

# LA ANÓMALA SITUACIÓN DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA DE PENSIONES: APUNTE SOBRE SU REFORMA POR REAL DECRETO LEY 3/2021 <sup>1</sup>

Por

FRANCISCA MORENO ROMERO  
Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid

fmorenoromero@pdi.ucm.es

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 58 (2021)

**RESUMEN:** La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), determinó que la norma reguladora del complemento por maternidad es contraria al Derecho de la Unión en razón a que constituye una discriminación directa para los hombres pensionistas con dos o más hijos, biológicos o adoptados. Hasta el momento no se ha producido ninguna actuación legislativa sobre la materia. Sin embargo, se ha iniciado un rosario de decisiones judiciales reconociendo el complemento a los hombres pensionistas reclamantes, provocando una situación compleja e injustificable. En este escenario, y siendo segura la acción legislativa, es conveniente analizar la problemática producida en su aplicación, ya que su ámbito refiere al conjunto de las pensiones del sistema.

La reforma se ha producido por Real Decreto Ley 3/2021. La reordenación del nuevo complemento ha incorporado de forma expresa su vinculación a la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas, al tiempo que ha ampliado su ámbito de aplicación y la forma en que se cuantifica.

**PALABRAS CLAVE:** Complemento de maternidad; discriminación por razón de sexo; brecha de género.

**SUMARIO:** I. El complejo viaje del complemento por maternidad.- 1. Nacimiento contradictorio y vida accidentada.- 2. La inactividad del legislador y la desigualdad generada.- II. La conflictiva ordenación del complemento.- 1. La injustificada exclusión de las jubilaciones anticipadas.- 2. El límite temporal a debate. Del Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su archivo.- 3. La finalidad de la norma se diluye y prima el incremento de la pensión.- 3.1 Sobre la norma civil aplicable.- 3.2 Sobre la necesidad o no de que el hijo hubiera nacido vivo.- 3.3 Sobre el lugar de nacimiento y adopción y el titular del complemento de maternidad.- III. Apunte sobre la reforma del artículo 60 del TRLGSS, por el que se regula el complemento de pensiones contributivas para reducir la brecha de género.- 1. Introducción.- 2. La utilización del Real Decreto Ley como instrumento de reforma del complemento.- 3. Reforma parcial del antiguo complemento en lugar de reformulación ex novo.- 4. La “brecha de género” como objetivo declarado de una medida de acción positiva.- 5. Naturaleza jurídica y ampliación del ámbito de cobertura.- 6. Presunción iuris tantum de brecha de género que posibilita el acceso de los hombres.- 7. Cuantía del nuevo complemento.- 8.

---

<sup>1</sup> Publicación elaborada a partir de las investigaciones desarrolladas en el marco del Proyecto de Investigación en Programa Estatal de I+D+I, RTI2018-094696-B-I00, denominado “RETOS, REFORMAS Y FINANCIACION DEL SISTEMA DE PENSIONES: ¿SOSTENIBILIDAD VERSUS SUFICIENCIA?; Investigador Principal: Francisco Vila Tierno.

Límites a la concurrencia de complementos.- 9. Exclusiones de acceso por causa de violencia de género y otras situaciones.- 10. Financiación, evaluación y seguimiento de la figura.- 11. Extensión del complemento al sistema de clases pasivas.- 12. Mantenimiento transitorio del antiguo complemento por maternidad.

## **THE ANOMALY SITUATION FOR THE MATERNITY COMPLEMENT AND ITS IMPACT ON THE PENSION SYSTEM: NOTE ABOUT YOUR REFORM BY RDL 3/2021**

**ABSTRACT:** The ruling of the Court of Justice of the European Union, of December 12, 2019 (case C-450/18), determined that the regulation of the maternity allowance is contrary to Union law because it constitutes direct discrimination for pensioners with two or more children, biological or adopted. So far there has been no legislative action on the matter. However, certain court decisions have already been made recognizing the supplement to male pensioners claimants. In this situation and the legislative action being safe, it is convenient to analyze the problems produced in its application, since its scope refers to all the pensions of the system.

The reform has been produced by RDL 3/2021. The reorganization of the new supplement has expressly incorporated its link to the reduction of the gender gap in contributory pensions, at the same time as it has broadened its scope of application and the way in which it is quantified.

**KEYWORDS:** Maternity allowance; discrimination based on sex; gender gap.

**SUMMARY:** I. The complex journey of the maternity allowance.- 1. Contradictory birth and uneven life.- 2. The inactivity of the legislator and the inequality generated.- II. The conflicting arrangement of the complement.- 1. The unjustified exclusion of early retirement.- 2. The time limit under discussion. From the TC to the TJUE and its archive.- 3. The purpose of the rule is diluted and the increase of the pension is given priority.- 3.1 On the applicable civil law.- 3.2 On whether or not the child should have been born alive.- 3.3 On the place of birth and adoption and the holder of the maternity allowance.- III. Note on the reform of article 60 of the TRLGSS, which regulates the supplement of tax pensions to reduce the gender gap.- 1. Introduction.- 2. The use of the Royal Decree-Law as an instrument to reform the supplement.- 3. Partial reform of the old complement instead of reformulation ex novo.- 4. The "gender gap" as the declared objective of an affirmative action measure.- 5. Legal nature and extension of the scope of coverage.- 6. Presumption iuris tantum of gender gap that allows access for men.- 7. Amount of the new supplement.- 8. Limits to the concurrence of complements.- 9. Exclusions from access due to gender violence and other situations.- 10. Financing, evaluation and monitoring of the figure.- 11. Extension of the complement to the passive class system.- 12. Temporary maintenance of the old maternity supplement.

### **I. EL COMPLEJO VIAJE DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD**

#### **1. Nacimiento contradictorio y vida accidentada**

Con referencia a múltiples aspectos de su ordenación y finalidad - que deben ser completados con los análisis económicos<sup>2</sup>, la imagen que la doctrina proporcionó del

---

<sup>2</sup> Dos trabajos relevantes desde la perspectiva económica son los de BONELL RUIZ, R. y DEVESA CARPIO, J.E. "El complemento por maternidad de las pensiones de la seguridad social en España", *Economía española y Protección Social*, nº. 9, 2017, págs. 117-157; GRANELL, R&SALVADOR, C. (2020): "Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias", CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 98,2020, págs. 287-322.

complemento por maternidad –extraordinariamente atenta a este instituto<sup>3</sup>- y sin perjuicio de los múltiples elementos que podrían determinar su inconstitucionalidad, fue preocupante. Sin ánimo de ser exhaustiva, se afirmaba que “...no estaban todas las pensionistas contributivas (faltaban las titulares de pensiones contributivas de orfandad por incapacidad y a favor de familiares), no estaban<sup>4</sup> las pensionistas no contributivas, dejaban fuera a las madres del baby boom, a las madres con un solo hijo, a las jubiladas voluntariamente..”, se advertía sobre su “ineficacia como política natalista, su limitado impacto y desigualdad territorial para la compensación de la brecha salarial ...”, “su insuficiencia para paliar la brecha de género en las pensiones...” e igualmente se reconocía que “a pesar de su apariencia y vistosidad, la norma entraba en directa contradicción con lo establecido en la normativa de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE”<sup>5</sup>. A todo lo anterior se añadía una crítica de configuración de importante calado, al advertir que “...la estricta estructura contributiva –porcentaje sobre la pensión, que se calcula sobre la base reguladora y el tiempo de cotización–, produce efectos elitistas antisolidarios, ya que premia básicamente a las mujeres que tuvieron mayores oportunidades de empleo y mayores salarios”, ante lo cual se considera que “... hubiera sido más razonable aplicar una cuantía fija ponderada y, desde luego, financiar la medida mediante el sistema impositivo y no con las cotizaciones sociales”<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Una fuente de aproximación a la referida preocupación doctrinal es la cifra de trabajos recogidos en el portal Dialnet de la Universidad de la Rioja, que alcanza la cifra de 214, teniendo en cuenta que el complemento fue creado en la LPE.2016.

<sup>4</sup> Detrás de los silencios de la norma está, como afirma PERÁN, “la invisibilidad del conjunto de trabajos productivos y reproductivos vinculados a los cuidados para el sostenimiento de la propia vida, y las condiciones necesarias para un desarrollo humano sostenible”. PERÁN QUESADA, S. “La singular aplicación del complemento por maternidad a la pensión de viudedad desde la perspectiva de género”, II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral, Vol. 2, 2018, pág. 349.

<sup>5</sup> Las afirmaciones han sido recogidas de los trabajos siguientes:

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Complemento por maternidad y pensiones contributivas. Las olvidadas madres del Baby Boom y las madres de hijos únicos”, en *Revista Internacional de la Protección Social*, nº 1, Vol. IV (2019), págs.1-2. GRANELL PÉREZ, R y SALVADOR CIFRE, C. “Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias”, *op.cit. file:///C:/Users/Jose%20Luis%20Tortuero/Desktop/fra/comple.maternidad/art.comple.rev.ninet/CIRI\_EC\_9810\_Granell\_Salvador.pdf* (fecha último acceso, mayo 2020).

GALLEGO LOSADA, R. El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género de las pensiones, *Revista de trabajo y seguridad social (CEF)* nº 403, 2016, págs. 20-21. BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>. A. “El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea”. *Revista Jurídica de Derechos Sociales (Lex Social)*, Vol. 6, nº 1 2016, TORTUERO PLAZA, J. L., “De la solidaridad intergeneracional al riesgo del fraude piramidal”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 429, 2018, págs-122-123.

<sup>6</sup> La valoración y propuesta es de TORTUERO PLAZA, J. L. “De la solidaridad intergeneracional al riesgo del fraude piramidal”. ... *op. Cit.*, 2018, págs-122-123.

Como veremos a lo largo de este trabajo, a la preocupación doctrinal se unieron las controversias en los Tribunales, incluido el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sin embargo, como bien ha destacado la doctrina, “las controversias referidas contrastan con la escasa controversia social y parlamentaria”<sup>7</sup>.

La ordenación trae su origen<sup>8</sup> de la DF 2ª de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, que añadió al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el RDleg. 1/1994, de 20 de junio, el art. 50 bis por el que, con efectos de 1 de enero de 2016, se introdujo en la acción protectora del sistema la Seguridad Social el complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social, aplicable a las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente de las que sean titulares las mujeres que hayan tenido dos o más hijos biológicos o adoptados, en los términos previstos en el referido precepto. La ordenación del complemento está hoy recogida en el art. 60, LGSS 2015, (LGSS o TRLGSS). En similares términos pero sin ninguna referencia explícita a la “aportación demográfica”, la DF 1ª.2 de la mencionada Ley 48/2015, incorporó una nueva DA 18ª, al texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el RDleg. 670/1987, de 30 de abril, que regula un complemento de pensión a las mujeres que hayan tenido dos o más hijos naturales o adoptados y sean beneficiarias de pensiones de jubilación o retiro de carácter forzoso o por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad o viudedad que se causen a partir del 1 de enero de 2016 en el Régimen de Clases Pasivas del Estado<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Con referencia expresa a la Comisión Permanente para el Seguimiento del Pacto de Toledo y al debate parlamentario. VICENTE PALACIO, M. A. Sobre el carácter discriminatorio del complemento por maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género), STSJ Canarias-SOC nº 44/2020, de 20 de enero. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4, 2020, pág. 8.

<sup>8</sup> En los términos de la Enmienda nº. 4.242 del Grupo Parlamentario Popular a la LPE.16 que dio origen a la incorporación del complemento por maternidad, su objetivo principal es “reconocer, mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad”. Asimismo, busca “valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres”. En la misma línea, persigue “eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, cumpliendo en este sentido también las Recomendaciones de la Unión Europea” y “dar concreción a los objetivos generales que atienden a las familias y al entorno en el que se desarrolla la vida familiar, en cumplimiento del Plan Integral de Apoyo a la Familia” aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2015.

<sup>9</sup> Un análisis crítico de la problemática planteada por el complemento puede verse en RODRÍGUEZ CARDÓ, I.A. “El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social puntos críticos” (I) y (II) *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* nº. 16, 2016, págs. 106-114 y nº. 17, 2016, págs. 91-100; ERRANDONEA ULAZIA, E. “El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres”, *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, nº 7, 2016, págs. 75-97.

La regulación referida fue alterada por la sentencia del TJUE resolviendo una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado español (Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona) en los siguientes términos:

*Según la sentencia TJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18) «la directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional (art. 60 TRLGSS.15)<sup>10</sup>, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión»<sup>11</sup>.*

La doctrina contenida en la referida sentencia tiene un importante impacto y alcance sobre la ordenación jurídica del complemento por maternidad, su dimensión de género y, en definitiva, sobre la función que en materia de pensiones tiene el complemento entendido como acción positiva<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Parece lógico pensar que la doctrina del TJUE respecto a la discriminación entre hombres y mujeres será aplicable también en la concesión del complemento a los pensionistas de clases pasivas, aunque formalmente solo se ha producido para los regímenes del sistema de Seguridad Social. La misma lógica hace suponer que la respuesta legislativa rectificadora o reordenadora impactará sobre ambos sistemas al igual que fue su implantación.

<sup>11</sup> Interesantes comentarios sobre la STJUE pueden verse en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. LABORUM*, nº 22 (1er Trimestre 2020), págs. 13-24. MOLINA NAVARRETE, C. “Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 2020, págs. 188-201. RIVAS VALLEJO, P. “La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad. TJUE (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18)”. : *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, Nº. 1, 2020; MARTINEZ BARROSO, M.R. “Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social: A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA vs Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18)”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 6, 2020; VICENTE PALACIO, M.A. “Sobre el carácter discriminatorio del complemento por maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género). STSJ Canarias-SOC nº 44/2020, de 20 de enero”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4, 2020. VILLAR CAÑADA, IM. “¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18”. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 5, nº. 1, 2020,

<sup>12</sup> Especialmente crítico es MOLINA NAVARRETE al considerar que “el TJUE no solo infravalora una realidad de histórica discriminación fáctica por la atribución social del rol principal en el trabajo de cuidar no remunerado, relegándola en el trabajo remunerado, sino que omite su deber de integrar

El planteamiento de cuestiones prejudiciales sobre algunos de los elementos de ordenación ante el TJUE había sido anunciado con megafonía de estridentes decibelios, sobre todo tras la bendición del Tribunal Constitucional (TC) en Auto de Pleno 114/2018, de 16 de octubre de 2018 que incluyó dos votos particulares de gran interés y de fundamentación que confirmaban el anuncio. Probablemente, era también anunciada la decisión del TJUE<sup>13</sup>, como en su día lo puso de manifiesto la doctrina de forma clara y rotunda<sup>14</sup>, al advertir que “...entra en directa contradicción con lo establecido en la normativa de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE”<sup>15</sup>.

## 2. La inactividad del legislador y la desigualdad generada

Entender y prácticamente exigir, por las razones que veremos, que el legislador deberá abordar una ordenación diferente, como ya ha anunciado en varias ocasiones el Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, entra dentro de lo razonable, pero también

---

también él, en su juicio, la perspectiva de género, puesto que así se lo exigiría el artículo 9 del TFUE (también fruto de la citada IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas, Beijing, 1995...). MOLINA NAVARRETE, C., “Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género?... *op. cit.* pág. 189.

<sup>13</sup> Así lo recuerdan también MONEREO Y RODRIGUEZ afirmando que “No ha sorprendido, ni tampoco era difícil adivinar el fallo a la cuestión prejudicial planteada, decisión por lo demás que se comparte y que ya había sido cuestionada por algún sector de la doctrina científica. Este complemento por maternidad o aportación demográfica responde a una política de legislar “a borbotones” y “aluvional”, más preocupada del impacto mediático de la medida elegida que de una nítida y coherente protección a la familia<sup>18</sup>, a la maternidad, a la lucha contra la denominada “brecha de género”, a la natalidad o la denominada compensación aportación demográfica que estamos contemplado. MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)... *op. cit.* Pág. 20.

<sup>14</sup> BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>. A. “El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea”. *Revista Jurídica de Derechos Sociales (Lex Social)*, Vol. 6, nº 1 2016, pág. 72- 93, donde afirma que “...el complemento de pensiones por maternidad español ni puede considerarse un complemento por maternidad, ni atiende adecuadamente a la compensación de los defectos de cotización por cuidado de hijos, ni sigue instrucción de la Unión Europea, ni concuerda con la tendencia actual en los países de nuestro entorno. Al contrario, constituye una propuesta que se asienta en presupuestos ya superados y que entra en directa. De otro lado, el complemento de maternidad español podría estar en contra de lo establecido en la Directiva 79/7 puesto que ésta establece la obligación de que los Estados miembros revisen las diferencias en la seguridad social entre hombres y mujeres vinculadas al cuidado de los hijos. El trabajo analiza, al respecto, las sentencias dictadas por el TJUE que consideran discriminatorios los beneficios establecidos a las mujeres para el cuidado de los hijos en ámbitos diferentes a la Seguridad Social (entre otros, sentencias dictadas en los asuntos *Griesmar, Leone, Roca Alvarez* o *Maistrellis*)”.

<sup>15</sup> En el acuerdo PSOE con Unidas Podemos, de 30 de diciembre, figura el acuerdo de revisar el complemento por maternidad «para hacerlo más equitativo y evitar la perpetuación de roles de género», Puede consultarse en la pág. 14 del acuerdo:

<https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>

de lo urgente desde diciembre de 2019. La medida hubiera sido suspender la aplicación del art. 60 TRLGSS hasta su nueva configuración, incluyendo la medida suspensiva en cualquiera de los Reales Decretos Leyes aprobados desde diciembre. El impacto de la decisión del TJUE sobre el conjunto de las pensiones ordenadas en el TRLGSS y en la Ley de Clases Pasivas del Estado, era justificación más que razonable.

Como estaba anunciado, desde la decisión del TJUE se han producido una sucesión de reconocimientos del complemento por maternidad a hombres pensionistas. La primera sentencia fue del TSJ-Canarias nº 44/2020, Sala de lo Social, Sección 1, de 20 de enero de 2020, Rec.: 850/2018<sup>16</sup> que, aplicando doctrina europea, inaplica la restricción por razón de sexo contenida en el art. 60 TRLGSS y, considerando que el demandante -viudo y padre de cuatro hijos biológicos- reúne las condiciones para acceder al complemento, esto es, ser pensionista de jubilación contributiva y tener más de dos hijos/as, procede la aplicación de la escala c) del referido precepto. La sentencia del TSJ de Canarias no era más que la cabeza del iceberg, cuya magnitud teórica puede derivarse de los datos existentes respecto a las mujeres que perciben el complemento<sup>17</sup>, acrecentado por el

---

<sup>16</sup> Sobre la STSJ de Canarias puede ver el comentario de VICENTE PALACIO, M.A. "Sobre el carácter discriminatorio del complemento por maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género). STSJ Canarias-SOC nº 44/2020, de 20 de enero" *op. cit.*

<sup>17</sup> Los datos del Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social a 30 de diciembre de 2019 eran los siguientes:

El total de mujeres pensionistas con complemento asciende a 646.971, de las cuales 353.705 son pensionistas con dos hijos; 177.366 son pensionistas con tres hijos y 115.900 son pensionistas con cuatro o más hijos.

Por tipología de pensión la distribución es la siguiente:

Las pensiones de Incapacidad permanente con complemento ascienden a 58.361, de las cuales 42.326 son pensionistas con dos hijos; 12.243 son pensionistas con tres hijos y 3792, son pensionistas con cuatro o más hijos.

Las pensiones de jubilación con complemento ascienden a 274.320, de las cuales 169.502 son pensionistas con dos hijos, 73.416 son pensionistas con tres o más hijos y 31.402 son pensionistas con cuatro o más hijos.

Las pensiones de viudedad con complemento ascienden a 314.290, de las cuales 141 1877 son pensionistas con dos hijos, 91 1707 son pensionistas con tres hijos y 80.706 son pensionistas con cuatro o más hijos.

Las previsiones de gasto han sido analizadas por BONELL Y CARPIO, concluyendo que "Esta medida puede llegar a incrementar el gasto en pensiones de jubilación un 2,30%, dentro de unos 60 años<sup>37</sup>, momento en que se haya estabilizado, al compensarse las nuevas incorporaciones con la disminución de las generaciones anteriores. Cuando se alcance el punto de equilibrio, en euros constantes de 2014, y suponiendo un incremento del gasto en pensiones del 2,5%, la cuantía que habría que destinar al CM para la prestación de jubilación podría alcanzar unos 2.600 millones de euros y si lo extrapolamos a todas las prestaciones, con las necesarias cautelas, podría ascender hasta los 3.700 millones de euros". BONELL RUIZ, R. y DEVESA CARPIO, JE. "El complemento por maternidad de las pensiones de la seguridad social en España", *Economía española y Protección Social*, nº 9, 2017, cit., pág. 152.

De interés son las matizaciones aportadas por GRANELL, R&SALVADOR al afirmar que "el gasto total de prestaciones correspondiente al complemento, según los datos de la MCVL-2016, habría

mayor número de hombres pensionistas y sus pensiones más elevadas. En definitiva, elevando la brecha de género y provocando un gasto para el sistema inasumible. La realidad ha confirmado la tendencia anunciada. Así y sin ánimo de exhaustividad, desde la STSJ-Canarias, se ha producido en el mismo sentido las sentencias del TSJ-Murcia de 30 de abril, 11 de mayo, 26 de mayo y 14 de julio de 2020, del TSJ-Galicia de 20 de mayo de 2020... también las de los Juzgados nº 2 de Vigo, nº 3 de Girona y de Teruel (sentencia de 23-XI-2020). Aunque la cuantía de decisiones judiciales es importante, es necesario volver a llamar la atención sobre los resultados.

Dejar las cosas como están, que es lo que está ocurriendo, supone que cada padre pensionista (y cada padre solicitante de pensión) que cumpla los requisitos, pueda solicitar su complemento – el que lo sepa y pueda, generando una especie de “sálvese quien pueda”- que seguramente será denegado por el INSS, incluida la reclamación previa, y recurrida ante los Juzgados de los Social que ya estarán dictando sentencias favorables o no y, a su vez, recurridas o no, con sucesivas decisiones de los TSJ, también recurridas o no; generándose en todo este devenir una fotografía confusa, desigual, desafortunada e irritante. Si la foto no es lo suficientemente distorsionante en sí misma, se ve incrementada por cada decisión diaria de la entidad gestora, que reconocerá pensión con complemento a las mujeres y reconocerá pensión sin complemento a los hombres.

El planteamiento oficial está recogido en el Criterio de gestión de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica nº 1/2020, de 31 de enero. Así, considera que la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, recaída en cuestión prejudicial asunto C-450/18, se refiere estrictamente a la incompatibilidad del art. 60 TRLGSS con la Directiva 79/7/CEE, respecto de la pensión de incapacidad permanente; y que el pronunciamiento del TJUE conlleva la necesaria modificación, mediante una norma con rango de ley, de la regulación del complemento por maternidad contenida en el art. 60 TRLGSS.

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

---

ascendido a 64.303.802 € en el año 2016. Este importe es prácticamente el doble al estimado para el primer año de aplicación por Bonell y Devesa (2017), que era de 32.582.247 € y también superior al estimado inicialmente por el MESS (2015), que ascendía a 51.616.278 €. El motivo de nuestras divergencias es que los otros trabajos no contaban todavía con datos de la MCVL-2016, viéndose obligados a realizar estimaciones menos precisas. El gasto del primer año de aplicación, que supone en torno al 0,05% del gasto total presupuestado en pensiones contributivas (118.942 millones de €), se irá incrementando a medida que se vayan acumulando las altas que se vayan produciendo en los años siguientes. Bonell y Devesa (2017) estiman que cuando el complemento se estabilice, 60 años después de su implantación, puede suponer más del 2% del gasto público en pensiones”. GRANELL, R&SALVADOR, C. (2020): “Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias”,... *op. cit.* Pág. 299.

1. El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el art. 60 TRLGSS, en tanto no se lleve a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguirá reconociendo únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal como se viene haciendo hasta la fecha.

2. Lo establecido en el apartado uno debe entenderse lógicamente sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres, y de la obligación de iniciar el pago de la prestación cuando exista sentencia de un juzgado de lo social o tribunal de justicia condenatoria y se interponga el correspondiente recurso, de conformidad con lo previsto en el art. 230.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Es urgente, aunque llegue tarde, la suspensión del art. 60 TRLGSS en tanto se rediseña el modelo<sup>18</sup>.

En todo caso, de la Sentencia del TJUE integrada en su reiterada doctrina sobre la materia se desprenden criterios a los que debe someterse una nueva ordenación del complemento o figura similar, siendo el fundamental, que coincide con su vicio de ordenación<sup>19</sup>, evitar la inexistencia de un vínculo directo y específico entre la medida de ventaja en el disfrute de pensiones públicas y las desventajas *de facto* derivadas de la cualidad de madre de la trabajadora para aplicar las opciones comunitarias de acciones positivas, como ya ha planteado la doctrina<sup>20</sup>. No obstante, las opciones son múltiples<sup>21</sup> y

---

<sup>18</sup> El rediseño del modelo exige concepciones previas, como apunta RAMOS QUINTANA, M. I. “El complemento por maternidad en el Sistema de Seguridad Social: las compensaciones implícitas en su código genético y la erosión de una acción positiva”, *Revista de derecho social*, nº 89, 2020, págs. 121-150.

<sup>19</sup> “...el complemento de pensión [...] se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión [...], sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera [...] (SSTJUE de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, (C-366/99), apdo. nº. 6, y 17 de julio de 2014, Leone, (C-173/13), apdo. nº. 101).

<sup>20</sup> Estas pautas son planteadas por MOLINA NAVARRETE, C. “Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18”,... *op. cit.*, págs. 200 y ss. y MONEREO PEREZ, J. L. y RODRIGUEZ INIESTA, G., “Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)”...*op. cit.*, págs. 21 y ss.

<sup>21</sup> GALAN DURAN, tras considerar que “no hay duda de que la primera consecuencia de esta importante sentencia, de fecha 12 de diciembre de 2019 (TJCE 2019, 281), es la inaplicación de lo

es conveniente que su ordenación sea completa y acabada, con la finalidad de evitar o disminuir los innumerables problemas que se han planteado, como veremos en los epígrafes siguientes.

La aconsejable y conveniente suspensión y/o su imprescindible replanteamiento abrirán posiblemente opciones vinculadas a la nueva situación económica que está generando la pandemia provocada con la covid-19.

## II. LA CONFLICTIVA ORDENACIÓN DEL COMPLEMENTO

Sea cual sea la necesaria respuesta del legislador en la reordenación del complemento, es conveniente tener en consideración los espacios de conflicto generados. Ciertamente, es constatable que desde la aprobación del complemento de maternidad y su puesta en práctica han surgido problemas, tanto en el orden aplicativo e interpretativo como, y sobre todo, en la búsqueda de la incorporación de situaciones no previstas específicamente en la norma, con más o menos justificación, pero siempre en aras a obtener un incremento de la pensión, no siempre vinculado a la finalidad del complemento.

A los efectos referidos, haremos referencia a las situaciones anunciadas, completando su identificación con las correspondientes decisiones judiciales y con los criterios de gestión dictados al efecto, ante la ausencia de una normativa que complete la ordenación del TRLGSS o de la LCP.

### 1. La injustificada exclusión de las jubilaciones anticipadas

La norma reguladora (TRLGSS, art.60.4) incorpora una limitación importante al determinar que el complemento de pensión, no será de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial, a los que se refieren, respectivamente, los arts. 208 y 215. No obstante lo anterior, se asignará el complemento de pensión que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.

---

dispuesto en el artículo 60.1 de la LGSS en sus términos literales” y ponderar el espacio reformador –“ también cabe tener presente que la adaptación de dicho precepto a lo establecido en la sentencia requiere de una modificación normativa que todavía no se ha producido”-, ofrece una serie de posibles opciones legislativas con sus correspondientes efectos. Así, desde “reconocer el complemento de pensión, en los mismos términos, también a los hombres”, hasta “reconocer este complemento tomando como beneficiaria a la “unidad familiar” en la que se ubican esos hijos, y que, en consecuencia, solo uno de los progenitores pueda acceder al beneficio.., o repartir el porcentaje actual entre ambos progenitores”, y por último, “... podría procederse a una reformulación en profundidad del complemento, imponiendo requisitos más rigurosos que los actuales, aun cuando al mismo accedieran tanto los hombres como las mujeres.”, e incluso “...cabría proceder incluso a la supresión pro futuro de este complemento..” GALAN DURAN, C. “El incierto futuro del “complemento por maternidad” tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA)”, en *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal* N.º. 4, 2020, págs. 67-69.

La limitación recibió la conformidad del TC, con dos importantes votos particulares<sup>22</sup>. En efecto, por Auto de Pleno 114/2018, de 16 de octubre de 2018, inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018, planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona en relación con el art. 60, apartados primero y cuarto, del TRLGSS, al considerarse, a los efectos previstos en el art. 37.1 LOTC, como notoriamente infundada<sup>23</sup>. De esta forma la jubilación anticipada voluntaria no habilita el reconocimiento del complemento. Si bien el Auto del Tribunal Constitucional refiere al art. 60 TRLGSS, su doctrina es lógicamente aplicable a la limitación contenida en la DA 8ª TRLCP, según hemos especificado.

La justificación del Auto es, como afirma el voto particular de la Magistrada Balaguer Callejón “desalentadora e injustificada”<sup>24</sup>, dando en su argumentario prioridad casi en

---

<sup>22</sup> Los Votos particulares fueron planteados por la Magistrada Sra. Balaguer Callejón y el Magistrado Sr. Valdés Dal-Ré.

<sup>23</sup> Sobre al Auto referido ver GARCÍA ROMERO, M.B. “Complemento por maternidad de las pensiones y jubilación anticipada”, en *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Tomo XXXVI: (2015-2018) / coord. por Carmen Sánchez Trigueros, Ángel Arias Domínguez; Manuel Alonso Olea (Dir.), Alfredo Montoya Melgar (Dir.), Antonio Vicente Sempere Navarro (Dir.), 2019, págs. 1669-1677.

<sup>24</sup> Así se pronuncia en su Voto Particular la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, que parcialmente reproducimos por su interés: “Como se reconoce en el Auto del que discrepo, desde la perspectiva de la primera finalidad de la norma, esto es, el reconocimiento que a través de esa prestación pública se efectúa de la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad, la situación de la madre trabajadora que ha tenido dos o más hijos es la misma, con independencia de si se jubila al cumplir la edad establecida en el artículo 205.1 a), de si lo hace en los supuestos de los artículos 206 y 207, o de si se jubila anticipadamente de manera voluntaria cumpliendo los requisitos del artículo 208 LGSS. Pero también es la misma desde el punto de vista de las otras finalidades perseguidas por el establecimiento del complemento de maternidad, porque la discriminación histórica respecto de la mujer trabajadora y madre, la brecha de género en las pensiones y el apoyo a las familias son circunstancias comunes a todos los supuestos de jubilación, y, por tanto, atendidas las finalidades que la regulación persigue, no cabe hacer distinciones entre esos diversos supuestos, siempre que se trate de mujeres que han contribuido con dos o más posibles futuros cotizantes al sistema de Seguridad Social, y que, al mismo tiempo que han ejercido su condición de madres, hayan desarrollado una carrera laboral.

Partiendo de esta premisa, me parece absurdo que se diga en el Auto que el complemento de maternidad se reconoce a las madres también porque su «carrera de seguro» (el período de cotización) se ve acortada por las dificultades para la conciliación laboral derivadas de la maternidad, de manera que no es arbitrario ni irracional excluir del complemento a las que, por optar a la jubilación voluntaria anticipada, deciden acortar esa «carrera de seguro», o que la medida no es desproporcionada, habida cuenta de la limitada importancia del complemento en términos porcentuales, o el amplio margen de decisión que se reconoce al legislador en la configuración del sistema de la Seguridad Social. Esos argumentos son, cuando menos, desalentadores, porque muestran que, a pesar de los objetivos que la introducción del complemento debía perseguir, la discriminación histórica, la brecha en las pensiones y el desconocimiento de la realidad social y de las necesidades de las mujeres y de las familias, por desgracia, persisten aún.

Mi visión del asunto es muy distinta. A mi modo de ver, la exclusión del abono del complemento de maternidad a las mujeres que se jubilen anticipadamente al amparo de lo previsto en el artículo 208 LGSS, en virtud de lo dispuesto en el artículo 60.4 de la misma Ley, es irrazonable y desproporcionada, y, por ende, discriminatoria y contraria al artículo 14 CE.”

exclusividad al “acceso voluntario” y, con ello, a la decisión personal de quienes deciden acortar la “carrera de seguro”, a la sorprendente afirmación sobre “la limitada importancia del complemento en términos porcentuales” y el ya conocido y reiterado “amplio margen con que cuenta el legislador para regular las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, atendiendo las necesidades existentes con los medios disponibles, de lo que se deduce que “la diferencia de trato debe entenderse proporcionada, sin que produzca resultados especialmente gravosos o desmedidos”<sup>25</sup>.

Una vez más, los socorridos argumentos de la libre configuración legal en materia de Seguridad Social y de la limitación de los recursos económicos del sistema, son recurrentes y con referencia constante al libre margen legislativo en aquel ámbito de coberturas sociales. En efecto, con ocasión del juicio de proporcionalidad de la medida enjuiciada, se ha subrayado el amplio margen de decisión que el Tribunal Constitucional ha reconocido al legislador en la configuración del sistema de la Seguridad Social, en particular, «a la hora de regular y modificar las prestaciones para adaptarlas a las necesidades del momento, teniendo en cuenta el contexto general en que aquellas situaciones se producen, las circunstancias socioeconómicas, la disponibilidad de medios

---

<sup>25</sup> De interés son las argumentaciones contenidas en el voto particular del Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, que sintetiza argumentario de Auto en los siguientes términos:

“En efecto, el auto de inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad gravita alrededor de tres ideas fuerza que a mí parecer no atienden a la finalidad de la norma, pues no indagan en la relación inexcusable de coherencia entre esa finalidad y la concreción normativa. Como puede verificarse, el pronunciamiento afirma:

a) Que el complemento de maternidad se reconoce a las madres por su aportación demográfica pero también en razón a que su «carrera de seguro» se ve acortada, por las dificultades para la conciliación laboral derivadas de la maternidad, y que desde ese punto de vista no resulta arbitrario ni irracional excluir del complemento de referencia a aquellas madres que, al acceder voluntariamente a la jubilación anticipada, acogidos a la posibilidad que les brinda el artículo 208 LGSS, opten por acortar su «carrera de seguro», es decir, su período de cotización. En suma, que es razonable no reconocerlo a quien, pudiendo haber cotizado más años, se acoge a la jubilación anticipada voluntaria del artículo 208 LGSS, y sí atribuirlo, en cambio, a quienes lo hacen con base en la «jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador» del artículo 207 del texto refundido, que lo reconoce a las trabajadoras que se hallen en esta última situación. Y ello, se nos dice, porque el régimen legal previsto en el artículo 207 LGSS responde a un sistema previsto para casos en los que haya una expectativa de continuación en el empleo que se ve frustrada por alguno de los motivos citados en el precepto, supuestos de hecho tasados, ajenos a la voluntad del trabajador, claramente diferenciados de los que dan derecho a la jubilación del artículo 208 LGSS.

Con ello se resuelve el juicio de objetividad y razonabilidad de la distinción legal.

b) Que estamos ante un «complemento» que tiene, afirma el Auto, «limitada importancia» en términos porcentuales y que, además, el legislador cuenta con amplio margen para regular las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, atendiendo las necesidades existentes con los medios disponibles.

Así se resuelve el juicio de proporcionalidad.

c) Que la medida cuestionada se explica también desde la perspectiva de la sostenibilidad del sistema de pensiones, ya que la jubilación anticipada acorta el período de contribución al sistema y amplía el de disfrute de la pensión, por lo que es lógico que el legislador introduzca normas para desincentivarla”.

de financiación y las necesidades de los diversos grupos sociales, así como la importancia relativa de las mismas». Está lógica, como afirma el voto particular del Magistrado Valdés Dal-Ré “amenaza una y otra vez el control de constitucionalidad en materia de Seguridad Social con la fatigosa (pero intencional) e invariable alusión al margen de libertad del legislador, como si el legislador no estuviera limitado en sus concreciones normativas, pese a su margen político, por los mandatos constitucionales.”

En este espacio, el voto particular recuerda que “el artículo 53 CE sitúa la tutela y delimitación de los derechos fundamentales en su contenido esencial, sin que nada ajeno a este pueda por tanto constreñirlos. En particular, parámetros coyunturales del escenario económico, que no se encuentran en la base de su función, ni pueden entenderse como fuente motivadora de su reconocimiento ni quedan asociados a su finalidad y consagración constitucionales”. Por tanto, como sigue afirmando, “no se trata, entonces, de negar los márgenes legislativos que resalta desde hace tiempo nuestra doctrina, sino de situarlos en lo que es compatible con la lógica constitucional de la cobertura del contenido esencial de los derechos fundamentales. Y es que, sea cual sea la libertad de configuración del legislador que quiera proclamarse, debe someterse a ese filtro; aquí al del contenido esencial del principio general de igualdad. Insisto en la obviedad. O por expresar la idea en otros términos: la libertad de configuración legal en materia de Seguridad Social no es un criterio de delimitación del contenido esencial de ningún derecho fundamental, sino únicamente una expresión o concreción normativa de política legislativa, legítima e imprescindible, pero que podrá operar en su recorrido potencial solo, o hasta, donde no traspase el contenido esencial del derecho de que se trate; en el caso a examen, el del artículo 14 CE”.

Coincide el Tribunal Constitucional con el planteamiento del Fiscal General del Estado, que afirma que, si bien es cierto que el complemento de maternidad se reconoce a las madres por su aportación demográfica, también lo es en razón a que su “carrera de seguro” se ve acortada, por las dificultades para la conciliación laboral derivadas de la maternidad. En este sentido el TC entiende que no resulta arbitrario ni irracional excluir del complemento de referencia a aquellas madres que, al acceder voluntariamente a la jubilación anticipada, acogiéndose a la posibilidad que les brinda el art. 208 LGSS, opten por acortar su “carrera de seguro”, es decir, su período de cotización.

La lógica del argumentario de Auto exige para su visualización confrontar dos realidades entre las múltiples posibles, de conformación generalizada, a saber:

- trabajadora A.- con 2 hijos que accede “voluntariamente” y procedente de activo
- la jubilación es voluntaria- a la jubilación a la edad ordinaria acreditando 15 años de cotización. Se reconoce complemento.

- trabajadora B.- con 4 hijos que accede “voluntariamente”, según derecho reconocido por la Ley y procedente del paro, a la jubilación anticipada voluntaria, acreditando (por exigencia legal) 35 años de cotización, esto es, 20 años más de carrera de seguro. No se reconoce el complemento.

Al elemento comparativo, que habla por sí mismo, habría que añadir una especie de vulneración en la Ley del derecho de indemnidad, en el sentido de determinar si es razonable y proporcional que el ejercicio de un derecho reconocido por la ley lleve implícito una penalización adicional – la anticipación de la edad de jubilación es penalizada- y ajena – eliminando la aportación demográfica, el tiempo de cuidado a los hijos, la brecha de género...- al invadir el complemento por maternidad. También la doble penalización podría ofrecer sus dudas constitucionales.

Ninguno de los argumentos – ni los planteados expresamente, ni los silenciados- tuvieron relevancia para la decisión del Tribunal Constitucional. Siguiendo sus razonamientos y en términos indubitados concluye el Tribunal Constitucional afirmando que “como el objetivo del complemento de maternidad es compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores, parece razonable no reconocerlo a quien, pudiendo haber cotizado más años, se acoge a la jubilación anticipada voluntaria del artículo 208 LGSS. Así pues, desde la óptica de la finalidad de la norma enjuiciada, la diferencia introducida entre quien se jubila anticipadamente de forma voluntaria y quien intenta agotar su período de cotización obedece a un criterio objetivo y razonable”. En definitiva, el Tribunal Constitucional considera que la exclusión del complemento de maternidad a las madres que se jubilen anticipadamente de forma voluntaria no vulnera el principio de igualdad, ya que este complemento no solo reconoce a las madres por su “aportación demográfica”, sino que trata de “compensar a las madres que de forma involuntaria ven reducida su carrera de seguro”.

Frente a ello, son múltiples y contundentes los elementos de “razón constitucional” que hubieran justificado la admisión de la cuestión y la declaración de vulneración del art. 14 CE, como defendieron los votos particulares.

La negativa del Tribunal Constitucional y la argumentación planteada en los votos particulares, seguramente se encuentra en el fondo argumentario que justificó el planteamiento del JS n.º 3 de Barcelona de decisión prejudicial ante el TJUE, con fecha 9 de marzo de 2020 (Asunto 130/20).

En el supuesto de que el complemento sea reordenado por el legislador y ante las posibles alternativas, conviene tener presentes las argumentaciones planteadas por las partes intervinientes.

De esta forma, la parte demandante sustenta su posición en la posible discriminación que la regulación actual del complemento de maternidad recogida en la LGSS plantea entre mujeres. Esto es, se penaliza a las mujeres que se jubilan de forma anticipada voluntaria frente a mujeres que se jubilan con el 100% de la pensión e incluso con su límite máximo; también frente a las mujeres beneficiarias de pensión de viudedad, por cuanto sin comprobar la carrera profesional propia, se les reconoce tal complemento.

Añade la parte actora que el art. 60 LGSS recoge una regulación contraria a la normativa comunitaria porque, a su juicio, la finalidad por aquélla perseguida no se corresponde con las recomendaciones europeas al respecto, a saber, la reducción de la brecha de género en materia de pensiones públicas. En este sentido se invocan los arts. 21.1 y 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea (CDFUE) en relación con el art. 157.4 TFUE. A su entender, se trata de forma desigual a mujeres que han sido madres de dos o más hijos por el mero hecho de acceder de forma distinta a la pensión de jubilación ello, aunque la finalidad de la norma se declara compensatoria de la aportación demográfica. Por último, se refiere la parte demandante a la STJUE del 05.06.2018 (Asunto C-574/16), que en su párrafo 46 recoge que “según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de no discriminación, (...) exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables”.

Por su parte, la entidad gestora -parte demandada- que denegó a la demandante el complemento de maternidad en base a lo recogido por el art. 60.4 LGSS, se remite a la norma y alega, además, que la finalidad de excluir la percepción del complemento de maternidad a quienes se jubilan de forma anticipada voluntaria responde “evitar que se fomente el acceso a la jubilación anticipada por las empresas o por los propios interesados, de los trabajadores que tienen bases reguladoras superiores a la pensión máxima, al no resultar penalizados por los coeficientes reductores, que quedan absorbidos por la base reguladora”.

En cuanto al planteamiento de la cuestión prejudicial que se propone, la parte demandante se opone por cuanto entiende que el art. 157.4 TFUE no resulta aplicable a la cuestión litigiosa. En este sentido argumenta que el citado artículo se refiere a las situaciones discriminatorias que pudieran darse en razón de sexo derivadas de la falta de proporcionalidad de la norma controvertida, circunstancia que no se produce en el litigio actual pues la situación de posible desigualdad ante la ley se plantea de una persona frente a otra, ambas del mismo sexo -femenino-, en relación con el importe de pensión de jubilación cuando se accede a ella desde distintas modalidades.

De esta forma, la entidad gestora demandada entiende que no existe un supuesto de discriminación sino de desigualdad ante la Ley, circunstancia, esta última, sobre la que ya se pronunció el Tribunal Constitucional determinando que el art. 60.4 LGSS se ajusta al principio de igualdad ante la ley consagrada por el art. 14 CE y por el art. 20 CDFUE.

Una vez expuestas las posturas de las partes, la petición de decisión prejudicial pasa a analizar tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el asunto litigioso.

Respecto de la primera, jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se analiza su Auto nº 114/18, de 16 de octubre que desestima la cuestión de inconstitucionalidad en relación con la aplicación del complemento de maternidad recogido en el art. 60.4 LGSS al entender que la diferencia introducida por el legislador en este art. “tiene una justificación objetiva y razonable [...] ya que la jubilación anticipada acorta el período de contribución al sistema y amplía el de disfrute de la pensión, por lo que es lógico que el legislador introduzca normas para desincentivarla”.

En orden a las competencias de control del Tribunal Constitucional, éste examina si el complemento se ajusta al canon de interpretación del derecho fundamental a la igualdad de trato en la Ley que consagra el art. 14 CE, determinando que “lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, por lo que, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos”. Por ello, entiende el magistrado que el Auto referido no interfiere al planteamiento de la cuestión prejudicial que se plantea, puesto que el debate se centra en la aplicación del Derecho de la Unión Europea y no a la Constitución Española.

En lo relativo a la jurisprudencia del TJUE se analiza su Sentencia (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), que analiza el complemento en litigio (art. 60 LGSS) y que plantea premisas aplicables al caso planteado en esta petición.

En primer lugar, se aborda la exclusión de este complemento de maternidad aplicado a la pensión de jubilación dentro del radio de aplicación del art. 157, apartado 2 TFUE, por cuanto el mencionado complemento tiene naturaleza jurídica de pensión pública contributiva y, consecuentemente, no se enmarca en el concepto de retribución, ni en el sentido del art. 157 TFUE, ni en el de la Directiva 2006/54, apartado 33.

De igual forma, tampoco se considera aplicable el apartado 4 del art. 157 TFUE, pues la “concesión de un plus a las mujeres como el controvertido no aporta ningún remedio a

los problemas que puedan encontrarse las mujeres en su carrera profesional, ni tampoco compensa las desventajas que tienen o pudieran tener en su vida profesional”.

Sin embargo, sí procede el análisis del contenido del art. 60.1 LGSS, a la luz de la prohibición de discriminación establecida en el art. 4, apdo. 2, a los efectos de comprobar si constituye una excepción a dicha prohibición al igual que corresponde determinar si es o no aplicable el art. 7, apdo. 1, letra b), ambos de la Directiva 79/7, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

En este sentido, se pueden extraer diversas ideas clave sobre las que va a pivotar, primero, la jurisprudencia recogida en esta sentencia del Tribunal de Justicia y, segundo, el pronunciamiento del órgano jurisdiccional remitente. A saber:

- Respecto del objetivo de recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social perseguido por el art. 60.1 LGSS, el TJUE determina que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres, lo que conlleva que por sí sola dicha aportación no justifique que hombres y mujeres no se encuentren en una situación comparable a los efectos de la percepción del complemento de pensión.

- A la luz del argumento esgrimido por el Gobierno español, se valora otro objetivo perseguido por la norma, cual es que constituye una medida destinada a minorar la brecha de género existente entre las pensiones de hombres y mujeres, producida como consecuencia de las diferentes trayectorias laborales. Es decir, se persigue garantizar el reconocimiento de “pensiones adecuadas a las mujeres que han visto reducida su capacidad de cotización y, con ello, la cuantía de sus pensiones, cuando por haber tenido dos o más hijos, y haberse dedicado a su cuidado, han visto interrumpidas o acortadas sus carreras profesionales”.

- Junto a ello, se establece -por parte de la entidad gestora española- un alcance de la medida como política social destinado a corregir el efecto negativo que, según las estadísticas, sufren las pensiones de jubilación en su cuantía en los casos de mujeres que han tenido al menos dos hijos, frente a las que han tenido uno o ninguno.

Así, se determina que uno de los objetivos, al menos parcial, de la norma controvertida tiene como finalidad la protección de las mujeres en su condición de progenitor.

Como quiera que, analizado el complemento en cuestión recogido en el art. 60.1, no cabe vincularlo al disfrute del permiso de maternidad, ni a las desventajas que sufren las mujeres en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período posterior

al parto, ni tampoco se puede relacionar a la condición biológica de las mujeres que hayan dado a luz o a aquéllas que han interrumpido su empleo debido a la educación de sus hijos, se ha de determinar que el complemento controvertido no constituye causa por la que sea de aplicación a excepción a la prohibición de discriminación establecida en el art. 4.2 de la Directiva 79/7, ni tampoco resulta aplicable el art. 7.1 b) de igual Directiva.

En consecuencia, la sentencia determina la discriminación directa por razón de sexo que supone la aplicación del art. 60.1 LGSS, respecto de los hombres que se encuentran en igual situación que las mujeres resultando, por tanto, contraria a lo establecido por la Directiva 79/7. Desde la perspectiva de que, a juicio del órgano remitente, resulta irrazonable e injustificado que las mujeres que anticipan voluntariamente su jubilación - cuando la jubilación es, en todo caso, voluntaria, aunque exista una edad ordinaria legamente prevista- queden excluidas de la percepción del complemento en litigio, cabe preguntarse si el supuesto concreto planteado constituye un trato discriminatorio en relación con lo establecido por la Directiva 79/7.

Advierte además el órgano remitente que la alegación realizada por la demandada referida a que la demandante supera la pensión máxima, prevista en el sistema español de seguridad social, queda neutralizada por el hecho de que el complemento por maternidad se aplica, aunque la cantidad resultante supere la pensión máxima como sucede en el caso concreto litigioso.

Por lo dicho, considera el Juzgado necesario plantear cuestión prejudicial en orden a determinar si la exclusión de percepción del complemento por maternidad a las mujeres que anticipan voluntariamente su edad de jubilación frente al resto -mujeres que se jubilan a edad ordinaria legalmente prevista, las que lo hagan anticipadamente en razón de la actividad laboral desempeñada o en caso de discapacidad, o las mujeres que se jubilen anticipadamente por causa no imputable a ellas mismas- es acorde a la normativa europea que garantiza la igualdad de trato en su sentido más amplio, esto es, igualdad entre hombres y mujeres y también entre mujeres.

## **2. El límite temporal a debate. Del Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su archivo**

La norma que incorporó al espacio protector de la seguridad social el complemento por maternidad estableció un límite temporal. En efecto y como vimos, el complemento de maternidad fue introducido en nuestro sistema de Seguridad Social por la DF 2ª de la Ley 48/2015, de presupuestos generales del Estado para el año 2016, cuya DF 3ª<sup>26</sup> lo limitó a

---

<sup>26</sup> La referida disposición estableció que “El complemento por aportación demográfica a la Seguridad Social, que se regula en el artículo 50 bis del texto refundido de la Ley General de la

las pensiones causadas con posterioridad al 1 de enero de 2016. Regulación que como vimos ha pasado en idénticos términos al art. 60 del vigente TRLGSS con idéntico límite temporal, esto es, a las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2016, de conformidad con lo establecido en la DF única TRLGSS.

Por Auto de 20 de diciembre de 2018 el JS nº 26 de Barcelona acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el segundo párrafo de la DF única TRLGSS, por poder ser contrario a los arts. 14 y 41 CE. Por Auto de Pleno del TC nº 89/2019, de 16 de julio de 2019, se inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 364-2019, planteada por el referido Juzgado de lo Social.

Antes de referirnos a la decisión del Tribunal Constitucional, es bueno saber de qué estamos hablando cuando nos referimos a las mujeres pensionistas que quedaron fuera de la aplicación del complemento. Ciertamente, su exclusión significa no reconocer su aportación demográfica que, en términos medios, corresponde a las generaciones de mujeres que han tenido más hijos que las siguientes, siendo las más afectadas por estructuras laborales y familiares más desfavorables y para las que la brecha de género en la pensión es superior. Se trata sobre todo de las madres del baby-boom (que lo fueron entre 1945-64) y las madres de la Generación X (de hijos nacidos entre 1965-79), cuyas tasas de fertilidad fueron, según datos del Banco Mundial (2017), de 2,88 y 2,78, más del doble que la actual tasa de fertilidad, que se sitúa en 1,34 en 2017.

Según el estudio realizado por Granell y Salvador “si suponemos que la distribución de hijos por mujer de las pensiones causadas con anterioridad a 2016 es la misma que la de las altas con derecho al complemento, la proporción de las altas en 2016 que lo perciben (58,4%, tabla 2) sería también la que corresponde al total de mujeres pensionistas de 2016 (3.842.500, estimada con la MCVL-2016, eliminando las concurrencias de pensión). En tal caso, se estima que la aplicación actual del complemento excluye a 2.244.020 mujeres por ser pensionistas antes de 2016”<sup>27</sup>.

No obstante, hay que tener en cuenta que algunas de las mujeres excluidas por la fecha de entrada en vigor, accederán al complemento a través del reconocimiento de la pensión de viudedad que, por cierto, representan el porcentaje más alto de las pensiones complementadas.

---

Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, será aplicable, cuando concurren las circunstancias previstas en el mismo, a las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente que se causen a partir de 1 de enero de 2016 y cuya titular sea una mujer”.

<sup>27</sup> GRANELL, R. & SALVADOR, C. (2020): “Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias”... *op. cit.*, pág. 300.

En todo caso, antes de aventurarse a proponer medidas, por muy razonables que sean, es imprescindible conocer su impacto económico<sup>28</sup>.

A modo de conclusión de su argumentario el Tribunal Constitucional afirma que, desde la perspectiva del art. 14 CE, la aplicación del complemento por maternidad únicamente a las mujeres que causen una pensión contributiva a partir del 1 de enero de 2016 no implica, por ese solo hecho, la vulneración de aquel precepto constitucional, ni tampoco puede ser tachada de arbitraria, pues no responde a una decisión caprichosa o injustificada del legislador. Es preciso reiterar que el art. 14 CE no impide el distinto tratamiento temporal de situaciones iguales, motivado por la sucesión normativa, porque no exige que se deba dispensar un idéntico tratamiento a todos los supuestos con independencia del tiempo en que se originaron o produjeron sus efectos. Junto a ello, se ha de insistir en que nos hallamos ante una cuestión vinculada a la libertad de configuración de la que goza el legislador para determinar los efectos temporales de la norma, tarea en la cual no ha establecido un criterio injustificado o irrazonable que lesione los derechos de quienes ya fueran beneficiarias de una pensión contributiva en aquella fecha, sino que, en una decisión que se ajusta a los principios generales de derecho transitorio de la Seguridad Social y a la regla general de irretroactividad de las leyes del art. 2.3 del Código civil, ha optado por establecer el momento a partir del cual el incremento de la concreta prestación surtiera efecto. Por último, se puede afirmar que la decisión adoptada no carece de una justificación razonable, según ha quedado expuesto. En este proceso corresponde al legislador, en atención al margen que constitucionalmente tiene reconocido para la regulación del sistema de Seguridad Social, valorar las circunstancias y los múltiples condicionantes, entre ellos los económicos, para introducir la modificación legislativa que supone el reconocimiento del complemento por maternidad, y, a tal efecto, fijar los límites y establecer el alcance de la modificación, en atención a las disponibilidades del momento y a las necesidades de los grupos sociales, sin que, en conclusión, la previsión legislativa cuestionada pueda ser tachada de irrazonable y contraria al art. 14 CE.

Ante la inadmisión por el Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, el mismo JS nº 26 de Barcelona, por auto de 28 de octubre de 2019 eleva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales: 1º ¿Podemos considerar que el complemento de maternidad regulado en el art. 60 LGSS,

---

<sup>28</sup> Ambos elementos se dan en la apreciación de MONEREO Y RODRIGUEZ al considerar que "Sobre su injusto y limitado alcance temporal (a situaciones a partir de 1-1-2016), salvo que se piense que la dosis de Seguridad Social que se puede permitir España no lo admita." MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos., cit. pág. 22. Probablemente, según los números proporcionados por GRANELL, R&SALVADOR, afectaría a 2.244.020 mujeres, dan la respuesta al interrogante.

cuyo texto refundido fue aprobado por el RDleg. 8/2015, es una medida o acción positiva dirigida a lograr la igualdad material entre mujeres y hombres al amparo del art. 157.4 TFUE? 2º En caso de respuesta positiva a la anterior cuestión, ¿se opone al principio de proporcionalidad al que debe someterse toda acción positiva la limitación temporal a las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2016 dispuesta por la DF única del RDleg. 8/2015?

El criterio que plantea el Juzgado de lo Social se centra en los siguientes términos:

- Considera que el complemento de maternidad constituye una acción positiva dirigida a lograr la igualdad material entre mujeres y hombres, amparada en el art. 157.4 del TFUE, dirigida a compensar las desventajas tradicionalmente sufridas por las mujeres en su carrera de cotización, por el rol social que las ha constreñido a dedicarse al cuidado de sus familias en detrimento de sus carreras profesionales.

- Considera que limitar el reconocimiento del complemento a las mujeres, excluyendo a los hombres, no quebranta el principio de proporcionalidad, pues aunque un hombre también puede haber visto perjudicada su carrera profesional (y de cotización) por dedicarse a su familia, ello sería consecuencia de decisiones personales o circunstancias familiares; no por haber quedado sujeto a un rol social discriminatorio. Planteamiento resuelto por el TJUE en el intervalo temporal en sentido opuesto al planteado por el Juez.

- En cambio, considera que la limitación temporal del complemento sí vulneraría el principio de proporcionalidad, pues excluiría, sin justificación alguna, precisamente a las mujeres de mayor edad, de generaciones pasadas, que accedieron a una prestación de Seguridad Social antes del 1 de enero de 2016 y que, por tanto, con mayor intensidad sufrieron la presión social para postergar en favor de la familia su carrera profesional. Mujeres cuya carrera de cotización se debería haber desarrollado en la segunda mitad del siglo XX, cuando lo habitual, lo socialmente esperable, era que la mujer, al casarse, abandonara toda actividad productiva retribuida y quedara recluida en el cuidado del hogar familiar.

Por Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 2020 y de conformidad con el art. 100 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, procede archivar el asunto C-861/19. El archivo trae su causa del siguiente planteamiento:

- Mediante escrito de 18 de diciembre de 2019, la Secretaría del Tribunal de Justicia notificó al órgano jurisdiccional remitente, a saber, el Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona, la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2019 (Complemento de pensión por maternidad) (C 450/18, EU:C:2019:1075), invitándole a que indicara

si, a la luz de dicha sentencia, deseaba mantener su petición de decisión prejudicial.

- Mediante auto de 13 de febrero de 2020, recibido en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 25 de febrero de 2020, el órgano jurisdiccional remitente hizo saber al Tribunal de Justicia que no deseaba mantener la referida cuestión prejudicial.

Dada que la cuestión principal y teniendo en cuenta los antecedentes de otras cuestiones prejudiciales planteadas -y de especial importancia era la valoración de la limitación temporal del complemento-, en los términos que hemos reproducido, no resulta demasiado entendible la posición del Juez español.

### 3. La finalidad de la norma se diluye y prima el incremento de la pensión

La problemática se ha planteado respecto a la interpretación de la expresión que utiliza el art. 60 TRLGSS al referirse a “hijo nacido”, a los efectos de determinar la aplicación del complemento o para cuantificar su valor económico<sup>29</sup>.

#### 3.1. Sobre la norma civil aplicable

Una de las cuestiones surgidas ha venido predeterminada por la fijación de la norma civil aplicable<sup>30</sup>, esto es, la norma que determina el concepto de nacimiento a efectos civiles<sup>31</sup>, cuando esta ha cambiado. En efecto, la norma civil vigente en la fecha del alumbramiento establecía en su art. 29 que “*El nacimiento determina la personalidad; pero*

---

<sup>29</sup> En algunas sentencias de TSJ se ha planteado la admisión del recurso de suplicación en función de la insuficiente cuantía del complemento. A este respecto se ha considerado que, al igual que ha determinado la doctrina del TS en los supuestos de complementos por mínimos (STS 2 abril 2007, Rec. 5355/2005), nos hallamos ante un supuesto de los contemplados en el art.191.3 c) LRJS, es decir, de aquellos en todo caso procede suplicación, por ser de los que versan sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social, así como sobre el grado de incapacidad permanente aplicable; ya que el complemento por maternidad, como el de mínimos, ha de identificarse como una prestación, aunque sea complementaria, porque tiene su propia autonomía y una finalidad diferenciada de las prestaciones a las que complementa, en concreto compensar a las mujeres -y solo a ellas- la por su aportación demográfica a la Seguridad Social. Por tanto, una interpretación armónica de la norma procesal sobre el acceso al recurso de suplicación y de la norma sustantiva, observadas desde una perspectiva de igualdad de trato y oportunidades, conforme impone el art.4 LOIMH, nos lleva a la conclusión de que el recurso es admisible, *ratio materiae*.

<sup>30</sup> Para el Criterio de gestión de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, nº 24/2017, de 30 de octubre de 2017, la adquisición de personalidad civil vendrá determinada por lo previsto en el art. 30 del CC (LEG 1889, 27), en su redacción vigente en el momento del nacimiento.

<sup>31</sup> El supuesto de hecho es el siguiente: La demandante es madre de una hija, nacida NUM003.1987. El NUM002.1985, tras gestación gemelar de 31 semanas, alumbró feto muerto (500 gramos de peso y maceración grado IV que no permitió autopsia), y seguidamente, un segundo feto que nació vivo, si bien afecto de prematura con posible afección amniótica, y enfermedad de membranas hialinas, falleciendo por anoxia al poco de su fallecimiento, no llegando a completar 24 horas de vida.

*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente" y el artículo 30 del CC disponía que "para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno". Dicho precepto fue modificado por la DF 3ª de la Ley 20/2011 de 21 de julio, que entró en vigor el 23-7-2011 con la siguiente redacción: "la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida una vez producido el entero desprendimiento del seno materno".*

La discusión, por tanto, se centra en determinar si en el momento del hecho causante de la pensión que genera la adición del complemento de maternidad es aplicable el vigente art. 30 del CC o el que estaba vigente en el momento del alumbramiento. De la solución depende que se reconozca o no el complemento "que compensa la aportación demográfica a la seguridad social".

Es conocido como criterio de legalidad y constituye "*doctrina consolidada y uniforme del Tribunal Supremo, que en materia de prestaciones de Seguridad Social la legislación aplicable es la vigente en el momento de producirse el hecho causante de la prestación*" (entre otras STS de fecha 17-1-2005).

En este espacio, el TSJ-Aragón en sentencia 168/2019 de 20 marzo. determina que, a la fecha del hecho causante, serán de aplicación los requisitos establecidos por la legislación de Seguridad Social vigente en dicho momento para el acceso a la prestación correspondiente, incluido el complemento reclamado, y así en la norma aplicable se establece que: "*A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente*". En la medida en que el complemento de pensión tiene naturaleza jurídica de pensión pública contributiva y la fecha del hecho causante es la de las pensiones de jubilación, viudedad e incapacidad permanente causadas con posterioridad a 1-1-2016 que complementa, por lo que, al no establecer nada el art. 60 TRLGSS respecto de la legislación aplicable a efectos de determinar el concepto de nacimiento, debe de estimarse que la aplicable debe de ser la vigente a la fecha del hecho causante.

De todo lo anterior se deriva en forma conclusiva que, a la fecha de vigencia de la norma y a la de la fecha del hecho causante, la norma que determina el concepto de nacimiento a efectos civiles es el art. 30 CC, que fue objeto de modificación por Ley 20/2011 de 21 de julio y que está en vigor desde el 23-7-2011, que era conocida por el legislador, que nada dice respecto del concepto de nacimiento que debe de ser tenido en cuenta en cada supuesto, por lo que habrá que entender que la voluntad del legislador fue la de la aplicación del concepto de nacimiento vigente al establecerse el complemento, que no es otra que la redacción del art. 30 CC a la fecha de entrada en vigor de la norma

que establece el complemento y que dice *"la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida una vez producido el entero desprendimiento del seno materno"*.

Como veremos en los epígrafes siguientes, donde se analizan otros aspectos que exigen la aplicación del CC, no se plantean dudas sobre cuál es la norma civil aplicable.

### 3.2. *Sobre la necesidad o no de que el hijo hubiera nacido vivo*

Para el TSJ-Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª) Sentencia nº 351/2019 de 10 abril, el problema no se centra en la norma civil aplicable, que no se discute, siendo la vigente en el momento del parto. A estos efectos se afirma que, de la propia redacción del art. 60 TRLGSS se desprende *la importancia de que el hijo haya nacido vivo* y, ello es compatible con la redacción del art. 30 del Código Civil del año 1981 pues no se acreditó que el feto naciera con vida ni, por supuesto, que viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Para el Tribunal, lo más relevante en una interpretación finalista del art. 60 TRLGSS, conforme al art. 3.1 CC, es que el complemento de maternidad se reconoce con la finalidad de compensar a las madres por la aportación demográfica a la Seguridad Social<sup>32</sup> que supone la crianza de un hijo, y no por el hecho del embarazo o incluso del parto, a diferencia de lo que sucede en otras normas de la Seguridad Social como las que asimilan a los periodos de cotización -para causar derecho a una prestación- los partos, siempre que hayan tenido una duración de 180 días pues, en uno y otro caso, su finalidad es diferente. Y, precisamente por ello, no resultan de aplicación analógica al supuesto que nos ocupa los arts. 8 y 17 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

De la misma opinión es la Sentencia nº 904/2019 de 11 septiembre del TSJ-Islands Canarias, Tribunal que mediante Auto 7.12.2018 en el recurso de suplicación 850/2018, había planteado cuestión prejudicial ante el TJUE.

---

<sup>32</sup> Criterio de gestión de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, nº 24/2017, de 30 de octubre de 2017, sobre el complemento por maternidad, periodos de cotización asimilados por parto y beneficios por cuidado de hijos o menores. Supuestos en los que el nacido no llega a adquirir personalidad civil, se pronuncia en los siguientes términos:

"El bien jurídico protegido por el complemento por maternidad previsto en el artículo 60 del TRLGSS, no es el hecho del parto en sí mismo, sino la necesidad de paliar las consecuencias negativas que las mujeres experimentan en su vida laboral -con el correspondiente reflejo en las prestaciones de la Seguridad Social- como consecuencia de tener hijos biológicos o adoptados; circunstancia que, por otra parte, constituye una aportación demográfica a la Seguridad Social fundamental para el sostenimiento del sistema de Seguridad Social cuya financiación está basada en el reparto. En consecuencia, a efectos del reconocimiento de dicho complemento es necesario que el hijo nacido haya adquirido personalidad civil de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Código Civil. Entendiéndose que, la adquisición de personalidad civil vendrá determinada por lo previsto en el artículo 30 del CC (LEG 1889, 27) en su redacción vigente en el momento del nacimiento".

“...si lo sostenido por la Sala en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial es la posible vulneración del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en perjuicio del varón- padre educador y cuidador de sus hijos- en el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social o en materia de empleo o retributiva; no podemos vincular ahora la atribución del derecho al complemento exclusivamente al concepto de "maternidad" aplicable en los supuestos de los arts. 177 LGSS- prestación por maternidad- o 235 LGSS- periodos de cotización ficticios por parto-, pues aquí la finalidad de la norma es otra, atinente al sostenimiento del propio sistema de la Seguridad Social y su viabilidad, mediante el nacimiento, cuidado, mantenimiento y educación de los hijos- nacidos o adoptivos- como hipotéticos y futuros integrantes del mismo. Ello excluye de forma palmaria a los fetos alumbrados muertos como el objeto de autos que de ningún modo puede computarse a aquellos efectos como hijo "nacido".

La doctrina referida no es pacífica en los Tribunales Superiores de Justicia, lo que anuncia la más que probable intervención del Tribunal Supremo en unificación de doctrina. Ejemplo de lo referido es la Sentencia nº 4821/2018 de 7 diciembre del TSJ-Galicia. En efecto, por un lado reconoce la existencia de diversas instrucciones y circulares de la entidad gestora sobre inclusión de abortos e hijos mortinatos en el concepto de parto a los efectos del subsidio por maternidad, de forma que la entidad gestora considera hijos nacidos a los efectos prestacionales aquellos en que se produce el desprendimiento del seno materno transcurridos los 180 días de gestación en relación con los periodos de cotización asimilados por parto contemplados en el art. 235 LGSS, así como en relación con el subsidio por maternidad de los arts. 177 y ss., de dicha Ley. Sin embargo, la Sala precisa que la circunstancia de que a los efectos de otras prestaciones - señaladamente el subsidio por maternidad de los arts. 177 y ss. LGSS y el complemento por parto del art. 235 de dicha Ley- , se considere asimilado a un parto el desprendimiento del seno materno transcurridos los 180 días de gestación... no es un dato decisivo a los efectos interpretativos del art. 60 de dicha Ley... pues lo que se interpreta a efectos de una prestación no tiene por qué extenderse a los efectos de otras.

Tras la referida coincidencia interpretativa, en este caso de carácter no decisorio, el Tribunal llega a conclusión contraria al TSJ-Aragón. Así, la Sentencia reconoce que se trata de una medida concebida como específica en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres -utilizando la dicción del art. 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres-. Bajo esta perspectiva, la medida trata de compensar la discriminación laboral que sufren las mujeres trabajadoras, en especial las que a la vez han sido madres y más singularmente, las que han tenido más de un hijo, todo ello con la finalidad de reducir

una brecha que no solo es salarial, también derivadamente pensional. Y justamente sobre la brecha pensional es sobre lo que incide la medida específica.

Bajo la perspectiva referida, el Tribunal afirma que "...si lo pretendido es compensar una situación de discriminación que las mujeres han sufrido por ser trabajadoras y madres de más de un hijo, que, si patentizable aún hoy día en la evidencia de la brecha salarial, lo era más todavía en las épocas históricas en que las mujeres que ahora acceden a una pensión de jubilación, se encontraban trabajando en periodo de tener hijos, esa situación de discriminación se producía ya desde el momento del embarazo, con independencia de si llegaba a buen término. En consecuencia, si el legislador, en aras a superar la brecha pensional derivada de esa brecha salarial histórica, ha tomado en consideración el nacimiento de un hijo para generar el complemento, esa expresión se debe entender en el sentido amplio de incluir todo desprendimiento del seno materno transcurridos los 180 días de gestación.

### *3.3. Sobre el lugar de nacimiento y adopción y el titular del complemento de maternidad*

Diversas cuestiones controvertidas han suscitado criterios de gestión, sin que –salvo error u omisión- hayan llegado a los Tribunales Superiores de Justicia.

La primera cuestión planteada refiere al lugar de nacimiento y adopción. La controversia fue resuelta en STS nº 525/2016, de 14 de junio pero referida a los periodos de cotización asimilados por parto. A estos efectos el criterio de gestión de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, nº 27/2016, de 15 de diciembre de 2016, asumiendo la doctrina del Tribunal Supremo, reconoce que los periodos de cotización asimilados por parto previstos en el art. 235 TRLGSS debe aplicarse independientemente del lugar en el que se haya producido el parto y, por tanto, también cuando este se haya producido en el extranjero. En todo caso, debe tenerse en cuenta que sólo cabe computar los días asimilados por parto de conformidad con lo previsto en este artículo si no se ha cotizado en España ni se han completado periodos de seguro en otro(s) Estado(s) durante la totalidad de las dieciséis semanas posteriores al parto o el periodo que corresponda en caso de parto múltiple.

El referido criterio de gestión traslada la argumentación y su justificación al complemento por maternidad, al afirmar que, "dado que los razonamientos que sirven de fundamento a la doctrina expuesta son igualmente de aplicación al complemento por maternidad previsto en el artículo 60 del TRLGSS, dicho complemento se reconocerá igualmente -de concurrir el resto de requisitos previstos- independientemente de que el nacimiento se haya producido en España o en el extranjero y, en el caso de la adopción, con independencia de la legalidad conforme a la cual se haya realizado la misma, siempre que con anterioridad al hecho causante de la prestación sobre la que se calcule el

complemento y de conformidad con lo previsto en el artículo 9.5 del Código Civil. 1889, 27, la adopción constituida por autoridades extranjeras haya surtido efectos en España con arreglo a las disposiciones de la Ley de Adopción Internacional”.

Otra de las cuestiones planteadas refiere a la determinación de la titularidad del complemento en los supuestos de adopción, ante la duda de si beneficia a la madre biológica o a la madre adoptiva. A este dilema responde el criterio de gestión de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, nº 1/2018, de 1 de febrero de 2018.

Atendiendo a su tenor literal, el art. 60 TRLGSS utiliza la conjunción disyuntiva “o” para determinar la causa que da lugar al reconocimiento del complemento a favor de la mujer pensionista (tener hijos biológicos o adoptados) sin que, por otra parte, establezca un criterio de distribución de este complemento entre la madre biológica que entrega al hijo en adopción y la madre adoptiva. Atendiendo a su finalidad, hay que partir de la premisa de que todo hijo adoptado ha tenido previamente una madre biológica. La aportación demográfica en sentido estricto se realiza por esta, por lo que tomando sólo en consideración este criterio no se justificaría la inclusión de la madre adoptiva como beneficiaria del complemento.

Por tanto, es necesario tener en cuenta que el complemento que nos ocupa es una medida de acción positiva que persigue, en último término, la igualdad material entre mujeres y hombres con el objeto de evitar los efectos perjudiciales que en el mundo laboral sufren las primeras con motivo de asumir una mayor dedicación en el cuidado y educación de los hijos (brecha salarial, “techo de cristal”, mayor parcialidad en el empleo, mayores períodos de interrupción de la vida laboral por cuidados de hijos, etc.). Esta situación tiene efectos negativos directos en la promoción profesional y en las retribuciones que perciben las trabajadoras y, por tanto, efectos negativos indirectos en la cuantía de sus pensiones futuras, cuyo cálculo se va a efectuar a partir de dichas retribuciones. Por ello, la compensación va dirigida exclusivamente al colectivo de mujeres y se extiende no solo a las madres biológicas sino también por adopción. Ahora bien, una vez constituida la adopción, la filiación del hijo -y la responsabilidad de su cuidado- queda determinada a favor de la madre adoptiva, toda vez que conforme el art. 178.1 del Código Civil (LEG 1889, 27) establece que, “La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen.” Por tanto, es la madre adoptiva, y no la biológica, la mujer trabajadora a la que el precepto dispensa la protección paliando los efectos negativos de la discriminación laboral consecuencia del cuidado de los hijos. Esta discriminación no puede presumirse de la madre biológica que entrega al hijo en adopción. Por otra parte, no hay ningún obstáculo para considerar que el cuidado de los hijos

adoptados es, en un sentido amplio, aportación demográfica al sistema de la Seguridad Social.

Por consiguiente, los hijos computables para determinar la cuantía del complemento por maternidad son aquéllos cuya filiación esté determinada a favor de la beneficiaria de la pensión en el momento del hecho causante, independientemente de que se trate de filiación biológica o por adopción.

### **III. APUNTE SOBRE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 60 DEL TRLGSS, POR EL QUE SE REGULA EL COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA REDUCIR LA BRECHA DE GÉNERO**

#### **1. Introducción**

Cuando el presente trabajo estaba en imprenta, apareció publicado el RDL 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, que ha venido a reformar el art. 60 TRLGSS, RDL 8/2015, de 30 octubre, de manera que el anterior complemento por maternidad ha pasado a configurarse como un nuevo complemento de pensiones contributivas para reducir la brecha de género.

La reforma viene obligada, como se recoge de manera expresa en el preámbulo del Real Decreto Ley, por la STJUE, de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), que estableció que la regulación entonces en vigor del art. 60 LGSS por la que se establecía el complemento de maternidad, era contraria a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señalaba en este sentido que resultaba contrario a tal directiva reconocer un derecho a un complemento de pensión que había sido definido jurídicamente con el objetivo de compensar la aportación demográfica para las mujeres que habían tenido al menos dos hijos, «... mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento...».

Cabe así realizar las siguientes consideraciones en trámite de urgencia para dar noticia del contenido objetivo de la nueva institución, así como del vehículo jurídico por el que se ha optado para definirla. En todo caso y a pesar de las reiteradas afirmaciones realizadas en el Preámbulo del Real Decreto Ley en relación a su vinculación con la doctrina del TJUE, se anuncia *prima facie* una solución no pacífica.

## **2. La utilización del Real Decreto Ley como instrumento de reforma del complemento**

Comenzando por esta última circunstancia, resulta cuanto menos curioso el hecho de que se haya optado por el recurso de la figura del Real Decreto Ley, reservado constitucionalmente para medidas de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86 CE), para resolver una situación que nuestro ordenamiento viene arrastrando más de un año sin que ni el poder legislativo ni el ejecutivo, hayan planteado hasta el momento ninguna iniciativa previa, como hemos denunciado en este artículo (infra I.2).

También hemos planteado que a la vista del fallo del TJUE quizá hubiese sido más ortodoxo utilizar esta figura para haber suspendido el señalado art. 60 en tanto se tramitaba por el procedimiento legislativo ordinario una nueva regulación (infra I.2 in fine). Sin embargo, parece que el Ejecutivo ha optado claramente por mantener la aplicación de la legislación enmendada por el tribunal europeo sin atender al sentido de su fallo y no ha emprendido su reforma hasta que el volumen de litigiosidad iniciado por los ciudadanos reclamando la aplicación de la doctrina europea, ha alcanzado un nivel, y un sentido, relevantes. Así cabría inferirlo del hecho de que el Servicio Jurídico del INSS haya hecho público en sus informes periódicos de gestión un crecimiento exponencial de procesos iniciados por este motivo contra la entidad desde el mes de septiembre. De modo que, al cierre del ejercicio 2020, se acumulaban un total de 524 procesos iniciados en los juzgados de lo social, más de la mitad fueron presentados en el último trimestre, y de los que dichos tribunales ya habían fallado en 40 ocasiones, dando la razón a los demandantes en la mitad de ellos. Esta es la lamentable fotografía que denunciábamos al inicio de este trabajo y que ya quedará para la historia.

En cualquier caso, la reforma del complemento, definido ahora para la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas, se inscribe en una técnica legislativa que desde 2012 vienen impulsando los sucesivos Ejecutivos, caracterizada por la utilización desmedida del recurso al Decreto Ley (art. 86 CE) que en no pocas ocasiones ha sido rectificadas por el Tribunal Constitucional ante la ausencia de justificación suficiente.

## **3. Reforma parcial del antiguo complemento en lugar de reformulación *ex novo***

Habida cuenta del procedimiento utilizado, no es extraño que el Ejecutivo haya optado por una reforma parcial del antiguo complemento de maternidad en lugar de realizar una reformulación *ex novo* de la institución.

Y ello a pesar de haber declarado abiertamente que con ella se pretende una reorientación completa de la función del complemento. Así, en el preámbulo del RDL 3/2021 se señala que “la necesidad de proceder a su redefinición [del antiguo

complemento] ofrece la oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones”.

En el mismo preámbulo se señala también que en la definición de la nueva institución han participado las organizaciones sindicales y empresariales en el marco del diálogo social, en lo que parece más una instancia de consulta reforzada que, no obstante, no llega a conformar un verdadero acuerdo de diálogo social. En concreto, se señala que la reforma “ha sido debatida por el Gobierno en el marco del diálogo social con los interlocutores sociales, cuyas aportaciones han servido para incorporar importantes mejoras en el diseño y regulación de este instrumento, reforzando así la legitimidad social de la reforma”.

No resulta menor la referencia incluida en el preámbulo de la norma al reforzamiento de su legitimación social cuando, además del ya mencionado condicionante doctrinal emanado de la sentencia del TJUE, hemos de ser conscientes de la nueva institución nace a partir de una figura consolidada en nuestro ordenamiento, que ha permitido que cerca de 800.000 mujeres pensionistas hayan accedido a un complemento de pensión y que, por tanto, ha generado a su vez una expectativa de derecho en un segmento de población muy relevante que se encuentra cercano a la edad pensionable.

Así pues, el nuevo complemento de brecha de género se ha configurado atendiendo al triple condicionante de tener que reformular la institución para que sirva como instrumento para la reducción de la brecha de género (por decisión política del Ejecutivo y los interlocutores sociales), hacer compatible esto con regular el acceso para los hombres (por orientación de la jurisprudencia del TJUE), y conjugar todo lo anterior en una reforma que atienda la expectativa de derecho que la legislación previa había generado en la población cercana a la edad pensionable.

Deberíamos, además, incluir el condicionante del control del crecimiento del gasto que se podría derivar del nuevo complemento que, si bien trasciende la dimensión estrictamente jurídica de nuestro análisis y no cuenta ni con una sola referencia directa o implícita en el RDL 3/2021, no es menos cierto que se encuentra presente en la mayoría de medidas que se han adoptado en el sistema de Seguridad Social en las últimas décadas. Y que en buena medida es el elemento que, a la postre, explica algunos de las características del nuevo complemento, como más tarde explicaremos con mayor detenimiento.

#### **4. La “brecha de género” como objetivo declarado de una medida de acción positiva**

Como ya hemos señalado, la propia definición del complemento ha incorporado de forma expresa que su objetivo es el de reducir la brecha de género en las pensiones

contributivas, como queda patente en la propia denominación que se ha dado al art. 60 TRLGSS enunciándolo como “complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”.

El complemento se vincula así a la existencia de este fenómeno, que la propia norma ha pasado a definir de forma expresa en una nueva DA 37ª TRLGSS, en su apartado 3, definiendo que, a los efectos de esta ley, se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres.

La existencia del propio complemento queda igualmente vinculada a dicho fenómeno, estableciéndose que el complemento se mantendrá en tanto que la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5% (DA 37ª, apdo. 1 TRLGSS).

Resulta así destacable el hecho de que por primera vez en una norma de Seguridad Social se haya incluido una referencia expresa al fenómeno de la brecha de género en las pensiones contributivas y se haya positivado una definición del mismo.

Resulta igualmente relevante el hecho de que en el preámbulo de la norma se advierta respecto de que la brecha de género en las pensiones contributivas tiene un origen multifactorial que se produce en el mercado de trabajo en gran medida derivado de haber asumido históricamente “el rol de cuidadoras” y del que la maternidad constituye uno de los elementos fundamentales, si bien no el único. De modo que el nuevo complemento nace orientado conscientemente a reducir el impacto que provocan los periodos de cuidado asociados a la maternidad, siendo consciente de que no aspira con ello a constituir un instrumento que opere sobre la totalidad de los factores que provocan la brecha de género. Antes al contrario, señala que la implementación del complemento “resulta perfectamente compatible y coherente con el desarrollo de políticas de igualdad ambiciosas que corrijan las desigualdades actualmente existentes en el mercado de trabajo y la asignación de los roles relacionados con los cuidados”.

Finalmente, el preámbulo de la norma enmarca la figura como una medida de acción positiva a favor de las mujeres en los términos en los que el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo la legitimidad de los mismos, cuando, como en este caso, se dirigen a “... compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores» (ATC 114/2018).” Señalando a su vez que el mismo Tribunal ha avalado las medidas de acción positiva en favor de las mujeres, “siempre que exista una concreción normativa previa, que la medida sea proporcionada y que su eficacia sea temporal, hasta que desaparezca la situación de desigualdad (ATC

119/2018).” Parámetros que concurren en la nueva regulación y que, como también señala el preámbulo de la norma, conectan con el mandato de consecución de la igualdad efectiva de los arts. 9.2 de la Constitución Española y 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

## **5. Naturaleza jurídica y ampliación del ámbito de cobertura**

Se mantiene el reconocimiento expreso de que el complemento tiene, a todos los efectos, naturaleza jurídica de pensión pública contributiva (art. 60.3 TRLGSS), lo que conlleva que su revalorización anual se producirá de forma automática en los mismos términos en lo que lo hagan las pensiones contributivas.

Por otro lado, se procede a la ampliación de la cobertura del complemento desde el primer hijo y a todas las modalidades de jubilación anticipada.

El nuevo complemento por brecha de género amplía su cobertura respecto de varios colectivos.

Se amplía así la cobertura del complemento garantizando el acceso desde el primer hijo hasta un máximo de cuatro (art. 60.3 TRLGSS), mientras que la legislación anterior lo hacía desde el segundo hijo con el mismo límite máximo de cuatro.

A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía, únicamente se computarán los hijos o hijas que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados (art. 60.3.a TRLGSS).

Como ocurría en la normativa anterior, la percepción del complemento queda condicionada así al nacimiento, suspensión y, en su caso, extinción de la pensión en la que se haya determinado su reconocimiento (art. 60.5 TRLGSS).

Se incorpora también a la cobertura del nuevo complemento la totalidad de pensiones de jubilación, incluidas las modalidades de jubilación anticipada voluntaria que, como hemos criticado, se encontraban excluidas en la legislación anterior (infra.II.1). De modo que se reconoce en las pensiones de viudedad, incapacidad permanente y en todas las modalidades de jubilación a excepción de la jubilación parcial (art. 60.4 TRLGSS), si bien se mantiene la previsión anterior referida a que se reconocerá el complemento que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.

Ya nos hemos referido a los estudios económicos sobre el complemento de maternidad (infra, nota2). Ahora y tras la reforma, algunos estudios han cuantificado que el incremento del número de personas beneficiarias de este complemento con la nueva legislación habría supuesto en el año 2020 un incremento de unas 30.000 beneficiarias respecto de las que lo hicieron con la legislación previa.

## **6. Presunción *iuris tantum* de brecha de género que posibilita el acceso de hombres**

Sin duda, se trata del elemento más controvertido de la reforma. Como hemos venido señalando, la línea argumental de la reforma se sitúa en la definición de un instrumento orientado a reducir los efectos de la brecha de género, sin embargo, la aplicación de la doctrina señalada por el TJUE obliga a reconocer un tratamiento equiparable a los hombres que también se hayan podido ver afectados por situaciones similares.

La nueva regulación, si bien lo hace mediante una redacción técnicamente mejorable que habría ganado en claridad y seguridad jurídica de haber utilizado una presentación más sistemática de la casuística que pretende regular establece una presunción *iuris tantum* respecto de la existencia de brecha de género en el caso de las pensiones causadas por mujeres, por lo que en éstas procede el reconocimiento del complemento sin más justificación. Dicha presunción se fundamenta en “la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres” (art. 60.1 TRLGSS).

Sin embargo, se establece igualmente que “el derecho al complemento se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor” (art. 60.1 TRLGSS), de modo que la presunción de brecha de género a favor de la mujer queda condicionada a que el segundo progenitor, que puede ser o no un hombre, acredite igualmente la existencia de un impacto sobre su carrera profesional asociado a los periodos de cuidado de hijos.

En estos casos, puesto que “cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento” (art. 60.3.a TRLGSS), procederá reconocerse únicamente en uno de los progenitores; de modo que se posibilita por esta vía el acceso de los hombres al complemento por brecha de género.

En los casos de concurrencia de varios progenitores, sean hombres o mujeres, que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos en cada caso, se reconocerá el complemento “a aquella [persona] que reciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía” (arts. 60.1 y 60.1.b.3ª TRLGSS).

Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos (art. 60.1 TRLGSS):

- a) Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.
- b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber, visto afectada su carrera profesional con ocasión del

nacimiento o adopción.

Respecto de esta segunda circunstancia, la acreditación de la afectación sobre la carrera profesional exige en la norma reunir alguno de las siguientes condiciones (art. 60.1.b TRLGSS):

1.<sup>a</sup> En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

2.<sup>a</sup> En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

De la misma forma, se establece que en caso de concurrencia de varios posibles beneficiarios hombres en los que concurren las condiciones anteriores, el complemento se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía (art. 60.1. b. 3<sup>a</sup> TRLGSS). El momento en el que se exigirá esta circunstancia es en aquel en el que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva (art. 60.1. b. 4<sup>a</sup> TRLGSS).

## **7. Cuantía del nuevo complemento**

La concreción monetaria del complemento se ha establecido en una cuantía fija a tanto alzado por cada hijo a partir del primero y hasta un límite de cuatro (art. 60.3 LGSS), que será satisfecho en catorce pagas, junto con la pensión que determine el derecho a la misma (art. 60.3.c TRLGSS).

Se trata de una reforma relevante respecto de la definición que se había establecido en la anterior regulación del complemento, que, como se ha señalado antes, se establecía en un porcentaje de la cuantía de la pensión finalmente reconocida que evolucionaba en función del número de hijos a partir del segundo hasta un límite de cuatro (5% con dos hijos, 10% con tres hijos, 15% con cuatro o más hijos). El establecimiento de una cuantía a tanto alzado permite reforzar el carácter redistributivo del instrumento, como ya apuntamos y había denunciado la doctrina, oponiéndose a la “falsa lógica” de la

contributividad en la que claramente se inscribía el anterior complemento de maternidad (infra.I.1 y nota 6). Igualmente se ha puesto de manifiesto que, con respecto de la fórmula porcentual anterior, su efecto será comparativamente más alto cuanto más baja sea la base reguladora de la pensión a complementar, según algunos estudios.

Hemos de señalar igualmente que la definición del complemento en forma de cuantía a tanto alzado resulta coherente con la decisión de que la financiación de la figura se realice exclusivamente con cargo a la imposición general mediante una transferencia del Estado a la Seguridad Social (DA 36ª TRLGSS).

La cuantía inicialmente establecida para el nuevo complemento ha quedado así establecida en 27 euros por cada hijo y mes (DA 1ª, RDL 3/2021), lo que equivale a un complemento de 378 euros anuales por cada hijo a partir del primero, hasta un máximo de cuatro.

El complemento por brecha de género ha quedado así establecido en una cuantía ligeramente superior a la cuantía media que el anterior complemento reconocía en la práctica (23 euros/hijo y mes), lo que garantiza que, respecto de este parámetro, el gasto de la media se sitúa en un escenario similar al tenía con la legislación anterior.

Al igual que ocurría en la legislación precedente, el complemento de brecha de género se reconoce en su cuantía íntegra en los casos de pensiones reconocidas con complementos por mínimos (art. 59 LGSS). De manera que el importe de este complemento no tiene la consideración de ingreso o rendimiento de trabajo en orden a determinar si concurren los requisitos para tener derecho al complemento por mínimos y, de corresponder éste, a dicho importe se sumará el complemento para la reducción de la brecha de género (art. 60.3.e TRLGSS).

Se mantiene la referencia hecha en la legislación previa respecto de cuando la pensión contributiva que determina el derecho al complemento se cause por totalización de períodos de seguro a *pro rata temporis* en aplicación de normativa internacional, el importe real del complemento se ajustará proporcionalmente a la pensión que acompaña en caso de que la misma haya dado lugar a complemento por mínimos (art. 60.3.f TRLGSS).

Por último, sí se ha producido una modificación respecto del régimen de reconocimiento del complemento respecto de las pensiones de cuantía máxima (art. 57 TRLGSS). En la legislación anterior, el complemento por maternidad se reconocía por el 50% de su cuantía cuando excedía la cuantía de pensión máxima, mientras que en el nuevo complemento por brecha de género se reconoce por su importe completo también en estos casos y no se computa tampoco, en estos casos, a los efectos del importe de la revalorización anual regulados en el art. 58.7 TRLGSS (art. 60.3.d TRLGSS).

## 8. Límites a la concurrencia de complementos

Se ha regulado un amplio catálogo de límites a la posible concurrencia de complementos.

Así, se establece que el reconocimiento del complemento de brecha de género al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento que pudiera estar reconocido por un mismo hijo a un primer progenitor (art. 60.2 LGSS), estableciéndose a su vez una referencia expresa respecto de los plazos administrativos en los que debe resolverse tal circunstancia, que superan los marcados con carácter general para este tipo de regularizaciones en prestaciones de Seguridad Social. Se establece así que la regularización de complementos por esta circunstancia producirá efectos económicos el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado este plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes (art. 60.2 TRLGSS).

En el caso de carreras de cotización realizadas en varios regímenes de la Seguridad Social, los complementos que pudieran ser reconocidos en cualquiera de ellos serán incompatibles entre sí, siendo abonado en el régimen en el que el causante de la pensión tenga más periodos de alta (art. 60.6 TRLGSS).

En el caso en el que una persona beneficiaria del complemento lo viniera percibiendo por una pensión y aquel tuviera derecho a percibir otra distinta, el abono del complemento se mantendrá quedando vinculado al de esta última (art. 60.5TR LGSS).

Se imposibilita también de que un mismo hijo pueda generar derecho simultáneamente al antiguo complemento de maternidad por aportación demográfica y al nuevo complemento de brecha de género en una misma persona beneficiaria en el caso de que ésta genere derecho a una nueva pensión, declarando incompatible la percepción de ambos y estableciendo en todo caso que las personas interesadas puedan optar entre uno u otro (DT 33ª TRLGSS).

Por último, se limita la compatibilidad de complementos generados simultáneamente en los sistemas de seguridad social y el de clases pasivas por diferentes progenitores. Se establece así que en los supuestos de que el otro progenitor de alguno de los hijos o hijas que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, ya sea en el marco de las pensiones públicas reconocidas por el sistema de seguridad social o por el sistema de clases pasivas, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo (DT 33ª TRLGSS y DT 14ª LCPE ). Se establece también en estos casos los mismos

plazos administrativos señalados anteriormente en los que debe resolverse tal circunstancia.

### **9. Exclusiones de acceso por causa de violencia de género y otras situaciones**

Se establece la exclusión del reconocimiento del derecho al complemento al padre o a la madre que haya sido privado de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial (art. 60.3.b TRLGSS).

Así como tampoco se reconocerá a los padres que hayan sido condenados por violencia contra la mujer, en los términos que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, ejercida sobre la madre, ni al padre o a la madre que haya sido condenado o condenada por ejercer violencia contra los hijos o hijas (art. 60.3.b TRLGSS).

### **10. Financiación y evaluación y seguimiento de la figura**

Se establece que la financiación íntegra de este nuevo complemento tendrá origen exclusivamente fiscal y se realizará mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social (DA 36ª, TRLGSS), lo que resulta coherente con la definición del complemento reconocido como una cuantía a tanto alzado por cada hijo.

En atención al objetivo establecido para el nuevo complemento como herramienta orientada a la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas (art. 60, TRLGSS) y la condicionalidad de su reconocimiento al hecho de que tal brecha sea superior al 5% (DA 37ª, 1 TRLGSS), la norma prevé acciones específicas orientadas a realizar un seguimiento de los efectos que despliega esta nueva institución de Seguridad Social.

Hemos de recordar aquí que, como ya se ha comentado anteriormente, la norma positiviza el concepto de “brecha de género” a los efectos de la Ley General de Seguridad Social, definiéndolo en referencia a las pensiones de jubilación, como el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres (DA 37ª, 2 TRLGSS).

En este marco se prevé la realización de evaluaciones periódicas del impacto de la medida con una periodicidad mínima de cinco años, en las que, además se establece de manera expresa la participación de los interlocutores sociales, empresarios y sindicatos, que, junto con el gobierno, conforman el de diálogo social (DA 37ª, 3 TRLGSS).

La norma llega incluso a regular cómo ha de producirse la derogación del complemento, una vez alcanzado el objetivo de reducir la brecha de género por debajo del 5% (DA 37ª, 4 TRLGSS).

### **11. Extensión del complemento al sistema de clases pasivas**

Respecto del sistema de clases pasivas se prevé la plena equiparación de la cobertura y alcance del nuevo complemento de brecha de género en todos sus aspectos a excepción del caso de las jubilaciones anticipadas en las que no se ha previsto el reconocimiento del complemento.

Así, se regula que tendrán derecho al mismo “las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas [hasta el límite de cuatro (DA 18ª, 3 LCPE)] y que sean beneficiarias de una pensión de jubilación o retiro de carácter forzoso o por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad o viudedad en el Régimen de Clases Pasivas,” (...) y a los hombres en las mismas situaciones que las reguladas en el sistema de Seguridad Social (DA 18ª, 1 LCPE).

### **12. Mantenimiento transitorio del antiguo complemento por maternidad**

Se ha previsto el mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social que a la fecha de entrada en vigor de la nueva norma estuvieran percibiéndolo (DT 33ª, TRLGSS).

Esta previsión también se contempla en los mismos términos para los complementos de maternidad reconocidos en el sistema de clases pasivas (DT 14ª, LCPE).