctrina en relación con su planteamiento, pues el hecho de que su aplicación solo se previera para las mujeres implicaba suponer que los hombres no contribuían a la aportación demográfica. De hecho, se advirtió que su redactado era impreciso y confuso, y se vaticinó (acertadamente) un probable pronunciamiento judicial

al respecto²⁸. Suscitó, asimismo, variadas dudas acerca de su constitucionalidad en los órganos jurisdiccionales encargados de aplicarlo.

Debido a su controvertido abordaje, y como se verá al final de este capítulo, no pasó desapercibido para aquellos hombres con hijos que se sintieron discriminados por razón de sexo y decidieron instar medidas para solicitar que también a ellos les fuera reconocido un complemento que premiaba la aportación demográfica en tanto que ellos, biológica y socialmente hablando, también habían contribuido a la misma.

2.1 Alcance y desarrollo del complemento por aportación demográfica

El complemento por maternidad dispuesto en el anterior artículo 60 del TRLGSS preveía un incremento sobre las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente del 5, 10 o 15 por ciento en virtud de cuántos hijos se hubieren tenido (dos, tres, cuatro o más, respectivamente), a las mujeres que fueran beneficiarias de las mismas en cualquier régimen de la Seguridad Social. Los requisitos generales, por tanto, para la aplicación de este complemento eran los siguientes: en primer lugar, ser mujer; en segundo lugar, ser beneficiaria de una pensión de jubilación, viudedad o incapacidad permanente y, en tercer lugar, haber tenido dos o más hijos con anterioridad al hecho causante de la pensión en cuestión, independientemente de si esos hijos eran biológicos o adoptados: lo relevante es que hubieran nacido o sido adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión. Estos requisitos, asimismo, son acumulativos, lo que quiere decir que, para que el complemento operase, tenían que cumplirse todos.

Además de estos requerimientos generales, el artículo preveía otros aspectos del complemento que se mencionarán brevemente por no afectar *stricto sensu* al fondo de este trabajo. Tales particularidades son las que siguen: (i) el complemento se reduciría al 50 por ciento de la cantidad a percibir en caso de que la mujer beneficiaria percibiese la pensión máxima; (ii) en caso de llegar a percibirse la pensión máxima debido a la aplicación parcial del complemento, entonces se tendría derecho a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que excediese del límite máximo previsto; (iii) en

²⁸ Ballester Pastos, M.A. *El complemento de pensiones por maternidad: contradicciones, inadecuaciones y paradojas de la pretendida compensación a la contribución demográfica*. Estudios sobre Seguridad Social, Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet, Barcelona. Atelier. (2017)

caso de no llegar la pensión a la cantidad mínima prevista por la ley, se añadiría el valor del complemento calculado en función de la pensión que correspondería, sin perjuicio de que se reconociera también el importe necesario hasta llegar a la pensión mínima expresamente prevista en la ley²⁹; (iv) el complemento no aplicaría en supuestos de jubilación voluntaria anticipada ni parcial; (v) en caso de confluir más de una pensión, el complemento solo se reconocería sobre una de ellas, que sería o bien la más beneficiosa o bien la de jubilación en caso de concurrir ésta con la de viudedad³⁰; (vi) por último, al estar el complemento sujeto a una pensión y caracterizarse el mismo precisamente por suplementarla, estaría sujeto al mismo régimen jurídico que la misma.

Las dudas acerca de la legalidad y fundamento de este complemento, sin embargo, se centraron en uno de los requisitos generales imprescindibles para dar cabida al mismo: ser mujer. Algunos hombres con hijos consideraron que ellos también eran contribuidores, siguiendo la literalidad del precepto, de la aportación demográfica a la Seguridad Social, razón por la cual se acabaron sustanciando procesos cuyo motivo principal fue la solicitud, por parte de estas personas, del complemento y también el planteamiento de si la previsión legal que lo sustentaba podía incurrir en una discriminación por razón de sexo.

2.2 Sentencias de instancia y prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

²⁹ Esta situación hace referencia a lo que popularmente se conoce como complemento a mínimos. Ello se da cuando una persona recibe una pensión contributiva que no llega al mínimo legal. En tal caso, puede pedir el complemento a mínimos para llegar al importe mínimo que debe tener una pensión contributiva. Es importante destacar que este complemento no tiene naturaleza contributiva, lo que significa que, si resulta que esta persona tiene, por ejemplo, derecho a un complemento por maternidad, ese complemento se añadirá a su pensión inicial, y posteriormente se le agregará el complemento a mínimos, que nunca puede superar lo marcado cada año por la Ley del Presupuesto General del Estado. Es más, al tener naturaleza no contributiva, incluso aunque las rentas de esa persona suban, no perderá la cuantía por el complemento de maternidad. Esto supone la garantía de que seguirá teniendo derecho a la pensión contributiva, al complemento contributivo por maternidad y al complemento no contributivo a mínimos. Para este año, se ha establecido la regulación sobre la actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de las Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022, mediante el Real Decreto 65/2022, de 25 de enero.

³⁰ En este caso aplican también las normas previstas en los apartados (i) y (ii) relativos a cuando se supera el límite máximo legalmente establecido para las pensiones.

Teniendo en cuenta que el complemento por aportación demográfica estuvo en vigor desde el 2 de enero 2016 hasta el 3 de febrero de 2021 *inclusive*, no fueron pocas las oportunidades que tuvieron los jueces y magistrados españoles de manifestarse acerca de su otorgación a hombres y también acerca de su posible inconstitucionalidad. También tuvo la oportunidad de posicionarse al respecto el TJUE, que cambió el rumbo del complemento al considerarlo contrario a la normativa europea debido a incluirse en el mismo una discriminación directa por razón de sexo. Antes de llegar a las altas esferas jurisdiccionales, no obstante, es conveniente analizar primero las sentencias de instancia.

Se encuentra un ejemplo de justificación de denegación del complemento de maternidad a hombres con hijos en la Sentencia 42/2017 del Juzgado de lo Social número 2 de Murcia, que fue recurrida en suplicación, en cuyo tenor la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sentencia 2164/2018) confirmó la sentencia de instancia. En dicha sentencia, el Tribunal concluyó que no existía un trato desigual respecto de los hombres ni la norma controvertida era contraria al derecho comunitario, puesto que dicho complemento constituía una “recompensa” a las mujeres por su aportación demográfica, y también por haber compatibilizado su vida profesional con su vida personal, en parte dedicada al cuidado de los hijos, partiendo de la premisa de que históricamente han sido las mujeres quienes, en detrimento de su carrera profesional, han visto reducida su vida laboral y, consecuentemente, sus pensiones, por haberse dedicado a la maternidad. El mencionado tribunal se justifica precisamente en el artículo 4.2 la Directiva 79/7/CEE para razonar que el antiguo artículo 60 TRLGSS es una medida de protección especial en favor de las mujeres amparada por la normativa europea. Es significativo destacar este punto porque será esta misma Directiva la que posteriormente servirá al TJUE para justificar la contrariedad del complemento con el Derecho Comunitario.

Por otro lado, otros Juzgados tuvieron dudas acerca de la constitucionalidad de la norma, y, antes de resolver sobre el fondo del asunto, decidieron emprender acciones para dilucidar su concordancia con el ordenamiento jurídico español. Son ejemplo de ello tanto la cuestión de inconstitucionalidad 1245-2018, como la cuestión 3623-2018, ambas planteadas por el Juzgado de lo Social número 6 de Murcia e inadmitidas, de nuevo, ambas, mediante el Auto del Tribunal Constitucional 61/2018, de 5 de junio y el Auto 106/2018, de 2 de octubre, respectivamente.

En ambas cuestiones de inconstitucionalidad, el Juzgado arriba referenciado se limitó a expresar su duda acerca de si el artículo 60 TRLGSS estaría vulnerando el artículo 14 CE por ser aplicable el complemento exclusivamente a mujeres, pero sin entrar a analizar el fundamento de sus dudas ni el recorrido intelectual mediante el cual llega a la conclusión de si el artículo controvertido estaría siendo contrario al ordenamiento jurídico. A pesar de que parece ser que en ambos Autos el Tribunal Constitucional se inclina por apreciar una concordancia entre el artículo 60 TRLGSS y el resto del ordenamiento, abogando a favor de la discriminación positiva cuando se trata de beneficiar a colectivos discriminados, finalmente inadmite ambas cuestiones por dos motivos: fundamentación insuficiente en la duda de inconstitucionalidad, debido a que el Juzgado de instancia no argumenta en ningún momento por qué podría ser el artículo controvertido ser susceptible de inconstitucionalidad, y por ser infundada, debido a que la duda manifestada recae únicamente en que las beneficiarias del complemento sean mujeres, sin entrar a valorar otros elementos relevantes que justifican un trato diferente en situaciones no equiparables.

Aunque la respuesta del TC sobre inadmitir las cuestiones es correcta y adecuada a derecho, según una interpretación estricta y ajustada de las normas procesales, a lo largo de ambos Autos el Tribunal se ladea hacia una eventual respuesta favorable en lo que respecta a la compatibilidad del complemento con el ordenamiento jurídico español si las cuestiones de inconstitucionalidad hubieren sido bien planteadas. Entre sus razonamientos, destaca el objetivo de la norma de restaurar situaciones de partida desiguales entre hombres y mujeres en el mercado laboral, en las cuales éstas últimas han sufrido unas desigualdades más severas que han repercutido negativamente sobre sus carreras profesionales, debido al rol tradicional de la mujer en el cuidado de los hijos y sus consecuentes repercusiones sobre la cuantía de sus pensiones, lo que, ya comentado anteriormente, se conoce como brecha de género³¹.

El TC justifica una medida en favor de las mujeres mediante la figura de la discriminación positiva, destinada a igualar situaciones que, debido a las diferencias sociales entre sexos, han posicionado a la mujer en una situación desventajosa respecto del hombre a lo largo

³¹ La revista de la Seguridad Social de 6 de marzo de 2020, en su artículo “*La mujer en la Seguridad Social. Breve radiografía de situación*”, ejemplifica que la pensión media de las mujeres es sustancialmente inferior a la de los hombres. Mientras que la media de las primeras se sitúa en 803 euros al mes, la de los hombres alcanza una suma de 1.225 euros al mes. En las pensiones de jubilación, las cifras de las primeras no llegan a los 880 euros, mientras que las de los segundos superan los 1.330 euros.

de la historia. Se trata, pues, de una creación jurídica restaurativa inspirada en la justicia social y en el derecho a la igualdad. Sin embargo, como ya se comentaba, todos esos argumentos y razonamientos quedan en un limbo en tanto que las cuestiones son finalmente inadmitidas y, por consiguiente, lo dispuesto por el Alto Tribunal no es una resolución acerca de la constitucionalidad de la norma, sino una mera presunción de la misma.

No tardó la polémica norma en llegar a la jurisdicción europea. El Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, por medio del Auto ATSJ ICAN 6/2018 acordó plantear una cuestión de prejudicialidad ante el TJUE (314-2020) en febrero de 2020 ante la duda de si la bonificación a recibir por las mujeres podía constituir una discriminación por razón de sexo contraria a lo dispuesta en normas europeas, cuando, además, la norma excluía a los padres, aun cuando éstos pudieran demostrar haberse encontrado en la misma situación que las mujeres y cuando la medida no iba destinada a proteger la maternidad (como amparan las normas europeas), sino la crianza de los hijos.

En este caso, el Tribunal español sí desarrolló un pormenorizado análisis acerca de la congruencia entre el artículo 60 de la TRLGSS y la normativa europea, en concreto, con las Directivas 79/7/CEE y 76/207/CEE. Después de citadas numerosas normas españolas y comunitarias, no quedan dudas sobre que ambos ordenamientos defienden la igualdad de trato entre hombres y mujeres y rechazan cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, ya sea de forma directa o indirecta. No obstante, se prevé que existan normas protectoras de la maternidad destinadas a mujeres (son ejemplo de ello el artículo 4.2 Directiva 79/7/CEE y el artículo 2.3 Directiva 76/207/CEE). Asimismo, con el fin de conseguir una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, tanto el derecho europeo como el español prevén que se puedan tomar medidas en favor de las mujeres para reparar situaciones de desigualdad respecto de los hombres.

La duda nuclear del Tribunal, al trascender complemento de la maternidad biológica y afectar también a madres con hijos adoptados, es que no se está protegiendo en sí una situación de maternidad, en cuyo caso el esfuerzo fisiológico y biológico de la mujer es mucho más superior que el del hombre, tanto por la duración del embarazo como por el parto y lo que prosigue al mismo. Al ligarse el complemento tanto a la aportación demográfica como el cuidado de los hijos (situaciones ambas que van más allá de la

propia maternidad), realmente lo que se está pretendiendo reparar es una situación de reducción de la actividad laboral que se refleja en una inferior cotización a la Seguridad Social. La norma, por tanto, presupone que son las mujeres las que se encargan del cuidado de los hijos y, en consecuencia, deben ser ellas quienes reciban el complemento, excluyendo a los hombres de la percepción del mismo, por presumir que no se encargan del cuidado y, por tanto, no contribuyen a la aportación demográfica.

La duda radica precisamente en este punto: si lo que se está protegiendo no es la maternidad como sobreesfuerzo que tiene que realizar una mujer sobre su cuerpo para traer nuevos contribuyentes a la Seguridad Social, y lo que se pretende es proteger a aquella persona que se ve obligada a abandonar su empleo para dedicarse a la crianza y cuidado de los hijos, en detrimento de su carrera profesional y de sus cotizaciones, que se verán reflejadas en sus futuras pensiones, ¿es conforme a derecho presumir *iuris et de iure* que son las mujeres quienes van a renunciar a sus carreras, aun sin que tengan que probarlo, excluyendo a los hombres del complemento, aun cuando puedan probar que se han encontrado en una situación idéntica a la prevista para las mujeres?

Ya existía, en ese momento, jurisprudencia comunitaria que respaldaba las normas de protección a la maternidad y al parto, pero no se amparaban las normas proteccionistas de las madres en el cuidado de los hijos, pues tal situación puede ser potencialmente comparable entre hombres y mujeres, siendo discriminatorio presuponer que únicamente pueden ser las madres las que se encargan de la crianza y cuidado de los hijos.

A pesar de lo ajustados y concisos que fueron los fundamentos que sustanciaron la cuestión, ésta nunca fue resuelta por el TJUE, pues con anterioridad a la presentación de la misma había sido sustanciada otra cuestión, por el Juzgado de lo Social número 3 de Girona, que fue resuelta previamente y que sirvió, asimismo, al TSJ de Las Palmas, para esclarecer su duda.

Mediante Auto AJSO 7/2018 de 21 junio de 2018, el Juzgado de lo Social número 3 de Girona planteó una cuestión de prejudicialidad ante el TJUE en virtud de la cual cuestionaba si una norma que reconocía el derecho a las mujeres con hijos de recibir un complemento en la pensión contravenía el principio de igualdad de trato si tal derecho no era susceptible de ser reconocido a hombres en idénticas circunstancias.

El Auto recuerda que las normas europeas permiten adoptar medidas para favorecer al sexo menos representado en las actividades profesionales o para compensar desventajas en las mismas con el objetivo de conseguir una igualdad plena, sin embargo, también recalca que dicha normativa no acepta la previsión de normas aplicables solo a trabajadores de un sexo determinado. A través de un análisis no demasiado extenso pero conciso, insinúa si la redacción del precepto podía ser constitutiva de una discriminación, en no permitir el reconocimiento del derecho a hombres que se hallaran en la misma situación. De hecho, se apunta que, desde el punto de vista biológico, los hombres nunca se encontrarían en una situación equivalente a las mujeres, esbozando vagamente (aunque no manifestándolo expresamente), que en tal caso la medida no podría calificarse de discriminatoria por paliar un hecho diferencial innegable. Sin embargo, acertadamente señala que tanto la aportación demográfica como el cuidado y atención para con los hijos es predicable tanto de los padres como de las madres y, en consecuencia, ambos sexos pueden haberse visto perjudicados en sus carreras profesionales debido a la crianza de los hijos.

Trasladado el debate nacional a un plano internacional, el TJUE se manifestó acerca de la compatibilidad del complemento con la normativa europea mediante la Sentencia C-450/18, de 12 de diciembre de 2019. Aunque el Juzgado de Girona se limitó a preguntar si el complemento para la aportación demográfica podía ser contrario al artículo 157 del TFUE i a la Directiva 2006/54/CE, el TJUE adelantó que ello no era impedimento para que el Tribunal aportara todos los instrumentos necesarios para interpretar la compatibilidad del complemento conforme a Derecho, lo que no deja de ser un reflejo el principio *iura novit curia*.

Más allá de los aspectos formales que analiza la Sentencia, el objeto del presente estudio se centra en el plano material, es decir, en los aspectos de fondo, a los que vamos a enfocarnos directamente para no desviarnos del examen. En este sentido, el TJUE recuerda que el ordenamiento permite aplicar normas diferentes o las mismas normas a situaciones diferentes si el hecho que las genera no es comparable, es decir, ante supuestos de hecho que no son equivalentes. De lo contrario, si las situaciones fueran equiparables (análogas, en términos del TJUE) y se emplearan normas diferentes, se estaría incurriendo en una discriminación.

Según conviene la Sentencia, la aportación demográfica es una situación comparable entre hombres y mujeres: ambos pueden ser progenitores y ambos pueden dedicarse al cuidado de los hijos. Que tradicionalmente hayan sido las mujeres las que se han encargado de la crianza y, consecuentemente, hayan visto sus carreras profesionales perjudicadas, no puede implicar que la situación no sea comparable respecto de los hombres.

En otro orden de ideas, el TJUE invoca la excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo prevista en el artículo 4.2 de la Directiva 79/7/CEE, pero la rechaza al justificar que el complemento objeto de controversia en ningún momento vincula su concesión a la maternidad, debido a que el mismo presupone que la mujer madre de por lo menos dos hijos habrá visto deteriorada su carrera profesional al dar por hecho que se habrá encargado del cuidado y atención de los hijos, pero sin tener que probar que hubiera dejado de trabajar por ese motivo. De hecho, el otorgamiento del complemento no quedaba supeditado a acreditar algún periodo de interrupción de la actividad laboral para el cuidado de los hijos, sino que presumía *iuris et de iure* que las madres (no los padres) habrían visto perjudicada su carrera laboral por ese motivo y, consiguientemente, el complemento aplicaba como mecanismo corrector a esa situación desfavorable para un sexo determinado.

En sustanciarse el artículo en que la aportación demográfica provenía exclusivamente de las mujeres por presumir que se encargaban ellas del cuidado de los hijos y suponer, asimismo, que únicamente sus carreras profesionales se podrían haber visto perjudicadas por ese motivo, sin permitir que hombres en la misma situación pudieran acceder al complemento, el TJUE, después de repasada toda la normativa aplicable al caso, concluyó que la norma controvertida incurría en una discriminación directa por razón de sexo.

En aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, al haber sido considerada la norma que albergaba el complemento contraria al ordenamiento jurídico comunitario, debía inaplicarse lo dispuesto en la misma.

Como apuntó Gala Durán, el artículo 60 requería de una necesaria modificación para ser compatible con el ordenamiento jurídico europeo, y en esta línea, apuntó que esa adaptación pasaba por, o bien reconocer el complemento también a los hombres; reconocerlo solo a uno de los progenitores, y que éste fuera el que accediera primeramente

a la pensión; o que tanto hombres como mujeres pudieran acceder si superaban una serie de requisitos más rigurosos que los habidos hasta la fecha³². Desde mi punto de vista, las dos primeras opciones pierden la razón de ser del objetivo que subyace al complemento, que es aminorar el impacto de la brecha de género en las pensiones. Si se reconociera también a hombres (en los mismos términos que había con la redacción anterior) o si se reconociera a aquél que accediera primero a la pensión, no se estaría generando un impacto positivo sobre las mujeres que sí se hubieran visto desfavorecidas en su carrera profesional debido a la brecha de género. La última opción, que ella considera la más difícil de explicar a nivel político, sin embargo, es, de alguna manera, por la que se ha optado. Si bien es cierto que hombres y mujeres no pueden generar cada uno un complemento, sí se han establecido una serie de requisitos de acceso para que los hombres puedan acceder en lugar de las mujeres. La nueva regulación, que se detallará en el siguiente capítulo, tampoco produce un impacto absoluto en la reducción de la brecha de género, sin embargo, al estar condicionado el acceso al complemento al cumplimiento de unos requisitos, ya implica que la llegada al mismo por parte de los hombres no sea la norma general, sino un mecanismo legal para esquivar una inclusión en la norma de una discriminación por razón de sexo.

Mientras el esfuerzo legislativo se llevaba a cabo, no obstante, el complemento por maternidad seguía en vigor en el ordenamiento jurídico español en los mismos términos, ya que el TJUE no tiene competencia para anular o derogar normas nacionales, por lo que el criterio de gestión adoptado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de la Seguridad Social fue el de seguir reconociéndolo únicamente a las mujeres que cumplieran con los requisitos, sin perjuicio de ejecutar aquellas sentencias judiciales mediante las cuales se hubiera reconocido también a hombres³³. El criterio adoptado por la entidad gestora es correcto, pues ésta debe obrar de acuerdo con la ley, y en ese momento, el precepto legal disponía lo recogido en el criterio de gestión citado. No habría sido conforme a Derecho aplicar otro criterio que no fuera ese, pues reconocer el

³² Gala Durán, C. *Pensiones. El incierto futuro del “complemento por maternidad” tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA). Complemento por maternidad.* (2020). Aranzadi S.A.U. BIB 2020\10203.

³³ Criterio de gestión núm. 1/2020, de 31 de enero de 2020. Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, Instituto Nacional de la Seguridad Social.

complemento a toda persona que no fuera la reconocida en el precepto dependía de los órganos judiciales y no de los administrativos.

En este sentido, a partir de la Sentencia de prejudicialidad, los tribunales españoles empezaron a reconocer a los hombres que cumplieran los requisitos el complemento por aportación demográfica en los mismos términos que a las mujeres. A pesar de que existen inmensidad de ejemplos, este cambio de proceder, en consonancia por lo dictaminado por el TJUE, puede apreciarse en la Sentencia núm. 239/2020, de 18 de noviembre, del Juzgado de lo Social número 2 de Pamplona; la Sentencia núm. 157/2020, de 23 de noviembre, del Juzgado de lo Social número 1 de Teruel o la Sentencia núm. 44/2020, de 20 de enero, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias.

3. Contenido y alcance del complemento para la reducción de la brecha de género

El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género (en adelante, el complemento) que se encuentra regulado en el artículo 60 del TRLGSS, es un mecanismo mediante el cual se pretende corregir la incidencia de la brecha de género en las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente o viudedad.

Tras reformularse su redacción por haber sido declarado el complemento que lo precede incompatible con la normativa europea y, en consecuencia, también con la normativa nacional, según ha sido expuesto en el capítulo anterior al que me remito para evitar reiteraciones innecesarias, este complemento entró en vigor el 4 de febrero de 2021³⁴.

Con el objetivo de exponer la regulación del complemento de una forma ordenada y práctica, se dividirá su explicación en el contenido de aspecto material, el contenido de aspecto económico y el contenido de aspecto formal y las particularidades. Dentro del alcance material se incluyen las personas beneficiarias, el régimen de incompatibilidades para la percepción, los supuestos de privación del reconocimiento del derecho, el tipo de pensiones a las que afecta y sus excepciones, la previsión para aquellos expedientes

³⁴ Mediante el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. BOE, núm. 29, de 3 de febrero de 2021. BOE-A-2021-1529.

internacionales y, por último, la duración y la extinción del complemento. En lo que refiere a los aspectos económicos, se comprende la cuantía del complemento y a la forma de pago, la regulación prevista para las pensiones máximas y la reglamentación relativa al complemento a mínimos. Por otro lado, en los aspectos formales y particularidades, se encuadran la naturaleza jurídica del complemento, su financiación y una breve explicación de la modificación de la Ley de las Clases Pasivas. Por último, se concluye con una escueta alusión a aquellos aspectos que no alcanza el complemento.

3.1 Alcance material

La regulación actual del mismo prevé que las **personas beneficiarias** puedan ser tanto hombres como mujeres (rasgo diferencial respecto del complemento anterior, al que sustituye) que hayan tenido uno o más hijos o hijas, ya sea de forma biológica o a través de la adopción. Del mismo modo que en la redacción anterior, se requiere que tales hijos hayan nacido o sido adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión. Como novedad en esta nueva regulación, el legislador ha concretado que, en los casos de hijos biológicos, éstos hubieren nacido con vida (sin ser requisito que sigan vivos en el momento en que se cause la pensión). Sin embargo, a diferencia de la regulación anterior, el complemento aplica a partir del primer hijo y no del segundo, como requería el complemento por aportación demográfica.

Aunque la nueva redacción permite el acceso del mismo tanto a hombres como a mujeres, la perspectiva de género se hace patente en el planteamiento de los requisitos para poder ser beneficiario: a las mujeres se les reconoce el derecho al complemento sin más exigencias que las *conditio sine qua non* de haber tenido uno o más hijos o hijas y ser beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o viudedad. Los hombres, por otro lado, además de cumplir con la condición de haber tenido uno o más hijos, deberán poder demostrar, o bien que han generado el derecho a una pensión de viudedad por el fallecimiento del otro progenitor y siempre y cuando alguno de los hijos en común tenga derecho a recibir una pensión de orfandad; o bien que hayan visto interrumpida o afectada su carrera profesional debido al nacimiento o adopción de sus hijos, y sean beneficiarios, además, de una pensión contributiva de jubilación o de incapacidad permanente. Respecto este último apartado, la ley dispone detalladamente cuáles serán los criterios rectores para determinar si la carrera profesional

se ha visto o no afectada. Para afrontar la cuestión, se diferencia entre aquellos nacimiento y adopciones previos al 1 de enero de 1995 y aquellos posteriores. En lo que refiere a los primeros, se presumirá que ha habido un perjuicio en la carrera profesional si se cuentan más de ciento veinte días sin cotización durante los nueve meses anteriores y los tres años posteriores al nacimiento o, en el caso de la adopción, durante los tres años siguientes a la resolución judicial por la que se constituya. Además, las pensiones reconocidas deberán ser inferiores a las que percibe (o tendría el derecho de percibir) la madre. En lo que refiere al segundo supuesto, se asumirá que se ha perjudicado la carrera profesional si, en primer lugar, la pensión reconocida al hombre es inferior a la que le correspondería recibir a la mujer. Además, deberá cumplirse un segundo requisito, que dispone que la cuantía total de las bases de cotización que resulten de los veinticuatro meses anteriores al nacimiento o a la adopción (en este último caso, tomando como momento de referencia para el cálculo el de la resolución judicial que la constituya) sea superior en más de un 15% al total de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al nacimiento o adopción.

Para determinar qué progenitor es beneficiario de una pensión de cuantía inferior, el momento que se toma de referencia es aquél en el que se cause la pensión. Por tanto, si por ejemplo un hombre causa el derecho a una pensión y se le reconoce el complemento por cumplir con los requisitos, no se le exigirá que esta pensión sea inferior a la de la mujer hasta que ésta haya causado su derecho a pensión.

Todo ello implica, por consiguiente, que el reconocimiento del complemento se hará a favor de cualquiera de los dos progenitores que más perjudicado se haya visto en su carrera laboral, presumiendo *iuris tantum* que tal progenitor es la mujer, debido a una mayor asunción, en general, de un papel principal en las tareas reproductivas y domésticas³⁵. Con tal de evitar situaciones discriminatorias, se ha previsto precisamente que los hombres puedan ser beneficiarios de dichos complementos siempre y cuando acrediten pensiones inferiores respecto de las madres y cumplan con el otro requisito concreto previamente detallado en función de qué pensión sea la causante del complemento.

³⁵ Véase *supra* capítulo 1.3.

En la Sentencia 3/2022 de 7 de enero, del Juzgado de lo Social número 13 de Barcelona, se resuelve si un hombre padre de dos hijos tenía derecho o no al complemento de maternidad. Aunque no es el complemento en este trabajo analizado, los fundamentos jurídicos nos ilustran acerca de los requisitos que actualmente exige la redacción del complemento para la reducción de la brecha de género que sí es objeto de este análisis.

El hombre en cuestión era pensionista de una pensión contributiva de jubilación desde el año 2017, sin embargo, no fue hasta marzo del año 2021 que se dio la situación en la que los hijos dieron lugar al complemento para la reducción de la brecha de género en favor del otro progenitor. La parte actora solicitaba el complemento por aportación demográfica en marzo de 2021, fecha en la que ya no se encontraba en vigor, habiendo sido sustituido por el actual complemento para la reducción de la brecha de género, razón por la cual el órgano juzgador deniega el derecho a percibir el primer complemento. Sin embargo, la Sentencia va más allá y concreta que, incluso aunque en la demanda se hubiere solicitado el complemento que actualmente se encuentra en vigor, su reconocimiento no es automático (como sí lo era el anterior una vez el TJUE indicase que debía también reconocerse a hombres con hijos en las mismas condiciones que a las mujeres), sino que, además de ser padre de uno o más hijos, debían concurrir una serie de requisitos, que, en aquel caso, no se habían probado. La Sentencia transcribe los requisitos que deben ser demostrados para que se pueda reconocer el citado complemento a los hombres sin aportar un análisis pormenorizado de lo que recoge el artículo, por lo que me remito a lo desarrollado a lo largo de este apartado en lo que refiere a los requisitos.

Parte de la doctrina advierte, no obstante, que el hecho de exigir a los hombres requisitos adicionales para la percepción del complemento podría motivar la presentación de nuevas reclamaciones judiciales, fundamentándose tales, precisamente, en una discriminación directa por razón de sexo³⁶.

Una vez determinado que los beneficiarios pueden ser tanto mujeres como hombres, es preciso destacar las **incompatibilidades** a la hora de recibirlo. Cada hijo o hija solo dará lugar al reconocimiento de un complemento (hasta un máximo de cuatro), y el derecho a percibirlo es único, es decir, sólo uno de los progenitores podrá percibirlo.

³⁶ Gala Durán, C. *Igualdad de género. El nuevo complemento para la reducción de la brecha de género. Pensiones. Complemento*. (2021). Aranzadi, S.A.U.

En el supuesto de progenitores de diferente sexo, el complemento se reconocerá a la mujer si ésta cumple con los requisitos consistentes en tener uno o más hijos y ser, además, beneficiaria de una pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o viudedad. La única forma para que a una mujer que cumple con los requisitos no se le reconozca (o no se le mantenga) el complemento, será debido al reconocimiento del mismo al otro progenitor hombre, siempre y cuando éste cumpla con los requisitos que ya han sido detallados.

En el caso de progenitores del mismo sexo, independientemente de si son dos mujeres o dos hombres, y ambos cumplen con los respectivos requisitos para ser beneficiarios, el complemento será reconocido a aquél que perciba la pensión pública de menor cuantía.

Al ser incompatible la percepción del mismo complemento por ambos progenitores al mismo tiempo, si el segundo progenitor solicita el complemento y se le reconoce, ello conllevará para el primero, que se venía beneficiando del mismo, la extinción del complemento. Ello quiere decir que puede haber casos en los que ambos progenitores hayan sido beneficiarios del mismo complemento, aunque en momentos diferentes debido a la unicidad de éste. Por ejemplo, puede suceder que un progenitor hombre cause una pensión contributiva de jubilación y cumpla con todos los requisitos para ser beneficiario, por lo que se le reconozca el complemento. Asimismo, si posteriormente la progenitora mujer causa una pensión contributiva de jubilación de cuantía inferior, podrá solicitar el complemento que hasta el momento venía percibiendo el otro progenitor, lo que provocará la extinción del primero³⁷.

Para evitar arbitrariedades o abocarnos a situaciones precipitadas, antes de extinguir el complemento a aquel progenitor que lo tuviera reconocido, se le dará audiencia para que tenga la oportunidad de alegar aquello que considere oportuno, manifestación por excelencia del derecho de defensa³⁸. Si finalmente se reconoce el complemento al segundo progenitor dentro de los seis meses siguientes a la solicitud del mismo, los efectos económicos se producirán el primer día del mes siguiente a dicho reconocimiento. Si, por el contrario, se reconoce el complemento habiendo transcurrido más de seis meses

³⁷ Secretaría de Estado de la Seguridad Social. *Todas las preguntas y respuestas sobre el nuevo complemento para reducir la brecha de género en las pensiones. Guía práctica*. 16 de febrero de 2021. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Gobierno de España.

³⁸ En consonancia con el artículo 105 apartado c) de la Constitución Española.

desde la solicitud del mismo, los efectos económicos tendrán lugar a partir del primer día del séptimo mes desde que se planteó la solicitud.

La última incompatibilidad que se encuentra en el texto del precepto refiere a la situación de posible reconocimiento del complemento en cualquier a de los regímenes de la Seguridad Social. En este sentido, sólo podrá reconocerse respecto de uno de ellos, que será aquél en el que se cuente con más periodos de alta.

Por otro lado, la disposición transitoria trigésima tercera del TRLGSS establece el régimen de transitoriedad para aquellos complementos por maternidad (o por aportación demográfica) que fueron reconocidos entre el 2 de enero de 2016 y el 3 de febrero de 2021 y su compatibilidad con el complemento para la reducción de la brecha de género.

Aquellas personas que tuvieran reconocido el complemento por maternidad antes de la entrada en vigor de la nueva redacción, lo seguirán percibiendo. No obstante, debido a que la percepción de ambos complementos es incompatible, según mantiene la Disposición, si la persona que está percibiendo el primero genera el derecho a una nueva pensión pública, no podrá ser beneficiaria de los dos complementos, en cuyo caso, deberá optar entre uno u otro³⁹.

En línea con esa incompatibilidad entre ambos complementos, se prevé la posibilidad de que uno de los progenitores estuviera percibiendo el complemento por maternidad y el otro solicitara y cumpliera con los requisitos para ser beneficiario del complemento para la reducción de la brecha de género. En tales situaciones, la cuantía a percibir del segundo complemento se descontaría del complemento por maternidad que estuviera percibiendo el otro progenitor.

Por todo lo expuesto, nunca habrá reconocidos en su totalidad los dos complementos, sino que, en caso de existir el derecho por parte un mismo beneficiario de recibir ambos, deberá optar entre uno u otro, y en caso de que un progenitor viniera percibiendo el complemento por aportación demográfica y serle reconocido al otro el complemento para la reducción de la brecha de género, la cuantía de éste se deducirá del complemento percibido por el primer progenitor.

³⁹ El efecto de cada complemento se analiza en el capítulo 3.4 *infra*, acerca del impacto sobre las pensiones.

A pesar de cumplirse con los requisitos legalmente establecidos y de no concurrir ninguna causa de incompatibilidad, la ley prevé una serie de **privaciones** en virtud de las cuales no se reconocerá el complemento al padre, a la madre o a ambos. En concreto, se trata de tres supuestos que tienen que ver con la ausencia de haber ejercido los derechos y deberes propios que tienen los padres sobre los hijos o haber ejercido violencia.

El primer supuesto de no reconocimiento del complemento se da cuando se haya privado al padre o a la madre mediante sentencia judicial de la patria potestad. El motivo de la privación deberá basarse en la violación o quebrantamiento de los deberes propios de la patria potestad o haber sido dictada en una causa criminal o matrimonial. Recordando las normas civiles, cabe mencionar que la privación de dicha potestad puede ser total o parcial, y además se puede recuperar si cesa la causa que la motivó⁴⁰. En consecuencia, si a alguien no se le reconoció, o se le quitó, el derecho complemento por esta causa y ésta desaparece, se le podrá reconocer el complemento.

Los siguientes supuestos de no reconocimiento refieren o bien a cuando se haya condenado al padre o a la madre por ejercer violencia contra los hijos o bien cuando se haya condenado al padre por haber ejercido violencia contra la mujer. En estos casos, nos encontramos ante un plano penal, por lo que la causa que motiva la negación del reconocimiento *per se* no puede cesar.⁴¹ Es más, aunque el delito pueda prescribir, la ley no prevé que una vez prescrito se recupere el derecho al complemento, lo que implica que, si existe una condena en alguno de los casos expuestos, se perderá ese derecho.

Como se ha introducido al inicio de este capítulo, el **tipo de prestaciones a las que afecta el complemento** son las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente o viudedad.

En lo que refiere a los casos de jubilación, se expone de forma expresa que el complemento no tendrá lugar si ésta es parcial. *A sensu contrario* se desprende, en no exponerse ninguna otra limitación, que, a los demás tipos de jubilación, esto es, la ordinaria y la anticipada, se les puede aplicar el complemento. Esto constituye una diferencia respecto de la regulación anterior, que impedía de forma expresa el disfrute del complemento si se accedía a la jubilación de forma parcial o de forma anticipada por

⁴⁰ Artículo 170 Código Civil, aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889.

⁴¹ Artículo 173.2 Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

voluntad de la interesada. Esta última circunstancia no pasó desapercibida para las personas que, habiendo accedido a la pensión de jubilación de forma anticipada voluntariamente, se sintieron discriminadas al no quedar incluidas en el ámbito de aplicación del complemento. En esta línea, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona planteó la Cuestión de Inconstitucionalidad 3307-2018 por la eventual contradicción que pudiera existir entre la por entonces redacción del artículo 60.4 TRLGSS y el principio de igualdad. Si bien es cierto que en el Auto 114/2018, de 16 de octubre de 2018 el Tribunal Constitucional realizó un análisis pormenorizado del alcance y aplicación del principio de igualdad, finalmente inadmitió la cuestión en considerarla notoriamente infundada. A pesar de que finalmente el TC no llegó a manifestarse acerca de la constitucionalidad del precepto, es de destacar que en la nueva redacción se haya omitido la previsión que suscitó el planteamiento de su eventual discordancia con el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, y en concomitancia con la redacción anterior, la regulación actual también prevé que, si desde la jubilación parcial se accede a la jubilación plena, se reconocerá el complemento una vez se haya alcanzado ésta.

En lo que refiere a las pensiones de incapacidad permanente, causarán derecho al complemento todas a excepción de la incapacidad permanente parcial. Es decir, se podrá acceder al mismo ya sea a través de una incapacidad permanente total, absoluta o una gran invalidez. Ello es así debido a que, de hecho, la incapacidad permanente parcial no genera el derecho a una pensión, sino a una indemnización a tanto alzado, por lo que no queda incluida en el ámbito de las pensiones.

Para los supuestos de **expedientes internacionales**, esto es, en los que la pensión que genera el derecho al complemento se ha causado por totalización de periodos cumplidos en el extranjero, se utiliza el criterio de *pro rata temporis*. En virtud de éste, el complemento sólo se percibirá en la parte proporcional al tiempo que se haya cotizado en España

Por otra parte, en referencia a la **duración**, se pueden distinguir dos esferas: aquella estrictamente interna relativa a la duración de un complemento concreto, y aquella más externa relativa a la vigencia del complemento como norma prevista en el ordenamiento jurídico.

En la dimensión interna, el artículo 60 del TRLGSS supedita el nacimiento, suspensión y extinción del mismo a la pensión que determinó su reconocimiento. Ello implica que, si se pierde el derecho a percibir la pensión, consecuentemente se perderá también el derecho a percibir el complemento. Sin embargo, si se pierde la pensión que generó el derecho al complemento, pero se recibe otra susceptible de que le sea aplicado el mismo, éste se mantendrá vinculado a la pensión que se haya conservado o generado.

En la dimensión externa, la Disposición adicional trigésima séptima establece que el complemento se mantendrá hasta que la brecha de género en las pensiones de jubilación sea de más del 5 por ciento, tomando como referencia las pensiones causadas en el año anterior. Tomando como referencia los datos aportados de la Seguridad Social para el año 2020 relativos a las pensiones de jubilación⁴², se desprende una brecha de género en las pensiones de jubilación del 34,14%, lo que permite intuir que el complemento permanecerá en el ordenamiento jurídico español algunos años más.

Por último, las causas de la **extinción**, que ya se han ido adelantando a lo largo de este capítulo, se concretan en la pérdida de la pensión que dio lugar al complemento sin que exista el derecho a percibir otra de las previstas por el TRLGSS, el reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor o incurrir en una de las causas de privación del complemento.

3.2 Aspectos económicos

La **cuantía** de los complementos se determinará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y será actualizada cada año. Para 2022, la cuantía es de 28 euros mensuales por cada hijo o hija, hasta un máximo de cuatro veces el importe mensual⁴³. Al quedar el complemento sujeto a la pensión que lo genera, su abono también será mensual, devengándose dos pagas extraordinarias en junio y noviembre, por lo que, en total, se cobrarán catorce pagas al año.

En las **pensiones máximas**, no aplicarán los límites previstos en los artículos 57 y 58.7 del TRLGSS relativos a la limitación de la cuantía de las pensiones y a la revalorización

⁴² *Ídem* 31.

⁴³ Ver *infra* capítulo 3.3.

de las mismas, respectivamente, de forma que el complemento se añadirá a la pensión, aunque esto implique superar el máximo legal. En 2022, no obstante, el artículo 58 del TRLGSS ha quedado suspendido por la Disposición adicional cuadragésima quinta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado⁴⁴. En virtud de ello, la actualización de las pensiones este año se hará conforme a la Ley de Presupuestos y no conforme a la Ley General de la Seguridad Social y la Ley de Clases Pasivas del Estado. Más allá de este apunte, no obstante, no se profundizará más sobre este aspecto por alejarse del objeto de análisis.

En lo que refiere a las **pensiones inferiores a la mínima**, el complemento para la reducción de la brecha de género no computará para dilucidar si se tiene derecho al complemento a mínimos. En otras palabras, si se cumplen los requisitos para tener derecho al complemento a mínimos, se reconocerá el mismo de forma que se llegue a la cuantía mínima de pensión prevista para ese año, y a esa cuantía se le añadirá el complemento para la reducción de la brecha de género. Esto es así debido a que este complemento no tiene la consideración de ingreso o rendimiento del trabajo, lo que implica que no se puede emplear para “llegar” a la pensión mínima legalmente prevista.

3.3 Aspectos formales y particularidades

El complemento tiene la **naturaleza jurídica** de una pensión pública contributiva. Ello se explica por el hecho de que su generación queda condicionada a la existencia de una pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o viudedad, por lo que, al subordinarse a alguna de éstas, comparte su misma naturaleza jurídica.

Las pensiones contributivas son aquellas que se financian con cuotas a la Seguridad Social, es decir, con la aportación que las personas en alta y cotización hacen a la misma. Para causar las pensiones contributivas, se deberá haber cotizado a la Seguridad Social un mínimo de tiempo concreto, que variará en función de cada pensión. Por otro lado, las pensiones no contributivas se financian con los Presupuestos Generales del Estado, es decir, a través de los impuestos.

⁴⁴ Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2022.

A pesar de que el complemento para la reducción de la brecha de género tiene naturaleza contributiva, su **financiación**, no obstante, proviene de los impuestos, a través de una transferencia del Presupuesto del Estado a la Seguridad Social, tal y como queda recogido en la Disposición adicional trigésima sexta del TRLGSS, en relación con la Disposición adicional trigésima segunda del mismo cuerpo normativo⁴⁵.

Por otro lado, hay que destacar que el presente complemento aplicará también con el mismo alcance a los funcionarios que se encuadran en el **régimen especial de funcionarios civiles del Estado**, pero no en virtud de la Ley General de la Seguridad Social, que no les es de aplicación, sino a través de la Ley de Clases Pasivas, al amparo de lo dispuesto en la Disposición adicional decimoctava⁴⁶.

Para concluir, y como pone de manifiesto la doctrina, a pesar de tener el complemento el objetivo de reducir y corregir la brecha de género que sufren las mujeres debido a los roles de género perpetuados socialmente, y que siguen implicando que actualmente sigan viviendo situaciones más desfavorables respecto de los hombres, hay que destacar que el complemento no aplica a las mismas prestaciones de jubilación e incapacidad que sean no contributivas, aunque se hayan tenido o adoptado hijos. En el mismo orden de ideas, tampoco se genera el complemento para aquellas mujeres que, perceptoras de tales pensiones, no hayan tenido o adoptado hijos, o que se hayan dedicado al cuidado de otras personas dependientes⁴⁷.

Todos estos aspectos tienen también un impacto en la brecha de género, sin embargo, no se han tenido en cuenta por el legislador, ya haya sido por falta de precisión normativa o por no haber considerado tales situaciones suficientemente discriminatorias o desfavorables y, por tanto, susceptibles de corrección mediante la aplicación de una medida de acción positiva. No obstante, lo cierto es que las mujeres, independientemente de que hayan tenido o no hijos y de que reciban pensiones contributivas o no

⁴⁵ Modificada mediante la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. BOE núm. 321, de 29 de diciembre de 2021. BOE-A-2021-21652

⁴⁶ Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 1987. BOE-A-1987-12636.

⁴⁷ Gala Durán, C. *Igualdad de género. El nuevo complemento para la reducción de la brecha de género. Pensiones. Complemento*. (2021) Aranzadi, S.A.U.

contributivas, indudablemente sufren la brecha de género, por lo que esa **falta de alcance** del complemento carece, aparentemente, de una explicación razonable.

Con la nueva formulación, se considera que se da respuesta a lo dispuesto en el Pacto de Toledo, que ya invitó, en su Recomendación 17 a valorar la dimensión de género en materia de pensiones, incidiendo en la mayor interrupción del trabajo por parte de las mujeres por cuidado de hijos o familiares, entre otros varios aspectos que tenían en cuenta la perspectiva de género⁴⁸. Asimismo, la reforma 4 del Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en seguimiento de lo dispuesto en el Pacto de Toledo estableció la necesidad de rediseñar el complemento por aportación demográfica, necesidad que ya ha sido satisfecha con la nueva formulación del complemento⁴⁹.

Antes de pasar a los siguientes puntos, no obstante, conviene recordar lo que dispuso la STJUE que determinó que la regulación del complemento anterior contenía una discriminación directa por razón de sexo. En ésta, se dispone que no existe inconveniente en que los Estados miembros tomen medidas que permitan al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales. En la misma línea, se criticaba que el complemento anterior no aportara soluciones para eventuales problemas que el sexo menos representado pudiera encontrar a lo largo de su vida profesional. Es importante destacar este aspecto porque la nueva redacción, a pesar de ser más cautelosa y permitir el acceso a los hombres, tampoco prevé un remedio para evitar los problemas que eventualmente puedan presentarse durante la vida profesional del sexo menos representado, lo que podría llegar a conducir a una respuesta del mismo tenor que la anterior en caso de volver a recurrirse ante el TJUE el complemento actual.

3.4 Contenido específico: cuál es su impacto sobre las pensiones

El impacto principal y directo sobre las pensiones se concreta en el incremento de la cuantía de la misma en función de en cuánto se haya fijado el importe del complemento

⁴⁸ Colección Seguridad Social. *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*. Núm 35. Ministerio de trabajo e inmigración. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. RET 11-2-295

⁴⁹ Plan de Recuperación, transformación y resiliencia, de 27 de abril de 2021. Gobierno de España.

en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y en función de cuántos hijos se tengan, con un máximo de hasta cuatro veces la cuantía mensual fija por hijo.

Teniendo en cuenta que la Ley de Presupuestos Generales para el año 2021⁵⁰ y la Ley de Presupuestos Generales para el año 2022⁵¹ previeron unos importes mensuales de 27 y 28 euros, respectivamente, de complemento por cada hijo, el impacto del mismo supone el incremento mensual de hasta un máximo de 108 euros para 2021 y 112 euros para 2022 en el caso de que se tengan cuatro hijos o más.

Si se compara con el complemento anterior, se hace palpable que, a efectos prácticos, en muchos casos las cantidades a percibir resultarán inferiores. El complemento por aportación demográfica previó unos porcentajes del 5, 10 y 15 por ciento en función de si se tenían 2, 3 o 4 o más hijos, respectivamente. Esos porcentajes se aplican directamente sobre la pensión, lo que implica que cuanto más alta sea ésta y más hijos se tengan, mayor será la cuantía del complemento. En cambio, la regulación actual prevé una cuantía fija por cada hijo, por lo que el importe que se añada a las pensiones nunca superará el máximo permitido de hasta cuatro veces la cantidad mensual prevista. Es por ello relevante destacar que, en relación con la Disposición trigésima tercera y la facultad que ésta otorga a aquellas personas beneficiarias del complemento por maternidad de optar entre éste y el nuevo complemento si se les reconoce una nueva pensión pública, la cuantía resultante del primer complemento será normalmente más alta que la cuantía del segundo, pues éste no incrementará la pensión de forma porcentual. Cuanto más alta sea la pensión y más hijos se tengan, el importe que se genera del primer complemento es mucho más generoso económicamente hablando. Sin embargo, si hablamos de pensiones bajas, resulta más beneficiosa la segunda regulación, que fija una cantidad fija independientemente del importe de la pensión. Por lo tanto, esta segunda regulación ha supuesto un mayor impacto para las pensiones de menor cuantía, a las que beneficia, pues recibirán un importe mayor del que les correspondería si se aplicara la normativa anterior.

⁵⁰ Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de Estado para el año 2021. BOE núm. 341, de 31 de diciembre de 2020. BOE-A-2020-17339.

⁵¹ Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021. BOE-A-2021-21653

4. Últimos pronunciamientos: notas de actualidad

Uno de los puntos más controvertidos en la aplicación del complemento anterior por parte de los juzgados y tribunales españoles una vez publicada la Sentencia de prejudicialidad del TFUE ha sido la fecha de efectos sobre la que debía reconocerse el mismo. Debiéndose inaplicar la discriminación por razón de sexo prevista en el precepto que contenía el complemento por aportación demográfica y, consecuentemente, teniendo que reconocerse en los mismos términos a los hombres, volvió a surgir un debate judicial para dirimir qué fecha debía tenerse en cuenta para que el reconocimiento del complemento desplegara sus efectos.

En este sentido, en no existir un criterio único que delimitara la fecha de efectos, los órganos judiciales españoles resolvieron en virtud de diferentes criterios, generando respuestas contradictorias ante situaciones con identidad de supuestos. Así pues, los pronunciamientos judiciales se dividían en las siguientes argumentaciones: por un lado, algunos justificaron que la fecha de efectos una vez reconocido el complemento debía ser la de tres meses antes a la solicitud del mismo. La postura que defiende este parecer se ampara en el artículo 53.1 del TRLGSS, mediante el cual se dispone que los efectos del reconocimiento de las prestaciones se producen a partir de los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud. Encontramos un ejemplo que sostiene este argumento en la Sentencia núm. 1834/2021, de 14 de septiembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. En ella, se resolvía el recurso de suplicación 1552/2021 interpuesto por el beneficiario de una pensión de jubilación y por el INSS contra la sentencia de instancia que mantenía que la fecha de efectos se retrotraía hasta los tres meses anteriores a la fecha de solicitud. En la controversia de opiniones jurídicamente dispares, el beneficiario de la pensión defendía que tenía derecho a recibir el complemento desde que se causó la pensión, mientras que el INSS sostuvo que los efectos debían producirse a partir de la publicación de la Sentencia del TJUE en el BOE (el 17 de febrero de 2020).

Asimismo, en sintonía con el criterio del INSS, otros órganos juzgadores optaron por justificar que la fecha de efectos una vez reconocido el complemento debía ser la de la fecha de publicación de la Sentencia de prejudicialidad europea. Ejemplo de ello es la Sentencia núm. 627/2021, de 2 de marzo de 2021, de la Sala de lo Social del Tribunal

Superior de Justicia del País Vasco. Esta sentencia tiene una especial relevancia porque es una de las que se emplearán para sustanciar el recurso de casación para la unificación de la doctrina ante el Tribunal Supremo en cuya resolución se integrará el criterio rector definitivo. La controversia principal de la misma versa sobre la defensa que el INSS hace acerca de que no se debería reconocer el complemento a un hombre que lo solicitaba, por haberse producido el hecho causante de la pensión con anterioridad a la Sentencia del TJUE, y que ésta sólo debería aplicarse a hechos causantes posteriores a la publicación de la misma. Después de un pormenorizado análisis acerca de por qué ello no procede, aceptando que el beneficiario tiene derecho al complemento, acaba dilucidando que los efectos del mismo pueden retrotraerse, como máximo, hasta la fecha de la publicación de la sentencia, en virtud del artículo 32.6 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público. En el mismo, se dispone que las resoluciones judiciales que establezcan la incompatibilidad de una norma nacional con una norma europea producirán efectos desde su publicación, salvo que se prevea de forma expresa lo contrario. En virtud de ello, al haber nacido el hecho causante de la prestación con anterioridad a la publicación de la STJUE, fijan como fecha de efectos la de la publicación de la Sentencia.

Aunque en menor medida que las anteriores, hubo algunos tribunales que ya apuntaron a la solución que posteriormente ofrecería el TS. En la Sentencia núm. 340/2021, de 1 de julio de 2021, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Pamplona se decidía, asimismo, sobre la fecha de efectos que debía tener el complemento. El Juzgado de instancia dictaminó como tal la de la fecha de la solicitud del mismo (en tanto que ésta tuvo lugar en 2020, una vez publicada la Sentencia de prejudicialidad y, por tanto, no aplicaban los tres meses de retroactividad). Sin embargo, el TSJ argumentó que los efectos de una sentencia del TJUE se retrotraen a la entrada en vigor de la norma que interpretan, y que, por tanto, sus sentencias producen efectos *ex tunc*, es decir, que son retroactivas, salvo que el propio TJUE limite sus efectos de forma temporal. En este sentido, mantuvo el TSJ que la fecha de efectos debía retrotraerse hasta el momento en que tuvo lugar el acaecimiento del hecho causante (2017), que, en ese caso, era la generación del derecho a la pensión de jubilación.

Después de los dispares pronunciamientos judiciales entre los múltiples Juzgados y Tribunales que tuvieron que resolver acerca de la fecha de efectos, en febrero de 2022 la Sala de lo Social del TS unificó el criterio a través de la Sentencia núm. 622/2022, de 17

de febrero de 2022. Se presentó ante el Tribunal un recurso de casación para la unificación de la doctrina presentado por el INSS, cuyo presupuesto de contradicción se concretaba en si la fecha de efectos debía retrotraerse, como máximo, hasta la fecha de publicación de la sentencia del TJUE (aportando la ya comentada Sentencia del País Vasco) o si la retroacción debía tener como límite tres meses a la fecha de solicitud del complemento (aportando la Sentencia recurrida, núm. 1363/2021, de 22 de junio de 2021, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias).

En primer lugar, se analiza que concurren los aspectos formales pertinentes para que el planteamiento del recurso de casación sea procesalmente adecuado, apreciando el Tribunal que existe presupuesto de contradicción y concurrencia de identidad en las pretensiones. Una vez determinado que ha lugar al recurso, examina detenidamente ambas opciones. Por un lado, sentencia que el artículo 32.6 de la Ley 40/2015, ya comentado *supra*, va dirigida a las Administraciones Públicas, por lo que no debe aplicarse al caso, y además añade que, en cualquier caso, la fecha de efectos sería la del pronunciamiento y no la de la publicación, en virtud del Reglamento de Procedimiento del TJUE, de 25 de septiembre de 2012.

Seguidamente, se describe que las interpretaciones del TJUE residen en concretar cómo se debía haber aplicado una norma europea, lo que implica que, una vez ha sido interpretada, debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales para aquellas relaciones que hubieran nacido incluso antes de esa interpretación, pues es como se debería haber aplicado dicha norma desde el principio, y solo excepcionalmente puede el TJUE limitar esa posibilidad. Por ello, establece la sentencia que los efectos deben retrotraerse al nacimiento de la norma, y, por consiguiente, deberán reconocerse los mismos cuando acaezca del hecho causante, lo que supone un efecto *ex tunc*.

A pesar de fijar el TS la fecha de efectos de forma retroactiva hasta la fecha en que se generó la pensión, al no haber presentado el beneficiario de la misma recurso de suplicación o de casación para la unificación de la doctrina, carece el TS de la facultad para revocar la sentencia recurrida porque los efectos ya habían devenido firmes. Por tanto, aunque el criterio es la retroactividad del complemento a la fecha del hecho causante, en dicha Sentencia se debe mantener el criterio fijado por el órgano anterior (retroactividad de tres meses a la fecha de la solicitud del complemento).

Por otro lado, se permite apreciar que la retroactividad a la fecha del hecho causante es ya el criterio rector en la Sentencia 1995/2022, de 30 de mayo de 2022, de la Sala de lo Social del TS, que también resuelve un recurso de casación para la unificación de la doctrina, en el que confirman la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Pamplona comentada anteriormente.

5. Conclusiones

La igualdad es un valor que no se manifiesta de manera natural en la realidad social, y por ello, si no se trabaja ya no solo a nivel de comunidad, sino a nivel político y jurídico, se reproducen casos de discriminación hacia aquellos colectivos que son minoritarios, diferentes o, en definitiva, que están menos representados. Por estos motivos, las sociedades democratizadas trabajan para construir una igualdad a través de centrarla como una de las bases de las normas y principios que rigen la convivencia. Se justifica así que, un sentimiento que no se produce de forma natural, sea forzado a ser respetado en favor de coexistencia, la tolerancia y el entendimiento con el resto de las personas.

Uno de los ámbitos en los que tiene incidencia la igualdad es el género. Como se ha venido desarrollando, es un asunto de elevado interés, tanto a nivel nacional como internacional, para los poderes legislativos desde hace algunos años, en virtud del cual se han tomado medidas para conseguir una igualdad real, actual y efectiva entre hombres y mujeres. Para ello, se ha aceptado la premisa establecer diferencias de trato para “provocar” una igualdad de forma temporal hasta que se consiga una igualdad efectiva que no requiera de construcciones jurídicas para ser respetada. Aunque este aspecto es criticable, en el sentido de que, como comentábamos, el sentimiento de igualdad no se produce de forma natural, por el momento, aquellas normas que establecen diferencias de trato entre hombre y mujeres lo hacen con una previsión temporal.

Las medidas de acción positiva constituyen uno de estos mecanismos que permite, en temas de género, adoptar medidas en favor de las mujeres con el fin de superar las desigualdades de hecho, con el objetivo de llegar, progresivamente, a esa anhelada igualdad.

En esta línea, ambas redacciones de los extensamente analizados complementos del artículo 60 TRLGSS aportaron al ordenamiento jurídico una medida de acción positiva en favor de las mujeres con la finalidad de paliar los efectos de la brecha de género en sus pensiones. Sin perjuicio de que el primero fuera considerado discriminatorio por razón de sexo, la intención del legislador no era otra que corregir una situación de injusticia en la que se encuentran las mujeres debido a la estructura de distribución de roles en función género que rige, todavía, nuestra sociedad.

Como consecuencia de la declaración de incompatibilidad del complemento con la normativa europea, se aprobó una nueva redacción del mismo, siendo prudente a la hora de designar a los beneficiarios del mismo y permitiendo que los hombres puedan acceder si prueban una serie de requisitos.

Con la nueva formulación, se presume a las mujeres una circunstancia que los hombres deben probar, hecho que supone tratar de forma diferente a dos colectivos por razón del sexo. Aunque ello se justifica en que, como demuestran los datos, la brecha de género afecta sobremanera a las mujeres, y, por tanto, se vienen a paliar los efectos de esa situación, yo no puedo manifestarme a favor de la nueva redacción. Si el objetivo es paliar los efectos que la brecha de género puede haber ocasionado debido a la interrupción de la vida laboral por el cuidado de hijos, ambos progenitores deberían probar que han sufrido ese perjuicio. La brecha de género es un hecho innegable, pues así queda determinado en los datos aportados, sin embargo, presumir que por el hecho de ser mujer se ha perjudicado la carrera profesional implica asumir que son éstas las que se dedican al cuidado de los hijos. Aquellas mujeres que efectivamente hayan sufrido ese perjuicio en su vida profesional no tendrán problema en probarlo, pero presumir que lo han tenido sin que tengan que demostrarlo, mientras los hombres tienen que probarlo, es hasta cierto punto leonino.

Por otro lado, no hay que perder de vista las pautas que indicó el TJUE en su sentencia, que incidió en que es discriminatorio aplicar normas diferentes a situaciones comparables o aplicar la misma norma a situaciones diferentes. En este caso, la situación sobre la que se fundamenta el complemento sigue siendo el perjuicio en la vida profesional de las personas que interrumpen su actividad laboral para cuidar a los hijos. Que tradicionalmente ese papel lo han desarrollado las mujeres y por eso, entre otras cosas,

existe una brecha de género, es innegable, pero en este caso, la situación (interrumpir la actividad laboral para cuidar de los hijos), es un supuesto comparable entre hombres y mujeres. Además, incide en que el objetivo de aplicar medidas en favor del sexo menos representado se puede hacer (siempre que no se dé un supuesto de discriminación, que, desde mi punto de vista, podría justificarse) siempre y cuando la medida vaya encaminada a aportar soluciones al ejercicio de actividades profesionales. De nuevo, este complemento no aporta ninguna solución a los problemas que puedan tener las mujeres en su carrera profesional, simplemente viene a compensar una situación ya dada, sin prevenirla.

Desde mi punto de vista, y analizando la cuestión desde un prisma jurídico, considero que la mejor política para evitar la brecha de género (y cualquier otra consecuencia derivada de la falta de igualdad efectiva entre hombres y mujeres que tenga repercusión en el ámbito laboral y de la seguridad social) pasa por la prevención. Por ejemplo, a través de medidas que impulsen y obliguen a cumplir con los mismos salarios por trabajo de igual valor, estableciendo medidas para que la maternidad no sea un impedimento en el desarrollo profesional de las mujeres o luchando contra el techo de cristal a través de la promoción basada en criterios objetivos.

Sin embargo, siendo muy consciente de que pensar estamos a tiempo de establecer una política de prevención es, cuanto menos, utópico, pues la realidad social manifiesta que existe una desigualdad efectiva entre hombres y mujeres, considero adecuado que haya un complemento para la reducción de la brecha de género. No obstante, no comparto su planteamiento. Desde un riguroso análisis del complemento y del principio de igualdad, considero que la mejor forma de dar respuesta a esta situación es mediante criterios objetivos y sin presunciones. Por ello, defiendo que sí exista un complemento para la reducción de la brecha de género pero que no se genere automáticamente. Para su acceso, tanto hombres como mujeres deben poder demostrar que ha existido un perjuicio en su vida profesional por el cuidado de hijos, y que, pudiendo ambos demostrar esta situación, sea el receptor del complemento aquél cuya pensión sea de menor cuantía. Está claro que la mayoría de mujeres van a poder demostrar que interrumpieron su actividad laboral por cuidado de hijos, hecho que demostrará la existencia de la brecha de género, pero no puede presumirse por el hecho de que históricamente así haya sido. Los hombres tienen también derecho a demostrar un eventual perjuicio en su carrera profesional por tareas

reproductivas, y es función de la sociedad aceptar que así puede haber sido y no dar por hecho situaciones que, al final del día, siguen perpetuando estereotipos de género.

Bibliografía

DOCTRINA:

Ballester Pastos, M.A. *El complemento de pensiones por maternidad: contradicciones, inadecuaciones y paradojas de la pretendida compensación a la contribución demográfica*. Estudios sobre Seguridad Social, Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet, Barcelona. Atelier. (2017)

Gala Durán, C. *Pensiones. El incierto futuro del “complemento por maternidad” tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA). Complemento por maternidad*. (2020). Aranzadi S.A.U. BIB 2020\10203.

Gala Durán, C. *Igualdad de género. El nuevo complemento para la reducción de la brecha de género. Pensiones. Complemento*. (2021). Aranzadi, S.A.U.

LEYES Y TEXTOS NORMATIVOS:

INTERNACIONALES

Carta Naciones Unidas, 26 de junio de 1945.

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XX), de 16 de diciembre de 1966.

Convención Europea de los Derechos Humanos, modificada por los Protocolos núm. 11 y 14, a partir de su entrada en vigor el 1 de junio de 2010. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos. *Council of Europe Portal*.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, C 364/1, de 18 de diciembre de 2000. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (TUE), C 326/13, de 26 de octubre de 2012. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), C 201/1, de 7 de junio de 2016. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

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. DOUE L 6, de 10 de enero de 1979.

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. DOUE L 348, de 28 de noviembre de 1992.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). DOUE L 204, de 26 de julio de 2006.

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. DOUE L 303, de 2 de diciembre de 2000.

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada el 28 de junio de 1919, última enmienda de 1972.

C100 – Convenio sobre la igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)

C111 – Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111);

C156 – Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156);

C183 – Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183). Organización Internacional del Trabajo.

NACIONALES

Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. BOE-A-1978

Texto Refundido de Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015. BOE-A-2015-11724.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007. BOE-A-2007-6115.

Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021. BOE-A-2021-21788

Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015. BOE-A-2015-1143

Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019. BOE-A-2019-3244.

Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del estado para el año 2016. BOE núm. 260, de 30 de octubre de 2015. BOE-A-2015.

Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, sobre la actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022. BOE núm. 22, de 26 de enero de 2022. BOE-A-2022-1189.

Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. BOE, núm. 29, de 3 de febrero de 2021. BOE-A-2021-1529.

Código Civil, aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889. BOE-A-1889-4763.

Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. BOE núm. 281, de 24 de noviembre d 1995. BOE-A-1995-25444.

Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de Estado para el año 2021. BOE núm. 341, de 31 de diciembre de 2020. BOE-A-2020-17339.

Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2022. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021. BOE-A-2021-21653.

Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. BOE núm. 321, de 29 de diciembre de 2021. BOE-A-2021-21652

Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 1987. BOE-A-1987-12636.

SENTENCIAS Y AUTOS:

Complemento por aportación demográfica:

Sentencia 42/2017 del Juzgado de lo Social número 2 de Murcia, de 31 de enero de 2017.

Sentencia 2164/2018, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 7 de noviembre de 2018.

Cuestión de inconstitucionalidad 1245-2018, Juzgado de lo Social número 6 de Murcia, de 8 de marzo de 2018.

Cuestión de inconstitucionalidad 3623-2018, Juzgado de lo Social número 6 de Murcia, de 26 de junio de 2018.

Auto del Tribunal Constitucional 61/2018, de 5 de junio.

Auto del Tribunal Constitucional 106/2018, de 2 de octubre de 2018.

Auto ATSJ ICAN 6/2018, Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, de 7 de diciembre de 2018.

Auto AJSO 7/2018, Juzgado de lo Social número 3 de Girona, de 21 junio de 2018.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-450/18, de 12 de diciembre de 2019.

Sentencia núm. 239/2020, de 18 de noviembre, del Juzgado de lo Social número 2 de Pamplona.

Sentencia núm. 157/2020, de 23 de noviembre, del Juzgado de lo Social número 1 de Teruel.

Sentencia núm. 44/2020, de 20 de enero, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias.

Sentencia 3/2022 de 7 de enero, del Juzgado de lo Social número 13 de Barcelona.

Cuestión de Inconstitucionalidad 3307-2018, Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona, de 7 de enero de 2022.

Auto 114/2018, de 16 de octubre de 2018, del Tribunal Constitucional.

Sentencia núm. 1834/2021, de 14 de septiembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias

Sentencia núm. 627/2021, de 2 de marzo de 2021, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Sentencia núm. 340/2021, de 1 de julio de 2021, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Pamplona

Sentencia núm. 622/2022, de 17 de febrero de 2022 la Sala de lo Social del TS

la Sentencia 1995/2022, de 30 de mayo de 2022, de la Sala de lo Social del TS

DOCUMENTOS NO JURÍDICOS:

La igualdad de género como eje del trabajo decente. Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, 2009. Informe VI. OIT.

Resolución relativa a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, a la igualdad de remuneración y a la protección de la maternidad, 92º reunión, 2004. OIT.

Resolución TSF/1989/2018, de 26 de julio, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio Colectivo de trabajo del sector de la limpieza de edificios y locales de Cataluña para los años 2017 a 2021. Barcelona, 26 de julio de 2018.

Resolución de 13 de marzo de 2020, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio Colectivo de trabajo del sector de transporte de mercancías por carretera y logística de la provincia de Barcelona para los años 2011-2023.

Colección Seguridad Social. *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*. Núm 35. Ministerio de trabajo e inmigración. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. RET 11-2-295

Plan de Recuperación, transformación y resiliencia, de 27 de abril de 2021. Gobierno de España.

Estado de situación de la implementación de las recomendaciones del Pacto de Toledo, de 12 de abril de 2021. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Gobierno de España.

La mujer en la Seguridad Social. Breve radiografía de situación, 6 de marzo de 2020. Revista de la Seguridad Social.

COMUNICADOS:

Comunicación del Poder Judicial, 5 de abril de 2019. *Las mujeres ya son mayoría en la Carrera Judicial en quince de las diecisiete Comunidades Autónomas*. Poder Judicial España. URL: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Las-mujeres-ya-son-mayoria-en-la-Carrera-Judicial-en-quince-de-las-diecisiete-Comunidades-Autonomas>

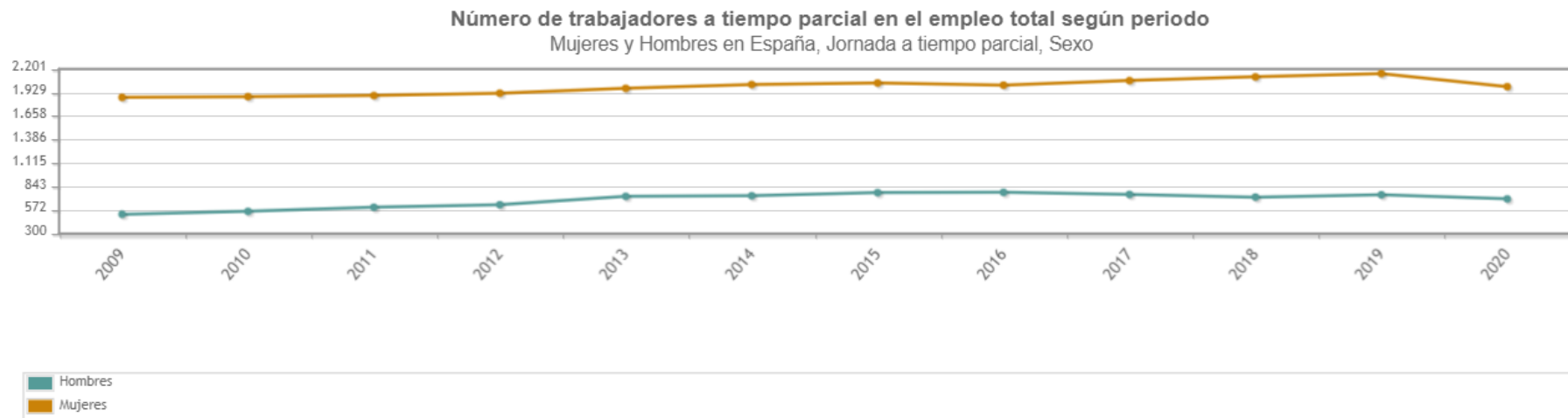
Portal de Transparencia Tribunal Supremo. *¿Cuántas personas trabajan en el Tribunal Supremo y cuál es el porcentaje de mujeres?* Poder Judicial España. URL: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Portal-de-Transparencia/Preguntas-frecuentes/-Cuantas-personas-trabajan-en-el-Tribunal-Supremo-y-cual-es-el-porcentaje-de-mujeres->

Web oficial del Tribunal Constitucional de España. URL: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/default.aspx>

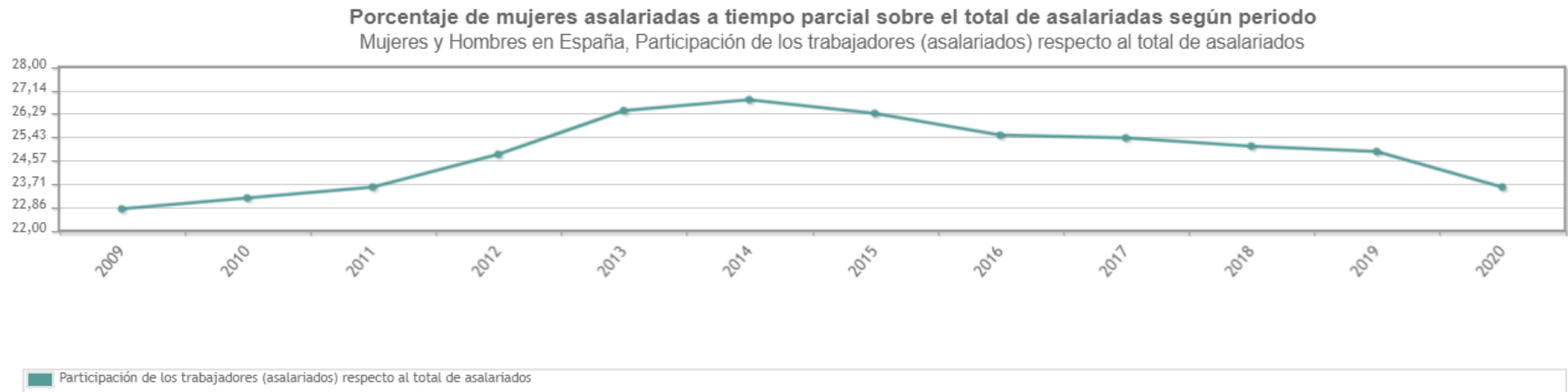
Web oficial del Poder Judicial España. URL: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/>

Anexos

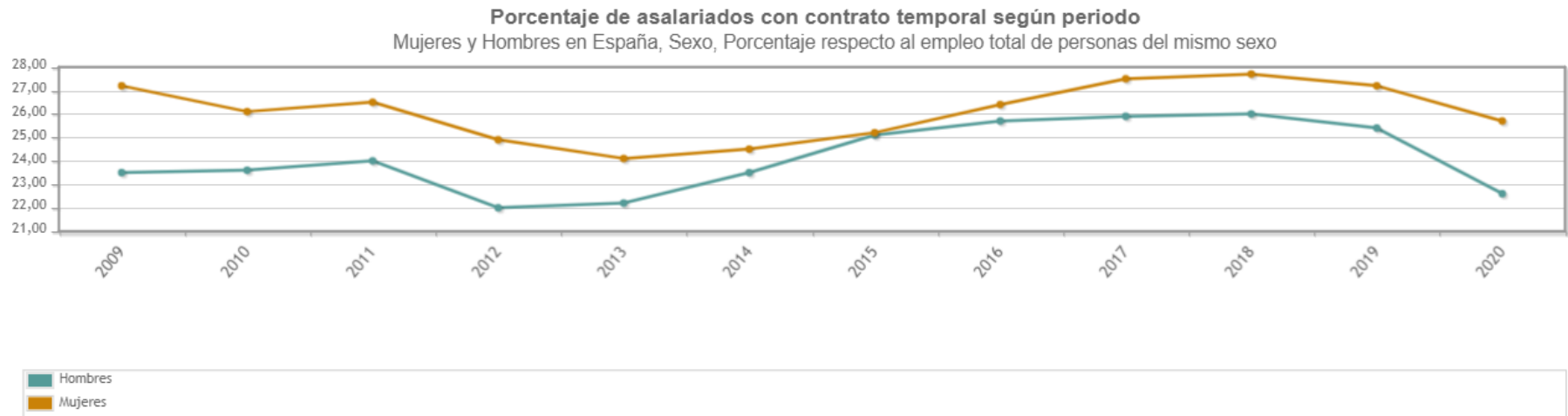
Anexo 1 – Comparación de cantidad de mujeres y hombres a tiempo parcial (unidad en miles de personas)



Anexo 2 – Porcentaje de mujeres a tiempo parcial



Anexo 3 – Comparación entre hombres y mujeres contratados con contrato temporal



Anexo 4 – Comparación entre hombres y mujeres acerca de la interrupción laboral por cuidado de hijos o familiares.

s entre 18 y 64 años según hayan o no dejado de trabajar, o hayan o no reducido la jornada laboral durante al menos un mes seguido (1), para cuidar de familiares dependientes (2), por sexo. 2018

