

EL NUEVO COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO

THE NEW CONTRIBUTORY PENSION SUPPLEMENT TO REDUCE THE GENDER GAP

Isabel Olmos Parés

Magistrada Sala Social del TSJ Galicia

(en comisión de servicios como letrada coordinadora del Gabinete técnico del Tribunal Supremo)

olmospares@yahoo.es ORCID [0000-0001-8240-3898](https://orcid.org/0000-0001-8240-3898)

Recepción de trabajo: 30-06-2023 - Aceptación: 13-09-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 103-114

- 1. INTRODUCCIÓN.
- 2. COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.
- 3. JUSTIFICACIÓN DEL COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO POR EL HECHO BIOLÓGICO DE LA MATERNIDAD.
- 4. JUSTIFICACIÓN DEL COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO POR EL CUIDADO DE LOS HIJOS.
- 5. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El art. 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social tras su modificación operada por RDL 3/2021 de 2 de febrero regula el nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. El trabajo analiza la justificación y necesidad de la diferencia de trato entre mujeres y hombres que se produce en su regulación y analiza si el mismo incurre en causa de discriminación directa o indirecta por razón de sexo.

PALABRAS CLAVE: complemento, pensión contributiva, brecha de género, discriminación, sexo.

ABSTRACT

The art. 60 of Royal Legislative Decree 8/2015, of October 30, which approves the consolidated text of the General Social Security Law after its modification carried out by RDL 3/2021 of February 2, regulates the new contributory pension complement to reduce the gender gap. The work analyzes the justification and necessity of the difference in treatment between women and men that occurs in its regulation and analyze whether it incurs direct or indirect discrimination based on sex.

KEYWORDS: supplement, contributory pension, gender gap, discrimination, sex.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA), estableció que el [artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social](#), sobre el complemento por aportación demográfica en las pensiones contributivas del sistema era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Y lo hizo por entender que resulta discriminatorio que se reconozca un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres, mientras que los hombres que se encontraban en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento¹.

La sentencia puso de manifiesto la defectuosa configuración legal del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica, así como la necesidad de proceder a su redefinición. En ella, el TJUE afirmó que el complemento por aportación demográfica “no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto”(apartado 57), y añadió más adelante, y eso es lo más relevante para lo que después nos ocupará, que la medida no aportaba “remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional”².

El nuevo artículo 60 de la LGSS fue modificado por el RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. La nueva regulación del artículo 60 sustituye el complemento de maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género donde el número de hijos es el criterio objetivo (uno o más hijos) que se utiliza para articular la medida por cuanto su “nacimiento y cuidado” es la principal causa de la brecha de género; así se expresa la Introducción de Motivos del RDL 3/2021³.

-
- 1 EL TJUE concluyó que 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, 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”).
 - 2 En el mismo sentido lo dijo en las sentencias de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 65, y de 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13, EU:C:2014:2090, apartado 101) (STJUE 12/12/19, párrafo 65)“.
 - 3 La Introducción de Motivos del RDL 3/2021 utiliza la expresión “nacimiento y cuidado”.

2. COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El nuevo complemento se vincula en el caso de las mujeres al hecho de que hayan sido madres, pero, por otro, permite a los padres que prueben un perjuicio en su carrera de cotización, con ocasión del nacimiento de un hijo (también por adopción), por la asunción de esas tareas de cuidados, lucrar el referido complemento. Es decir, que se combina una acción positiva en favor de las mujeres (si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el “complemento” lo percibe la mujer, pues se presume que es ella la que los cuidó) con la previsión de una “puerta abierta” para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable⁴.

De acuerdo con la nueva regulación, para que una mujer sea acreedora del complemento cuestionado basta con que sea titular de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad y haya sido madre de uno o más hijos. Dicho complemento se reconocerá o mantendrá por la mujer siempre que no medie un reconocimiento en favor del otro progenitor. En cambio para que un hombre pueda tener derecho al reconocimiento del complemento debe cumplir, entre otros requisitos: acreditar que se ha interrumpido o se ha visto afectada su carrera profesional —y, en consecuencia, su carrera de cotización— con ocasión del nacimiento o la adopción; circunstancia que no se presupone, sino que debe demostrarse acreditando, por ejemplo, para

4 De acuerdo con lo expresado, el nuevo Art. 60 de la LGSS dispone que:

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

Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

a) Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.

b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

1.ª 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.ª 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”.

el caso de hijos nacidos a partir del 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento sea inferior, en más de un 15 por 100, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores o que, en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tenga una interrupción de más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha, 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.

El nuevo complemento, tal y como ocurrió con el complemento por maternidad, cae dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE, al tener la naturaleza jurídica de una pensión pública contributiva y formar parte de un régimen legal de protección contra los riesgos enumerados en la misma, como son la incapacidad permanente y la jubilación y en este sentido cabe preguntarse si resulta acorde con lo previsto en la Directiva de referencia y con la doctrina elaborada en casos semejantes por el TJUE.

Para su análisis se ha de partir del hecho de que nos encontramos ante una medida de acción positiva —así lo afirma la propia norma— que persigue la igualdad material entre las mujeres y los hombres con el objeto de reducir la brecha de género en las pensiones. La norma utiliza la expresión “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”. La acción positiva consiste en presumir que las madres que han tenido hijos se han dedicado a su cuidado y de ahí que, por defecto, se les reconozca a ellas el complemento.

Las acciones positivas, por definición, son medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente más desfavorecidas, y los hombres. Estas medidas tienen como principal finalidad la de acelerar la consecución de la igualdad en un ámbito concreto sin preocuparse de erradicar los prejuicios de género, e incluso con el riesgo de crear nuevos prejuicios de género en contra de las mujeres como beneficiarias de acciones positivas. Son medidas normalmente dirigidas a mujeres o genéricamente a un sexo, que en un determinado ámbito está infrarrepresentado; son transitorias no permanentes y por ello son medidas puntuales.

Las acciones positivas están admitidas en el ámbito de la UE. El artículo 157 TFUE, apartado 4, establece que, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. Las medidas de acción positiva requieren, en todo caso, una justificación objetiva y razonable.

Por tanto, el hecho de que estemos ante una medida de acción positiva no elimina que la misma se halla justificada de forma objetiva y razonable. En ese sentido, es cierto que existe una brecha de género en materia de pensiones que viene provocada, fundamentalmente, por el hecho de que las

EL NUEVO COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO

mujeres que son a la vez trabajadoras y madres de uno o más hijos sufren desventajas en el ámbito de las relaciones laborales que se traduce después en la referida brecha de género en la relación de seguridad social⁵.

Uno de los reproches que realizó el TJUE en su sentencia de 12 de diciembre de 2019 al complemento de aportación demográfica fue el relativo a la aplicación del art. 157.4 del TFUE al complemento de pensión de aportación demográfica, afirmando que el mismo no resultaba aplicable al referido complemento “dado que se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional” (punto 65).

Sin embargo, en España, el Tribunal Constitucional ha reconocido la legitimidad de un objetivo que pase por “compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores”⁶. Es decir, que el TC permite que la medida de acción positiva se produzca al final, a modo de compensación, cuando se accede a una pensión de jubilación o incapacidad permanente. Y 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 desigualdad⁷, requisito que se cumple en el caso del complemento de brecha de género, pues el complemento desaparecerá en el momento en que la brecha de género del sistema de pensiones se reduzca del 34 % actual y se sitúe por debajo del 5 %⁸.

5 <https://revista.seg-social.es/-/la-mujer-en-la-seguridad-social-breve-radiograf%C3%ADa-de-situaci%C3%B3n>. La pensión media de las mujeres en España es de 803 euros al mes y la de los hombres de 1.225 euros.

6 Auto nº114/2018 del Pleno de 16 de octubre de 2018. Cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona en relación con el artículo 60, apartados primero y cuarto, del texto refundido de la Ley general de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Votos particulares.

7 Pleno. Auto nº119/2018, de 13 de noviembre de 2018. Recurso de amparo 3883-2017. Inadmite a trámite el recurso de amparo 3883-2017, promovido por doña María del Pilar Alonso Saura en proceso contencioso-administrativo.

8 Véase la Disposición adicional trigésima séptima de la LGSS sobre “Alcance temporal del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”.

3. JUSTIFICACIÓN DEL COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO POR EL HECHO BIOLÓGICO DE LA MATERNIDAD

¿Cuál es el anclaje jurídico del nuevo complemento de brecha de género? Ya hemos visto que su anclaje no puede estar en el art. 157 del TFUE, apartado 4, aunque pueda estarlo en nuestra Ley orgánica de Igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH)⁹, ya que siguiendo el razonamiento de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, el nuevo complemento de brecha de género, al igual que el anterior de aportación demográfica, 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 profesional¹⁰, garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional.

En todo caso, ya lo he mencionado, como medida de acción positiva introduce una diferencia de trato que debe estar justificada, y debe ser necesaria (proporcionada y razonable).

Para ello, debemos acudir a la Directiva 79/7/CEE sobre el principio de igualdad de trato entre los hombres y mujeres en el ámbito de la Seguridad Social, la cual permite excepciones al referido principio de igualdad y analizar si el nuevo complemento se halla justificado por alguna de las excepciones que en ella se establecen.

Una primera excepción es la relativa a la maternidad, pues el art. 4.2 de la misma establece que “El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad”. En relación al anterior art. 60 de la LGSS, el TJUE dijo que el complemento no estaba vinculado a la maternidad, pues se concedía también a las mujeres que habían adoptado hijos, lo que indicaba que el legislador nacional no pretendió vincular el complemento de

9 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Jefatura del Estado «BOE» núm. 71, de 23 de marzo de 2007 Referencia: BOE-A-2007-6115, cuyo art. 11 sobre acciones positivas establece que: “Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. 2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley”.

10 Este año se han adoptado importantes medidas para reducir la brecha de género. Véase en tal sentido el RDL 2/2023 de 16 de marzo que modifica el art. 237 de la LGSS, para considerar cotizados los tres primeros años del período de excedencia del art. 46.3 del ET; o para disponer que las cotizaciones en los casos de reducción de jornada de los arts. 37.6, 37.1 y 37.2 del ET se incrementarán hasta el 100% durante los tres primeros años; o incluso se incrementarán hasta el 100% durante todo el período de disfrute en los casos de las reducciones de jornada de los arts. 37.4 último párrafo y art. 37.6 3º párrafo. También se ha modificado el art. 247 de la LGSS para establecer que “A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos”.

EL NUEVO COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO

maternidad al hecho biológico de la maternidad cuando, además, tampoco se exigía que las mujeres hubieran dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos, por lo que no se cumplía el requisito relativo a que hubiesen disfrutado de un permiso de maternidad, como había indicado también el Abogado General en sus Conclusiones¹¹.

El actual art. 60.1 de la LGSS solo menciona a las “mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad”, de modo que el complemento está ligado al hecho biológico de que sean madres, y aunque no menciona los casos de adopción, deben considerarse incluidos, del mismo modo que ocurre en el caso de los padres. Sin embargo, no exige el cese efectivo de la actividad profesional en el momento en que se tuvieron los hijos, no lo vincula al disfrute del permiso de maternidad, que es un permiso laboral, y a las desventajas que éste haya producido en su vida profesional.

Al respecto, sin embargo, debe ponerse de manifiesto dos cosas: la primera, que las mujeres no solo sufren desventajas por el hecho de interrumpir su actividad profesional con ocasión de su maternidad biológica, sino que las desventajas se producen antes, por ejemplo, en el acceso al empleo simplemente por el hecho de hallarse en edad fértil, retrasando su entrada en el mercado de trabajo o dificultando la rotación de empleos. Luego, constante el contrato de trabajo, pueden ver extinguido el vínculo por razón de su embarazo o durante el disfrute del permiso de nacimiento de hijo. Si no es el caso, el perjuicio puede producirse cuando se incorporan de nuevo, a la hora de su promoción o en la formación. Estas desventajas no se reflejan en la vida laboral ni en el informe de cotización, esto es, no pueden probarse, pero son reales y notorias. Y a los hombres, que no sufren esas desventajas pues ellos no paren, tampoco se les exige propiamente interrupciones, pues pueden acceder al complemento acreditando simplemente una disminución de las bases de cotización (aunque también acreditando interrupciones de la cotización) y en suma una pensión inferior. Por lo tanto, el no vincular el complemento al permiso de maternidad no lo excluye del ámbito del art. 4.2 de la Directiva, pues por lo que a las mujeres se refiere, el mismo está vinculado al hecho biológico de la maternidad y a las desventajas que ese hecho biológico supone en su carrera profesional globalmente considerada.

La segunda cosa es que las mujeres han estado obligadas desde hace años a interrumpir su actividad profesional durante al menos seis semanas posteriores al parto. Dicha obligación se introdujo en el ET a medio de Ley 3/1989 de 3 de marzo, por la que se amplió a 16 semanas el permiso de maternidad (antes eran 14 semanas) y se establecieron medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, cumpliendo así el Convenio 103 de la OIT sobre Protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965. De este modo, no es preciso que la ventaja que supone el complemento de brecha de género se vincule al hecho de que las mujeres hallan interrumpido efectivamente su trabajo, pues la interrupción se produjo *ex lege*. Lo mismo sucede en la actualidad en el caso de los padres.

¹¹ Véase el punto 59 de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, c-450/2018, WA contra INSS.

En todo caso, debe admitirse que las mujeres que ahora se jubilan nacieron alrededor de los años 1957 y 1958, de modo que si fueron madres entre los 20 y los 30 años de edad, esto es, a finales de los años setenta, no les afectó la obligación legal de interrumpir su trabajo de forma obligatoria durante seis semanas después del parto, aunque disponían a partir del ET de 1980, en el supuesto de parto, de un derecho a suspender el contrato de trabajo durante 14 semanas como máximo, distribuidas a opción de las interesadas. Pero, en todo caso, debe ponerse de manifiesto que los padres, en esas mismas fechas, solo disponían, a partir del Estatuto de los Trabajadores de 1980, de un permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo que se ha mantenido intocado durante muchos años.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta el régimen jurídico de los permisos ligados a uno y otro sexo como se puso de manifiesto en la STJUE de 17 de julio de 2014, C-17372013, caso Leone¹² y es obvio que la suspensión por maternidad durante 14 semanas que disfrutaba la madre en los años 80 no puede compararse en modo alguno con el permiso por nacimiento por hijo de 2 días que disfrutaba el padre en orden al mantenimiento de los derechos de pensión, ascenso, formación, etc.

En todo caso, insistimos, el complemento de brecha de género por lo que se refiere a las mujeres se halla vinculado claramente a la maternidad biológica; de hecho no menciona a la adoptiva, aunque deba entenderse incluida, ya que debe admitirse que la adopción no era un modo habitual de ser madres o padres en esos años. En suma, podemos deducir que la norma no los exige (períodos de interrupción) porque los presupone y de ahí la expresión que se contiene en la norma “debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres”. Cosa distinta es que durante las fechas en que se tuvieron los hijos las mujeres no estuvieran trabajando, pero, como hemos dicho, el hecho biológico de la maternidad provoca desventajas antes, durante y después de la maternidad, de modo que la mujer es compensada por ellas.

Entendemos pues que el complemento de maternidad por brecha de género estaría justificado por el hecho biológico de la maternidad y las desventajas que la misma acarrea a las madres trabajadoras. Desde esa justificación, ya hemos dicho, no existe discriminación pues el mismo hecho biológico de la maternidad justifica la diferencia de trato, sin necesidad de acreditar concretos períodos de interrupción que se presuponen, sobre todo cuando tampoco se les exige a los hombres para lucrar el mismo tipo de complemento por el mismo hijo.

12 En el punto 65 se dijo: “Como se deduce de las observaciones del Gobierno francés, los permisos por maternidad y por adopción llevan aparejado el mantenimiento de la adquisición de los derechos de pensión y de los derechos de ascenso, mientras que el permiso parental y el permiso por cuidado de un hijo menor se caracterizan, el primero, por el mantenimiento total, y el segundo, por un mantenimiento parcial, de los derechos de ascenso. En estas circunstancias, cabe plantearse un interrogante sobre la cuestión relativa a la medida en que el objetivo de la concesión de la bonificación controvertida en el asunto principal es verdaderamente compensar la no consideración de tales períodos de interrupción para el cálculo de la pensión o las desventajas relacionadas con la ralentización de la carrera del funcionario, como sostiene dicho Gobierno”.

4. JUSTIFICACIÓN DEL COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO POR EL CUIDADO DE LOS HIJOS

Aun admitiendo que no es deseable disociar la causa que justifica el complemento de brecha de género, es decir, o bien se justifica por el hecho biológico de la maternidad o bien por el cuidado de los hijos, una cosa o la otra, no las dos a la vez, lo cierto es que después de haber mantenido en el anterior apartado que el complemento estaría justificado por el hecho biológico de la maternidad, no es menos cierto que el referido complemento para reducción de la brecha de género estaría también justificado por el cuidado de los hijos, incluidos los adoptados. De ahí que el complemento pueda tener anclaje también en el art. 7.1 b) de la Directiva que establece la facultad que tienen los Estados de excluir de su ámbito de aplicación “las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de periodos de interrupción del empleo debidos a la educación de los hijos”.

En ese sentido, como dijo también el TJUE en la sentencia de 12 de diciembre de 2019 (puntos 52 y 53): “la circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera”.

La excepción prevista en el art. 7.1 b) de la norma comunitaria habla de educación de los hijos, es decir, vincula la excepción al hecho objetivo de haber educado hijos (entiéndase cuidado), pero al tiempo también exige períodos de interrupción debidos a ese cuidado. En nuestro caso, la norma otorga el complemento a la madre que ha parido, presumiendo que es la que ha cuidado, pero puede perderlo si es el padre quién ha cuidado y prueba que ha visto perjudicada su carrera profesional, teniendo en cuenta además que la nueva regulación refuerza el carácter unitario de la prestación, lo que comporta que no pueda reconocerse el complemento a ambos progenitores en razón de los mismos hijos, sino que el complemento para la reducción de la brecha de género se concederá al progenitor que más perjudicado se haya visto en su carrera laboral. De hecho, el art. 7.1 b) de la Directiva trata de beneficiar a las personas que han cuidado de los hijos con independencia de si es la madre o el padre, sin perjuicio de que la norma presuma que es la madre biológica la que ha cuidado, aunque no impide que el complemento no se mantenga a favor de ella si lo pide el otro progenitor (“el derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que sea titular de pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía”).

De este modo, a la postre, es el cuidado del hijo y la correlativa desventaja en la prestación de jubilación o incapacidad permanente lo que justifica que se otorgue el complemento. La medida o acción positiva es la relativa a presumir que son las madres biológicas las que asumen en general

EL NUEVO COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO

las tareas de cuidado y por ello, sin necesidad de prueba, tienen derecho al complemento, mientras que los padres biológicos o adoptantes deben probar que cuidaron y sufrieron desventajas. ¿Cómo lo prueban? Acreditando interrupciones o disminución de sus cotizaciones en conexión temporal con el nacimiento o adopción, así como una suma de pensiones inferior a la de la madre.

La cuestión es, ¿es necesaria esa acción positiva? La respuesta debe ser afirmativa, pues el hecho de que en general sean las madres biológicas las que paren, cuidan y sufran por ello desventajas laborales a lo largo de su carrera profesional es un hecho real, pero no se circunscribe a un período de tiempo determinado, a los dos o tres años posteriores al parto, sino que se proyecta a lo largo de toda su carrera profesional y no hay medio probatorio apto. No las sufren todas, sino la mayoría. Por eso se la llama brecha de género, esto es, 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 mujeres¹³. La brecha de género se hace evidente al final, cuando una mujer pide una pensión de incapacidad permanente o jubilación, aunque la misma se haya ido gestando durante casi cuarenta años. Sería una prueba diabólica exigirles a cada una de ellas que probaran cada uno de los episodios que la han generado. Puede no haber ninguno. En cambio, en relación a los hombres, la perspectiva es individual. Será cada uno de ellos los que deberán probar que no han contribuido a la brecha, que también han sufrido desventajas con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo. Sin ir más lejos, el permiso de paternidad es relativamente reciente, es un permiso del siglo XXI, y las interrupciones existentes para ellos en los años 80 y 90 no podían generarles ninguna desventaja, salvo que expresamente dispusieran lo contrario, de ahí el exigirles que prueben que suspendieron o redujeron la prestación de servicios con merma o interrupción de cotizaciones, lo que en modo alguno puede suponer un trato discriminatorio. La prueba es de fácil cumplimiento, todo lo contrario para las mujeres, cuya maternidad es un obstáculo real aún hoy día en el acceso al empleo, en la promoción profesional y en el mantenimiento del vínculo laboral. Estas desventajas no se reflejan solo en la vida laboral o en un informe de cotización.

Sin embargo, una duda asoma: Si las madres sufren desventajas a lo largo de toda su carrera profesional, incluso antes, de un modo que resulta de difícil prueba; si las madres, por regla general, son las que cuidan, ¿no es discriminatorio que los padres puedan arrebatarles el complemento de brecha de género, acreditando simplemente que la suma de sus pensiones es inferior a la suma de la mujer, así como probando una breve interrupción o esa leve disminución de sus bases de cotización? Al padre le basta con acreditar que ha interrumpido su vida laboral (y cotización) durante 120 días en los nueve meses antes del nacimiento o en los tres años tras el mismo y que la suma de sus pensiones es inferior a la suma de las pensiones de la madre para tener derecho al complemento, pero ello no significa que la madre no haya cuidado al mismo tiempo que ha trabajado. Las causas por las que un hombre percibe una pensión de jubilación de inferior importe difieren de las causas por las que una mujer percibe una pensión de jubilación de inferior importe. En fin, ello daría para otro trabajo.

¹³ La Disposición adicional trigésima séptima sobre Alcance temporal del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género en su apartado 2 define la brecha de género de las pensiones de jubilación.

5. CONCLUSIÓN

La nueva regulación del art. 60 del TRLGSS se configura como una medida de acción positiva consistente en que las mujeres que han tenido uno o más hijos no deben probar que cuidaron a esos hijos, mientras que los hombres que cuidaron deberán probarlo. La medida se halla justificada por el art. 4.2 de la Directiva 79/7/CEE (hecho biológico de la maternidad), pero también en el art. 7.1 b) de la misma (ventajas de vejez en favor de las personas que han educado hijos). La medida de acción positiva es necesaria, pues la prueba de las desventajas sufridas por la mayoría de las mujeres no es siempre posible, si consideramos que la brecha de las pensiones no se circunscribe solo al período anterior o posterior a la maternidad sino que se proyecta en toda su carrera profesional, lo que no sucede en el caso de los hombres. La medida de acción positiva se halla justificada y es por ello necesaria, proporcionada y razonable sin que por ello mismo podamos apreciar una discriminación directa o indirecta por razón de sexo. En todo caso, sería a la inversa. Los padres tienen un modo fácil de probar el cuidado, arrebatando a la madre el complemento sin tener en cuenta que la madre puede haber cuidado al tiempo que ha trabajado o que ha sufrido perjuicios en su carrera profesional que no ha podido probar y que son por naturaleza distintos de los que justifican el inferior importe de la pensión del padre.