

LOS DILEMAS DEL COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

“Guió don Quijote, y habiendo andado como doscientos pasos, dio con el bulto que hacía la sombra, y vio una gran torre, y luego conoció que el tal edificio no era alcázar, sino la iglesia principal del pueblo. Y dijo: -Con la iglesia hemos dado Sancho-”

MIGUEL DE CERVANTES, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha. Segunda parte, capítulo IX*

Sumario: 1. El dilema político en España sobre la acción afirmativa en seguridad social: el arriesgado tándem del complemento de maternidad y el complemento de brecha de género. 1.1. La huida hacia delante. 1.2. La necesidad de diseñar una alternativa al complemento de brecha de género (por si acaso). 2. El dilema de la acción afirmativa de género en la Unión Europea: el estrecho espacio de la acción afirmativa de género. 2.1. La acción afirmativa y las cuotas a la contratación: un tema clásico ya cerrado. 2.2. La supuesta acción afirmativa y el peligro de la perpetuación de roles de cuidado: un tema relativamente nuevo que se encuentra en expansión. 2.3. La acción afirmativa en seguridad social en la UE: ni se la ve ni se la espera. 3. El tercer dilema: buscando la causa para un eventual complemento de pensiones. 4. El dilema de la titularidad del complemento de pensiones: la neutralidad. 5. El dilema del tránsito entre beneficiarios/as del complemento de pensiones. 6. A modo de conclusión. 7. Bibliografía.

El complemento de brecha de género nunca fue una figura clara. Nació heredando las sospechas que acompañaron al anterior complemento de maternidad y, como éste, se desarrolló a la sombra de pronunciamientos jurisprudenciales que fueron perfilando su alcance. La historia de ambos complementos es una mezcla de tropiezos, buenas intenciones y huidas hacia delante. El presente trabajo no pretende ni exponer su régimen jurídico ni resolver cuestiones tan largamente debatidas como las relacionadas con el propio concepto de discriminación de género. De hecho, es un trabajo provisional, que quien suscribe acomete cuando todavía no se sabe si el complemento de brecha es legítimo o no a la luz del Derecho de la Unión Europea. Las líneas que vienen a continuación aspiran solo a exponer una serie de dilemas que han ido planteándose y que, en ocasiones, son más políticos que estrictamente jurídicos. Son dilemas sobre el cuidado y la acción afirmativa que han surgido a nivel de la Unión

Europea y que van configurando un contexto que es necesario conocer para diseñar políticas adecuadas y efectivas en el ámbito de la igualdad real, del cuidado y de la acción afirmativa. En fin, pase lo que pase con las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE sobre el complemento de brecha de género, lo que viene a continuación puede servir a modo de contexto, de reflexión e incluso de propuesta.

1. EL DILEMA POLÍTICO EN ESPAÑA SOBRE LA ACCIÓN AFIRMATIVA EN SEGURIDAD SOCIAL: EL ARRIESGADO TÁNDEM DEL COMPLEMENTO DE MATERNIDAD Y EL COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO

1.1. La huida hacia delante

El complemento de pensiones es una institución que se coló en el ordenamiento español cuando la ley 48/2015, de 29 de octubre, creó exclusivamente para las mujeres que tenían al menos dos hijos/as, el complemento de aportación demográfica o complemento de maternidad (así me referiré a él a partir de ahora). El complemento se presentó ante la sociedad como una medida avanzada y vanguardista para combatir la brecha de género en pensiones, aunque probablemente el complemento de pensiones español de 2015 ni era vanguardista ni era avanzado. En efecto, con anterioridad Francia ya había ensayado un mecanismo similar que no terminó bien porque el TJUE declaró su carácter discriminatorio en 2001¹. Francia, de hecho, tuvo que modificar su regulación para acomodarse a la normativa UE. Por tanto, cuando en España se creó el complemento de maternidad en 2015 ya había razones para pensar que la cosa podía no salir bien. No hay complementos de pensiones al estilo francés o español en ningún otro país de la Unión Europea, lo que debiera haber servido también de llamada de atención². En fin, más que vanguardista el complemento de maternidad de 2015 fue inusitado e inesperado porque era la primera vez en democracia que se establecía en el ordenamiento español una diferencia expresa entre mujeres y hombres en el ámbito de las prestaciones de seguridad social (con la sola excepción de las situaciones vinculadas a la maternidad³).

¹ STJUE de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99; y STJUE de 13 de diciembre de 2001, Mouflin, C-206/00. En el presente trabajo voy a utilizar el término STJUE para referirme a cualquier sentencia dictada por el órgano judicial que interpretara la normativa de la CEE, CE o UE, sea cual fuera la concreta denominación del órgano judicial comunitario en cada momento.

² Francia y España son los únicos países en la UE que han establecido complemento de pensiones exclusivo o preferente para mujeres. Italia tiene un beneficio en pensiones pero que se encuentra vinculado a la maternidad. Eslovaquia modificó su sistema en 2021 para que tanto hombres como mujeres pudieran acceder igualitariamente a un beneficio en pensiones vinculado al cuidado de los hijos. BÖÖK, BURRI, TIMMER y XENIDIS, A comparative analysis of gender equality law in Europe 2023, Publicaciones de la Comisión Europea, 2024, pág. 128.

³ Además de la antigua prestación de maternidad que era de disfrute exclusivamente (o casi exclusivamente) materno (actualmente transformada en prestación por nacimiento, tanto para madre como para padre) también es un beneficio vinculado a la maternidad la cotización ficticia en caso de parto (art. 235 LGSS). Más recientemente se han incorporado otras prestaciones específicas para mujeres que, sin ser de maternidad, tienen, como ésta, justificación biológica y por ello están

Probablemente el legislador sucumbió aquel año a la tentación de incorporar una medida que podía reducir la brecha de pensiones inmediatamente, sin tener que acometer cambios estructurales de mayor calado en el sistema de seguridad social, que era lo que implícitamente demandaba la UE de España como se advierte a partir del gran número de sentencias del TJUE que declararon discriminatorias algunos preceptos de la LGSS. El complemento de maternidad buscaba un efecto estadístico inmediato y así se explica su diseño, que no apuntaba a las pensiones más bajas sino a las más altas, permitiendo incluso superar la pensión máxima. También es significativo que el complemento de maternidad consistiera en un porcentaje de la pensión, lo que tenía un efecto mayor en las pensiones altas que en las bajas. De este modo se conseguía un efecto estadístico más alto (por el funcionamiento de la media estadística en la cuantía de las pensiones) que si se hubiera aplicado mayoritariamente a las pensiones más bajas. Esta es la explicación que probablemente tiene el hecho de que el complemento de maternidad no se aplicara a las pensiones no contributivas, de composición mayoritariamente femenina. Por cierto, aunque posteriormente el complemento de brecha de pensiones de 2021 pasó de un porcentaje a una cuantía fija (lo que permitió que tuviera mayor efecto en las pensiones más bajas) lo cierto es que mantuvo la posibilidad de superar la pensión máxima y siguió sin aplicarse a las pensiones no contributivas. Tampoco venía mal en 2021 el efecto estadístico.

La historia de este complemento de maternidad fue breve porque la STJUE dictada en el asunto *WA* en 2019 lo declaró contrario a la Directiva 79/7, de igualdad entre mujeres y hombres en materia de seguridad social⁴. La declaración de ilegalidad comunitaria del complemento de maternidad suscitó numerosas cuestiones (retroactividad completa, indemnización por resistencia institucional, disfrute paradójico de ambos progenitores...) ⁵ que no procede analizar en este trabajo porque ya son tratados en otros capítulos de esta misma obra. Baste señalar que toda esta batería de consecuencias judiciales del polémico complemento de maternidad trascendió la cuestión de la igualdad de género para conectar con materias de gran envergadura y trascendencia, como la de la mismísima primacía de la normativa UE.

La STJUE *WA* de 2019 se ha calificado como exponente de la doctrina del varón discriminado, un término muy gráfico que tuvo su origen en la doctrina del Tribunal Constitucional de la década de los 80. En esa década de la transición democrática en España el Tribunal Constitucional instó la eliminación de las diferencias por razón de sexo que existían en el sistema de seguridad social y que fueron eliminándose

justificadas. Me refiero a la prestación por menstruación incapacitante secundaria y la prestación en caso de interrupción voluntaria del embarazo, ambas en la LO 1/2023, de 28 de febrero.

⁴ STJUE de 12 de diciembre de 2019, *WA*, C-450/18

⁵ Un interesante análisis crítico de la conflictividad judicial que generaron los dos complementos de pensiones por MOLINA NAVARRETE, C., “El complemento por aportación demográfica: dislate legal de incesante conflictividad judicial aun después de derogado (no muerto). Con ocasión de las sentencias del TSJ de Cantabria 749/2022, de 31 de octubre y de TSJ de Extremadura 733/2022, de 31 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 472, 2023.

progresivamente⁶. Muchas de las igualaciones beneficiaron a las mujeres (como era previsible), pero algunas beneficiaron a los hombres, como por ejemplo la equiparación en los requisitos para el acceso a la pensión de viudedad⁷. Fue entonces cuando se empezó a hablar en España del varón discriminado, una terminología que se ha quedado en nuestro lenguaje para definir aquellas situaciones en que la normativa para la igualdad por razón de sexo termina beneficiando a los hombres⁸. Este efecto no es algo exclusivo del ordenamiento español. El mismo fenómeno de hombres beneficiados por el principio antidiscriminatorio por razón de género se ha producido en general en todos los ordenamientos, incluyendo el ordenamiento UE. De hecho, algunas de las sentencias del TJUE más emblemáticas sobre discriminación de género se han generado a partir de demandas planteadas por hombres⁹.

Poco más de un año después de la STJUE dictada en el asunto WA contra el complemento de maternidad un nuevo complemento de pensiones se estableció en España por medio del complemento de brecha de pensiones (por RDL 3/2021, de 2 de febrero). El complemento de pensiones de 2021 consiste en una cuantía adicional a la pensión que, en principio, es de titularidad femenina, aunque puede pasar al progenitor hombre en determinadas y tasadas circunstancias. En esta ocasión su justificación ya no fue la aportación demográfica realizada por las mujeres (que, como señaló el TJUE también se debe reconocer a los hombres) sino la loable finalidad de combatir la brecha de género, con lo cual pretendía ser una verdadera acción afirmativa.

El complemento de brecha de pensiones de 2021 no fue una iniciativa del Gobierno de aquel momento, que nunca lo incluyó entre sus propuestas electorales ni en sus propuestas normativas. En realidad, el complemento de brecha de género de 2021 fue una huida hacia adelante en clave política. El gobierno progresista no podía eliminar en 2021 un beneficio para las mujeres que había sido establecido por un Gobierno conservador en 2015. No parecería entendible, en términos políticos, que el complemento desapareciera y las pensiones de los progenitores consiguientemente bajaran con el nuevo Gobierno (las de las mujeres y también las de los hombres por la STJUE dictada en WA). Sin embargo, jurídicamente, la cosa estaba complicada porque

⁶ Durante toda la década de los 80 se sucedieron las reformas normativas dirigidas a limpiar el sistema de seguridad social de cualquier diferenciación entre mujeres y hombres. La entrada de España en la entonces CEE y la necesidad de transponer la Directiva 79/7 concluyó el trabajo. Así, por ejemplo, por Orden de 11 de mayo de 1988 se eliminaron las diferencias entre mujeres y hombres en la indemnización por incapacidad permanente no invalidante derivada de ATEP.

⁷ STC 103/1983, de 22 de noviembre

⁸ Se suele mencionar a Alonso Olea como autor del concepto de “varón discriminado”, por una serie de comentarios que realizó entre 1982 y 1983 que llevaban ese nombre. Mas recientemente, revisitando aquella doctrina del varón discriminado, MERCADER UGUINA, J., “¿Varón discriminado? ¿Discriminación o desigualación? Ideas para un debate”, *Labos*, vol. 3, nº 2, 2022

⁹ Baste un ejemplo de los muchos que se pueden encontrar: La STJUE de 17 de mayo de 1990, Barber, C-262/88 surgió a partir de una demanda de discriminación por razón de sexo planteada por un hombre. La sentencia dictada en el asunto Barber tuvo tanta trascendencia que obligó a un cambio en el derecho originario de la Unión Europea (el llamado protocolo Barber aprobado con el Tratado de Maastricht de 1992).

el TJUE dejaba poco margen de maniobra. En fin, el Gobierno de 2021¹⁰ optó por la regeneración del complemento, y por eso se acometió la cuestión cambiando su nombre y supuestamente su finalidad (la brecha de género), lo que resultaba mucho más correcto políticamente que aquella rancia referencia a la aportación demográfica del complemento de 2015. Sin embargo, era fácil ver que se trataba básicamente de lo mismo, lo que era lógico porque el complemento de brecha de género no había surgido realmente por iniciativa del Gobierno de 2021 sino solo para arreglar una emergencia en clave política. El nuevo complemento de brecha pretendía tan solo que quien tuviera hijos/as y accediera a una pensión, preferentemente mujeres, percibiera un complemento similar al que antes se llamaba complemento de maternidad. Y, desde el punto de vista político, tampoco había que despreciar el efecto estadístico de la medida.

Algunas de las carencias¹¹ del antiguo complemento de maternidad (no todas) se corrigieron en la nueva regulación del complemento de brecha de género de 2021. Por ejemplo, se corrigieron aspectos como el número de hijos que daban lugar al complemento (que en el nuevo complemento surge a partir de uno); se modificó su cuantía (que pasó a ser una cuantía fija por hijo y no un porcentaje); y se posibilitó el acceso al complemento en caso de jubilación anticipada incluso voluntaria. También se incorporaron a la regulación del complemento de brecha algunas materias dudosas que habían sido resueltas en el ámbito judicial de la manera más conveniente a la viabilidad financiera¹², como por ejemplo la necesidad de que el hijo naciera vivo a efectos de poder ser contabilizado a efectos del complemento¹³. Pero lo más relevante es que la nueva regulación del art. 60 LGSS permitió que los hombres accedieran al complemento de pensiones, siquiera con carácter secundario y subsidiario a la progenitora mujer.

Esta normalidad con que se acometió el cambio del complemento de maternidad al complemento de brecha de género incorporando al hombre (aunque fuera de modo casi testimonial) transmitía la idea a la ciudadanía de la cuestión quedaba resuelta con un mero retoque formal. Esta autocomplacencia se refuerza con otras reformas normativas similares que se aprobaron también en el RDL 2/2023 de 16 de marzo, como el sistema especial de cobertura de lagunas específico para mujeres (con aplicación marginal a los hombres), que generaba similares dudas sobre su licitud por

¹⁰ El complemento de brecha de género no se aprobó por vía legislativa ordinaria sino por medio de Real Decreto Ley dada la urgencia que se había generado por la STJUE dictada en 2019 en el asunto WA

¹¹ Entre otros, MOLINA NAVARRETE, C., “De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 457, 2021.

¹² Sugiriendo que la jurisprudencia aplicativa del complemento de maternidad tiene una clara tendencia a favorecer los intereses de la viabilidad financiera del sistema de seguridad social, MOLINA NAVARRETE, C., “El complemento por aportación demográfica: dislate legal...”, op. cit.

¹³ STS de 27 de febrero de 2023, rec. 3225/2021, con voto particular de la magistrada Rosa Virolés. La necesidad de que el hijo nazca vivo para poder generar derecho al complemento de brecha de género se encuentra en el art. 6.3.a LGSS

ser un beneficio de seguridad social exclusivo para mujeres¹⁴. El resto de la historia es sobradamente conocido y se sintetiza en las varias cuestiones prejudiciales que se han planteado ante el TJUE por órganos judiciales españoles cuestionando la legalidad comunitaria del nuevo complemento de brecha de género¹⁵.

En el momento en que escribo estas líneas el TJUE todavía no se ha pronunciado sobre la adecuación a la UE del complemento español de pensiones de 2021 pero resulta evidente que la cuestión es complicada. A la vista de lo acontecido podría decirse que la regeneración del complemento de pensiones en 2021 fue jurídicamente arriesgada aunque políticamente casi imprescindible. En fin, en el caso de que el TJUE resolviera en contra de la validez del complemento de brecha de género sería necesario encontrar una alternativa que no condujera a más errores y que fuera una solución adecuada tanto en términos jurídicos como políticos. Este es el dilema de mayor intensidad y de mayor urgencia, que conviene resolver con premura porque son graves las consecuencias que, de nuevo, podrían producirse.

1.2. La necesidad de diseñar una alternativa al complemento de brecha de género (por si acaso)

Vaya por delante la advertencia de que las consecuencias de la falta de cumplimiento de las sentencias del TJUE no son tan inocuas como parecía hasta ahora. Y esto afecta particularmente a la actitud de España en materia de complemento de pensiones en su dimensión de futuro porque lamentablemente ya hemos comprobado que son graves y costosas las consecuencias para España si no acomoda con prontitud su ordenamiento a lo establecido por el TJUE. Por lo pronto, cuando el TJUE declaró la ilegalidad comunitaria del complemento de maternidad fue necesario aplicar el derecho al mismo de los progenitores hombres con carácter retroactivo. Así lo tenía establecido desde antiguo la propia jurisprudencia del TJUE¹⁶ y así lo reconoció en España el TS¹⁷,

¹⁴ La DT 41 LGSS establece un sistema de cobertura de lagunas específico para las mujeres que acceden a la pensión de jubilación mientras la brecha de pensiones entre mujeres y hombres sea superior al 5%. También el art. 236 LGSS establece un beneficio de seguridad social relacionado con el cuidado de los hijos/as que contiene cierta preferencia para las mujeres, dado que, aunque en principio es neutro, en caso de controversia el beneficio se debe otorgar a la mujer (no dice nada, por cierto, en caso de que la unidad familiar esté integrada por dos mujeres). También el art. 236 LGSS podría ser contrario a la obligación estricta de trato entre mujeres y hombres en Seguridad Social que exige la Directiva 79/7. Caso distinto es la cotización ficticia que establece el art. 235 LGSS porque tiene relación directa con el parto, por lo que la diferencia está justificada y no se opone a la Directiva 79/7.

¹⁵ Las cuestiones prejudiciales planteadas son, al menos, las siguientes: Auto del TSJ de Madrid de 13 de septiembre de 2023; Auto del Juzgado de lo Social de Pamplona nº 3 de 21 de septiembre de 2023; Auto del Juzgado de lo Social nº 5 de Santander de 27 de febrero de 2024. Asimismo, el TS ha suspendido actuaciones hasta la resolución de la cuestión por parte del TJUE (Auto del TS de 4 de abril de 2024 respecto del recurso 493/2024).

¹⁶ Un sumario de la doctrina del TJUE sobre la retroactividad aplicativa de sus sentencias puede verse en la STJUE de 1 de marzo de 2011, Test-Achats, C-236/09.

¹⁷ Por todas, STS de 15 de febrero de 2022, rec. 2872/2021.

que aplicó el criterio de la retroactividad absoluta y resolvió de este modo la disparidad de criterios de aplicación de la retroactividad que se estaba suscitando¹⁸.

Pero, además, la reticencia a cumplir lo establecido por una sentencia del TJUE lleva aparejadas otras consecuencias particularmente graves en el caso del complemento de pensiones. En efecto, la sentencia dictada en el asunto WA condujo, como se sabe, a la STJUE de 14 de septiembre de 2023, TGSS, C-114/22. Esta STJUE reconoció el derecho a percibir una indemnización por daños a quien se había visto obligado a recurrir judicialmente para poder acceder a un derecho (el complemento de maternidad) que le había sido reconocido expresamente por el TJUE. La sentencia dictada en el asunto TGSS (2023) ha sido toda una revolución a nivel europeo porque reconoce el derecho directo a reparación de una persona afectada por la falta de transposición de una Directiva. Podría decirse que la sentencia TGSS supera la doctrina *Francovich*¹⁹, otorgando un verdadero e inmediato derecho a los particulares contra los Estados incumplidores de su obligación de transponer las Directivas UE. En la sentencia dictada en el asunto TGSS se recuerda también que los pronunciamientos del TJUE vinculan a todas las Administraciones Públicas y no solo al Poder Judicial. Ello supone que a partir de ahora las Administraciones españolas deberán apresurarse a cumplir las sentencias del TJUE, sin esperar a que se modifique la normativa, como tantas veces ha sucedido hasta ahora²⁰, porque en caso contrario se enfrentan a la reclamación de indemnizaciones por daños por parte de los sujetos perjudicados.

Una reflexión conviene hacer, por cierto, con relación a la cuantía de la indemnización por daños en el caso de que un progenitor hombre hubiera tenido que reclamar judicialmente para acceder al complemento de maternidad, teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo la ha cuantificado en 1800 euros con carácter general.²¹ Esta indemnización prefijada a modo de tarifa plana podría no acomodarse a la Directiva 2006/54, en cuyo art. 18 se establece que no es posible establecer

¹⁸ Un análisis del alcance de la retroactividad por imperativo de la UE que debía aplicarse para el complemento de maternidad, entre otros, por MALDONADO MOLINA, J.A., “Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 466, 2022. También sobre el tema de la retroactividad de las sentencias del TJUE aplicativas de la Directiva 79/7, GARATE CASTRO, J., “Hitos del lento y fatigoso proceso de adaptación de la normativa española de seguridad social a la Directiva 79/7/CEE”, en MONEREO PÉREZ, J.L., y MORENO ROMERO, F., *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social*, tomo II, Laborum, 2024, pág. 892

¹⁹ Así lo entendió ARASTEY SAHUN, L., “Keynote Speech” impartido en el Legal seminar on non discrimination and gender equality, Bruselas, 29 de noviembre de 2024 (European Commission) el STJUE de 19 de noviembre de 1991, *Francovich*, C-6/90 y 9/90

²⁰ Por ejemplo, en España se declaró discriminatorio el sistema de cálculo de pensiones de las personas trabajadoras a tiempo parcial en varias sentencias del TJUE (la primera de ellas, la STJUE de 22 de noviembre de 2012, *Elbal Moreno*, C-385/11) pero el sistema de cálculo no se modificó para equipararse totalmente a los trabajos a tiempo completo hasta el RDL 2/2023, de 16 de marzo. Incluso la jurisprudencia del TS siguió manteniendo implícitamente la vigencia del complemento de parcialidad (por todas, STS de 9 de abril de 2024, rec. 782/2021), pese a que hacía ya bastantes años que el TJUE lo había declarado contrario a la normativa UE (STJUE de 8 de mayo de 2019, *Villar Laiz*, C-161/18)

²¹ Por todas, STS de 15 de noviembre de 2023, rec. 5547/2022

indemnizaciones tasadas para los supuestos de discriminación por razón de sexo. El apego español a las indemnizaciones tasadas podría abrir otro frente en este ámbito por no acomodarse, tampoco aquí, a la normativa UE. En todo caso, la STJUE dictada en el asunto *TGSS* es una advertencia de lo que pudiera suceder en el futuro después de la STJUE resolviendo las cuestiones prejudiciales sobre el complemento de brecha de género.

Llegados a este punto conviene señalar que el problema real de la brecha de pensiones en España requiere algo más que un complemento de pensiones²². Nuestro sistema de seguridad social tiene serios problemas de discriminación indirecta por razón de sexo, como muestran las numerosas sentencias del TJUE contra España en relación con el acceso a las prestaciones de seguridad social en los trabajos a tiempo parcial²³. Asimismo, el sistema de cálculo de las pensiones español penaliza a las personas con carreras profesionales irregulares, que son mayoritariamente mujeres y, aunque se han corregido algunas de las penalizaciones al trabajo a tiempo parcial que perjudicaban fundamentalmente a las mujeres²⁴ lo cierto es que la ampliación del tiempo de determinación de la base reguladora tendrá previsiblemente un efecto más perjudicial para las mujeres que para los hombres²⁵. El mismo efecto perverso para las mujeres tienen mecanismos de determinación de pensiones tan arraigados en España como la carencia específica²⁶.

El debate acerca de la legitimidad del complemento de pensiones (el de maternidad y el de brecha de pensiones) se ha basado fundamentalmente en España en la crítica al TJUE por su interpretación restrictiva en el asunto *WA*. Supongo que pasará lo mismo si el TJUE declarara discriminatorio el complemento de brecha de género. El TJUE sin duda merece esta crítica porque su interpretación en *WA* ha sido ciertamente cicatera. Pero, partiendo de esta premisa, también es cierto que era esperable que el TJUE se resistiera a cambiar su doctrina de la igualación completa en el ámbito de la seguridad social cuando se había pronunciado en tantas ocasiones al respecto. Había razones para poder anticipar el resultado, como por cierto mencionó el propio Tribunal Constitucional español²⁷ y por ello también procede, en mi opinión, que la

²² MOLINA NAVARRETE, C., “De la auditoría retributiva ...”, op. cit. pág. 140

²³ STJUE de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11; STJUE de 9 de noviembre de 2017, Espadas Recio, C-98/15; o STJUE de 8 de mayo de 2019, Villar Laiz, C-161/18;

²⁴ Por ejemplo, el RDL 2/2023, de 16 de marzo, eliminó la penalización en el mecanismo de integración de lagunas que se aplicaba a las personas trabajadoras a tiempo parcial. Un comentario al respecto por LOPEZ GANDÍA, “Las recientes reformas de seguridad social. El RDL 2/2023 de 16 de marzo”, *Revista de Derecho Social*, 101, 2023, pág. 41. Asimismo, el RDL 2/2024, de 21 de mayo, eliminó del art. 278 LGSS la disminución en la cuantía mínima del subsidio de desempleo que resultaba aplicable en los casos de trabajo a tiempo parcial.

²⁵ GONZALEZ COBALEDA, E., “Integración de lagunas en clave de género: ¿más allá de las pensiones del RETA?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 472, 2023, pág. 214

²⁶ Así lo expone POYATOS MATAS, G., “Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 458, 2021, pág. 120

²⁷ Es bastante significativo que la STC 152/2021, de 13 de septiembre de 2021, mencionara que la doctrina del TJUE establecida en *WA* ya venía de antiguo. Expresamente señala esta sentencia del TC en su fundamentación jurídica lo siguiente: Ciertamente, hay que subrayar que antes de que la Sala

crítica alcance al legislador que corrió dos veces un riesgo tal vez innecesario. Sin duda el gran problema de género de nuestro sistema de seguridad social se encuentra en la discriminación indirecta, en aquellos preceptos supuestamente neutros que penalizan más a las mujeres que a los hombres (tiempo parcial, carreras irregulares, cobertura de lagunas en la cotización, reglas de pluriempleo²⁸...). Pero también es indudable que toda ayuda es poca en la lucha contra la brecha de género en pensiones, por lo que convendría no renunciar a la idea de un complemento de pensiones que tuviera ese efecto, siempre que quedara libre de sospecha de incumplimiento de la Directiva 79/7. El espacio dejado libre para ello por parte de la normativa y jurisprudencia UE es estrecho y complejo, pero existe.

2. EL DILEMA DE LA ACCIÓN AFIRMATIVA DE GÉNERO EN LA UNIÓN EUROPEA: EL ESTRECHO ESPACIO DE LA ACCIÓN AFIRMATIVA DE GÉNERO

La acción afirmativa se encuentra integrada al nivel normativo de más alto nivel de la Unión Europea en el art. 157.4 TFUE. En este precepto la acción afirmativa de género no es una excepción a la igualdad entre mujeres y hombres sino una manifestación del principio de igualdad de género. La acción afirmativa aparece expresamente mencionada y admitida, como manifestación de la igualdad real y efectiva, en todas las Directivas antidiscriminatorias de nueva generación (Directiva 2000/43, Directiva 2000/78 y Directiva 2006/54 -Directiva antidiscriminatoria de género en el ámbito laboral-), pero no se encuentra expresamente reconocida en la Directiva 79/7, antidiscriminatoria de género en el ámbito de la seguridad social.

La doctrina del TJUE ha jugado un papel muy importante en la configuración de la acción afirmativa válida en la UE. Podría decirse que, desde la perspectiva cuantitativa, la actuación del TJUE en esta materia ha sido restrictiva porque son más las sentencias que niegan la validez de la acción afirmativa que las que la admiten. Sin embargo, las justificaciones que hay en el fondo de las resoluciones del TJUE han ido cambiando a lo largo de los años y actualmente la principal razón para denegar la validez de supuestas acciones afirmativas es la perpetuación de roles de cuidado.

de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia resolviera el recurso de suplicación que le fue planteado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había pronunciado en repetidas ocasiones sobre la interpretación correcta de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, en relación con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, considerando contrarias al mencionado principio determinados beneficios con relación a las pensiones que se atribuían solo a las mujeres por el hecho de haber tenido hijos, sin vincularlos a la maternidad y a las desventajas que esta pudiera acarrear en su carrera profesional. Como sostuvo la parte recurrente ante la Sala, resultaba relevante a este respecto, lo declarado en la STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, asunto Griesmar...

²⁸ STJUE de 30 de junio de 2022, KM, C-625/20. Un interesante comentario de esta sentencia por MONEREO PÉREZ, J.L., "Discriminación indirecta en la incompatibilidad de pensiones de incapacidad permanente en el marco de un mismo régimen público de seguridad social", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 7, 2022

En el caso de las acciones afirmativas de seguridad social la postura del TJUE es incluso más restrictiva porque la Directiva 79/7 no admite expresamente la acción afirmativa y porque las excepciones a la igualdad de trato entre mujeres y hombres son taxativas. Se advierte, asimismo, que también han llegado al ámbito de la seguridad social las cautelas ante las acciones que pueden perpetuar roles de cuidado. En este panorama ha tenido una trascendencia especial la STJUE dictada en el asunto *WA*, que reitera la doctrina clásica del TJUE pero que también delimita los espacios cerrados a la acción normativa para la igualdad real y efectiva de género.

2.1. La acción afirmativa y las cuotas a la contratación: un tema clásico ya cerrado

Hace ya casi treinta años que el TJUE estableció que las únicas cuotas a la contratación que se acomodaban a la normativa EU eran las cuotas desempate, o sea, que solo se podía establecer la contratación prioritaria de una persona de un sexo frente a otra cuando ambas se encontraran al mismo nivel de méritos y capacidades en relación con el puesto de trabajo. Así lo entendió el TJUE en las sentencias sobre cuotas a la contratación de mujeres que se produjeron en los últimos años del siglo pasado y en los primeros años del presente²⁹. Esta doctrina del TJUE fue ampliamente criticada porque gravitaba en torno a la discriminación del hombre sin tener en cuenta los obstáculos de las mujeres para llegar a ese listón mínimo de igualdad de méritos que era imprescindible para aplicar la cuota³⁰. La doctrina de las cuotas de desempate supuso que dejaron de aprobarse cuotas a la contratación de mujeres. La cuestión quedaba, pues, zanjada y nunca más se replanteó ante el TJUE.

No parece previsible que esta antigua doctrina del TJUE sobre las cuotas a la contratación cambie. De hecho, la Directiva 2022/2381, de 23 de noviembre de 2022, de cuotas en los Consejos de Administración³¹ ha mantenido la doctrina de las cuotas de desempate dado que en la misma no se estableció la obligatoriedad de resultados sino de medios. En efecto, en caso de que una empresa obligada por la Directiva 2022/2381

²⁹ Una interesante exposición de esas sentencias por CRUZ VILLALON, “La acción afirmativa”, en *VVAA Derecho Social de la Unión Europea*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid 2023, vol 1, pág 345 ss. Las sentencias emblemáticas fueron las siguientes: STJUE de 17 de octubre de 1995, *Kalanke*, C-450/93; STJUE de 11 de noviembre de 1997, *Marschall*, C-409/95; STJUE de 28 de marzo de 2000, *Badeck*, C-158/97; y STJUE de 6 de julio de 2000, *Abrahamsson*, C-407/98; y STJUE de 30 de septiembre de 2024, *Briheche*, C-319/03

³⁰ Entre muchos otros que criticaron en la década de los 90 la doctrina del TJUE sobre las cuotas a la contratación, ATIENZA, M., “Un comentario al caso *Kalanke*”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, 1996; SZYSZCZAK, Erika, “Positive action after *Kalanke*”, *The Modern Law Review*, vol. 59, nº 6, 1996. Yo misma en aquellos años escribí en clave crítica sobre aquellas sentencias del TJUE, BALLESTER PASTOR, M.A., “La sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminado”, *Tribuna Social*, 59, 1995. Más recientemente, también expresando críticas a dicha doctrina, SÁNCHEZ TRIGUEROS, “Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE”, *Femeris*, vol. 4, 2019.

³¹ Un interesante comentario de la Directiva 2022/2381 por PONS CARMENA, M., “La presencia de mujeres en los consejos de administración y puestos directivos de las empresas”, *Lan Harremanak*, 51, 2024.

no cumpliera la cuota establecida lo único que se le podría imponer sería un sistema objetivo de acceso al consejo de administración (art. 6 de la Directiva)³². En fin, en este momento resulta claro que la doctrina del TJUE sobre las cuotas en la contratación está consolidada y que no hay voluntad de cambiarla. Ni siquiera hay reivindicación social, asociativa o sindical al respecto.

2.2. La supuesta acción afirmativa y el peligro de la perpetuación de roles de cuidado: un tema relativamente nuevo que se encuentra en expansión

En la primera década del siglo XXI comenzó a consolidarse en el TJUE una doctrina que limitaba también la acción afirmativa por razón de sexo desde otra perspectiva: algunas pretendidas medidas de acción afirmativa en supuesto beneficio de las mujeres podían constituir, en realidad, medidas que perpetuaban estereotipos de género, sobre todo en relación con las actividades de cuidado³³. Hay numerosas sentencias que se han pronunciado en este sentido y que podrían agruparse en tres bloques:

- a) La doctrina *Roca Álvarez* sobre permisos de cuidado: La STJUE dictada en el asunto *Roca Álvarez* (2010)³⁴ tuvo una gran trascendencia en toda Europa, particularmente en España que fue el país cuyos órganos judiciales plantearon la cuestión prejudicial. Como es bien sabido, en el asunto *Roca Álvarez* el TJUE dio una vuelta de tuerca a la cuestión de los derechos vinculados al cuidado y estableció que los supuestos beneficios para las mujeres al respecto (en concreto en el acceso a permisos de cuidado) era discriminatorio contra las propias mujeres, porque perpetuaba roles de cuidado. Ya antes de la sentencia dictada en el asunto *Roca Álvarez* el TJUE había establecido en el asunto *Drake* (1986) que no eran admisibles las diferencias entre hombres y mujeres en los derechos vinculados al cuidado porque las cuidadoras mujeres y los cuidadores hombres constituyen situaciones perfectamente comparables³⁵. Aunque *Drake* y *Roca Álvarez*

³² La transposición en España de la Directiva 2022/2381 por medio de la LO 2/2024 de 1 de agosto ha dado un paso más y ha establecido sanciones por incumplimiento. También cabría considerar que el incumplimiento constituye una discriminación por razón de género susceptible de generar las consecuencias prescritas en el ordenamiento español, particularmente en relación al derecho a percibir indemnización por daños de quien hubiera sufrido la inaplicación de la cuota. Así lo sugiere GARCÍA CAMPA, S., “La aplicación del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación al proceso de selección del consejo de administración de las sociedades cotizadas cuando no tienen equilibrio de género”, *Igualdad ES*, 11, 2024, pág. 312.

³³ Por ejemplo, entre otros, RADACIC, I., “Gender equality jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, 19, 208, pág. 4. Analizando la doctrina del TEDH acerca de la acción afirmativa esta autora mantiene que la admisión por parte de este Tribunal de toda medida en supuesto beneficio de las mujeres (a diferencia de la postura del TJUE) podría tener un efecto perjudicial para éstas por perpetuar roles de cuidado.

³⁴ STJUE de 30 de septiembre de 2010, *Roca Álvarez*, C-104/09. Han existido otras sentencias posteriores del TJUE siguiendo lo establecido en *Roca Álvarez*, por ejemplo, STJUE de 16 de julio de 2015, *Maïstrellis*, C-222/14.

³⁵ STJUE de 24 de junio de 1986, *Drake*, C-150/85. Se planteaba en esta sentencia una prestación por cuidado que solo se pagaba a los hombres casados y no a las mujeres casadas, por tanto era la mujer

tienen presupuestos distintos y plantean argumentaciones diferentes, mencionarlos conjuntamente sirve para destacar que, desde antiguo, el TJUE ha establecido que el cuidado no justifica tratos diferentes entre mujeres y hombres. También es importante recordar el asunto *Drake* en este momento porque, a diferencia de *Roca Álvarez*, *Drake* se sustentaba en la Directiva 79/7.

- b) La doctrina *Sindicato CFTC* sobre permiso de maternidad extendido: La sentencia del TJUE dictada en el asunto *Sindicato CFTC* (2020)³⁶ es de gran interés porque establece que los tiempos adicionales al permiso de maternidad que se establecieran más allá del permiso de maternidad legal aplicable no pueden atribuirse exclusivamente a las mujeres, sino que tienen que ser indistintos para mujeres y para hombres. De este modo, la STJUE de 2020 reinterpreta la doctrina del TJUE dictada en el asunto *Hofmann* (1984)³⁷ que parecía permitir el disfrute exclusivo de las mujeres de los tiempos adicionales al permiso de maternidad en atención a una controvertida “particular” relación entre madre e hijo. Ahora, en 2020, el TJUE clarifica (o en realidad rectifica) la doctrina *Hofmann* y establece que los periodos adicionales del permiso de maternidad legal que pudieran reconocerse solo podrán limitarse a las mujeres si tienen conexión estricta con la condición biológica del embarazo y el parto. La nueva doctrina del TJUE en el asunto *Sindicato CFTC* (2020) supone el definitivo reconocimiento de que en la UE no es admisible diferencia alguna entre hombres y mujeres que tenga como justificación el cuidado, y para ello el propio TJUE no duda en rectificar su propia doctrina.
- c) La doctrina *Griesmar y Leone* sobre beneficios en pensiones: La doctrina del TJUE establecida en los asuntos *Griesmar*³⁸ y *Leone*³⁹ se refiere a unos complementos de pensiones muy parecidos a los complementos españoles de 2016 y de 2021. En el asunto *Griesmar* el TJUE estableció que era contrario a la normativa UE un complemento de pensiones exclusivo para mujeres que habían tenido hijos. Tras la sentencia dictada en el asunto *Griesmar* Francia modificó su normativa sustituyendo el complemento por otro que ya no era de titularidad femenina exclusiva pero que sí estaba configurado para que el acceso de las mujeres fuera más fácil que para los hombres. Creo que no es necesario abundar en las similitudes de estos dos

y no el hombre a la que se le negaba el derecho (a diferencia de lo que sucedía en *Roca Álvarez*). Sin embargo, los presupuestos y las argumentaciones de *Drake* son de particular interés, incluso en la actualidad, porque establecen con rotundidad que no caben diferencias entre cuidadores hombres y cuidadoras mujeres.

³⁶ STJUE de 18 de noviembre de 2020, *Sindicato CFTC*, C-463/19.

³⁷ STJUE de 12 de julio de 1984, *Hofmann*, 184/83.

³⁸ STJUE de 29 de noviembre de 2001, *Griesmar*, C-366/99.

³⁹ STJUE de 17 de julio de 2014, *Leone*, C-173/13.

casos con los dos complementos españoles⁴⁰. Baste señalar que el TJUE en ambos asuntos reiteró la necesidad de que cualquier diferencia en el acceso a beneficios por cuidado de hijos debía tener una formulación totalmente neutra.

2.3. La acción afirmativa en seguridad social en la UE: ni se la ve ni se la espera

La sentencia dictada por el TJUE en el asunto WA aplica criterios ciertamente formalistas, asentados en la literalidad de la Directiva 79/7. No en vano la STJUE en WA ha sido criticada, tanto fuera como dentro de nuestras fronteras, por aplicar una interpretación muy restrictiva del concepto de acción afirmativa⁴¹. La Directiva 79/7 es una Directiva ya añosa que no podía contemplar la cuestión de la acción afirmativa cuando se aprobó porque por entonces eran otros los objetivos para la igualdad de género. En efecto, en la década de los 70 el principal objetivo en materia de igualdad de género era eliminar las diferencias en seguridad social que iban en contra de las mujeres. Y, consiguientemente con ello, la Directiva 79/7 es una norma esencialmente igualatoria, que tan solo contempla como posibles excepciones a esta igualdad estricta las que se refieren expresamente en su art. 7. Esta es la perspectiva que mantiene la STJUE dictada en el asunto WA. Asimismo, hay otro aspecto de la sentencia dictada en el asunto WA que es particularmente interesante y es el que se refiere a la interpretación de la acción afirmativa a la que se refiere el art. 157.4 TFUE.

El escenario no es favorable al complemento de pensiones, al menos con el diseño que hemos conocido hasta ahora. Los dos ejes de WA son los siguientes:

A) No caben más excepciones a la igualdad en seguridad social entre mujeres y hombres que las del art. 7 de la Directiva 79/7 (la doctrina clásica del TJUE)

La doctrina clásica ratificada en WA es que no caben más excepciones a la igualdad estricta en seguridad social entre hombres y mujeres que las referidas expresamente en el art. 7 de la Directiva 79/7⁴². Es un principio rotundo que no

⁴⁰ Ciertamente en Griesmar y Leone la normativa de la UE aplicable no era la Directiva 79/7 porque se trataba de funcionarios y, por razones que no vienen al caso, las pensiones de este colectivo tenían carácter de prestación laboral. Pero es evidente que los razonamientos del TJUE en ambas es perfectamente aplicable en el caso de los complementos españoles.

⁴¹ Por todos, D'ANDREA, S., "Gender Equality and Pensions: Time for an EU Strategy to Achieve Substantive Equality Between Men and Women in Old Age", *European Equality Law Review* 1, 2022, pág. 64 y 65; MAIR, S., "Why Less Is Not Always More: Mother's Pensions and Parenthood in WA", *Common Market Law Review* 58, 2021, pág. 216-219. En España, entre otros, MOLINA NAVARRETE, C., "Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la UE no cree en juzgar con perspectiva de género?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 445, 2020, pág. 189; o TORRENS MARGALEF, "Igualdad de género, discriminación masculina directa por asociación tras la ley 15/2022, de 12 de julio", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 480, 2024.

⁴² En la STJUE de 3 de septiembre de 2014, X, C318/13 el TJUE ya estableció que no cabían más excepciones al trato igual en seguridad social entre mujeres y hombres que las establecidas en el art. 7 de la Directiva.

admite analogías ni interpretaciones analógicas porque el TJUE en la década de los 90 estableció que las excepciones a la igualdad en seguridad social del art. 7 de la Directiva debían interpretarse restrictivamente⁴³. En definitiva, el art. 7 era (y es) un claro obstáculo a la acción afirmativa en seguridad social. El TJUE ha tenido ocasión de establecer otra doctrina (por ejemplo, en el asunto WA) pero evidentemente no ha querido hacerlo.

Debe señalarse que, en esta materia, no existe presión social, sindical o asociativa que muestre interés en que se produzca un cambio en la doctrina restrictiva del TJUE que se acaba de describir. De hecho, la tendencia en este momento en la UE es a hacer desaparecer todas y cada una de las diferencias de trato entre mujeres y hombres en seguridad social para configurar un marco totalmente igualitario⁴⁴. Los debates que actualmente tienen lugar en Europa en el ámbito de la no discriminación en materia de seguridad social no hacen referencia a incorporar la posibilidad de la acción afirmativa sino a avanzar en la total eliminación de diferencias, particularmente en lo que hace referencia al cuidado de los hijos.

De hecho, existió en 1987 una propuesta de reforma de la Directiva 79/7⁴⁵ cuyo principal objetivo fue eliminar las excepciones a la igualdad de trato que se configuraban en el art. 7 de la Directiva 79/7. Este objetivo se completaba con una referencia expresa en la propuesta de 1987 a que cualquier beneficio de seguridad social que se estableciera con relación al cuidado de los hijos/as debía ser exactamente igual para mujeres y para hombres⁴⁶. Todo ello se insertaba en la principal finalidad de la propuesta de 1987 que era unificar el tratamiento dado a la seguridad social estatutaria y la ocupacional. En fin, la cuestión de la acción afirmativa en materia de seguridad social no ha sido nunca una cuestión relevante en la UE. Debe señalarse al respecto que, como se ha expuesto, la cuestión de los complementos de pensiones solo se ha producido en dos países (Francia y España), por lo que no ha generado demasiado interés en el resto de los Estados miembros. Asimismo, el principal objetivo en el ámbito de los cuidados actualmente es el de fomentar el reparto de responsabilidades, y no el de justificar que existan previsiones solo para mujeres.

⁴³ STJUE de 30 de marzo de 1993, Thomas, C-328/91. Esta sentencia fue objeto de crítica, por ejemplo, HERVEY, Tamara “Case 9/91: Regina v. Secretary of State for Social Security ex parte the Equal Opportunities Commission”, *Common Market Law Review* 30, 1993, pág. 659.

⁴⁴ ELEVEL, A., “Gender equality in statutory social security: the future of Directive 79/7”, conferencia impartida en el Legal seminar of non-discrimination and gender equality organizado por la Comisión Europea en Bruselas el 29 de noviembre de 2024. ELEVEL defiende que todas las diferencias en seguridad social en materia de seguridad social entre mujeres y hombres deben eliminarse.

⁴⁵ Propuesta para una Directiva del Consejo completando la implementación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en los sistemas de seguridad social estatutarios y ocupacionales, COM (87) 494 final 30 Diario Oficial de la Comisión Europea (OJ of European Commission) N° C 309, 10.

⁴⁶ Al respecto, señalando que éste fue uno de los contenidos esenciales de la propuesta de Directiva, FOLDES, Margaret, “The Final Directive: Equal Social Security Benefits for Men and Women in the European Economic Community”, *Boston College International and Comparative Law Review* 12, 1989, pág. 437 a 464.

B) No cabe la acción afirmativa hacia atrás: un contenido inesperado del art. 157.4 TFUE

El TJUE podía haber esquivado la rigidez de la Directiva 79/7, pero no quiso hacerlo. La cuestión prejudicial no venía planteada como vulneración de la Directiva 79/7, sino como vulneración de la Directiva 2006/54 de género y del art. 157.4 TFUE. Ciertamente, era difícil que la cuestión se recondujera a la Directiva 2006/54 (antidiscriminatoria de género) porque expresamente excluye las relaciones de seguridad social pública. Pero entraba dentro de lo posible que el TJUE en el asunto WA hubiera pasado por encima de la Directiva 79/7 para aplicar directamente el art. 157.4 TFUE⁴⁷, que reconoce expresamente la acción afirmativa para la igualdad real entre mujeres y hombres. A fin de cuentas, el art. 157.4 TFU es derecho originario y tiene mayor rango que la Directiva 79/7.

Pero el TJUE probablemente no quiso enfrentarse al gran problema de la derogación automática de una Directiva por un precepto posterior del TFUE. Debe admitirse que esto hubiera abierto la veda a numerosas reclamaciones pidiendo reinterpretaciones de las Directivas (no solo de la Directiva 79/7) e incluso revisiones de sentencias del TJUE a la luz de las numerosas reformas que ha tenido el derecho originario de la UE. Probablemente tampoco quería ir en contra de su propia doctrina en *Griesmar y Leone (supra)*. Y ciertamente no quería abrir ninguna espita a que existieran diferencias entre mujeres y hombres en materias relacionadas con el cuidado de los hijos en un momento en que la corresponsabilidad se había convertido en principio de actuación indiscutible en la Unión Europea⁴⁸.

Pero lo más interesante de la STJUE dictada en el asunto WA es que parece no dejar ninguna posibilidad para que prospere ninguna medida a posteriori, para compensar injusticias pasadas, como es el caso del complemento de pensiones. Según el TJUE, el art. 157.4 reconoce solo la acción afirmativa en favor de las mujeres dirigida a poner remedios hacia el futuro, o sea, solo son válidas las acciones afirmativas que tengan repercusión en el desarrollo de sus carreras profesionales⁴⁹. Esta previsión, que se encuentra en el párrafo 65 de la STJUE dictada en el asunto WA es sin duda el principal obstáculo a que pueda prosperar cualquier medida que mire hacia atrás

⁴⁷ Art. 157.4.TFUE: 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.

⁴⁸ Véanse, a modo de ejemplo, los considerandos de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, de conciliación de responsabilidades

⁴⁹ Se establece expresamente en el párrafo 65 de la STJUE dictada en WA lo siguiente: ...el complemento de pensión controvertido se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional...

intentando corregir la desigualdad ya existente, al menos si se utiliza como sustento el art. 157.4 TFUE.

En definitiva, tras la STJUE dictada en el asunto *WA* no parece que pueda tener validez comunitaria ninguna acción afirmativa de género en el ámbito de la seguridad social, sea complemento de pensiones o cualquier otro mecanismo, que excluya o de preferencia a un sexo frente a otro, como por ejemplo el sistema especial de cobertura de lagunas en la pensión de jubilación aplicable exclusivamente a las mujeres⁵⁰.

En definitiva, entiendo que, a la vista de la doctrina del TJUE hay dos puntos que deben ser los ejes de cualquier acción normativa interna futura al respecto:

Primero, es evidente que la UE no quiere que existan dos sistemas de seguridad social deslindados por el sexo de los beneficiarios. No admite previsiones específicas, ni para hombres ni para mujeres porque aspira a un ordenamiento libre de discriminaciones indirectas que sea igualmente bueno para unos y para otras sin necesidad de realizar ajustes de género. Ciertamente se pueden hacer críticas al hecho de que no admita la acción afirmativa, pero debe reconocerse que el TJUE está identificando claramente el espacio donde deben producirse las acciones para la igualdad real y efectiva (solo en el espacio de la discriminación indirecta)

Segundo, desde los ordenamientos internos debe admitirse y aplicarse a rajatabla la neutralidad absoluta de género de los preceptos de seguridad social, particularmente en lo que guarda relación con el cuidado de los hijos. Y esto debe hacerse sin trampas, sin miedos y sin complejos.

3. EL TERCER DILEMA: BUSCANDO LA CAUSA PARA UN EVENTUAL COMPLEMENTO DE PENSIONES

La forma en que el complemento de brecha de pensiones en 2021 pretendió superar la ilegalidad comunitaria del complemento de maternidad fue mediante el cambio de causa y de nombre: se pasó de la contribución demográfica a la brecha de género. Como se ha expuesto hasta ahora, sin embargo (y a la espera de que se pronuncie el TJUE) la brecha de género probablemente tampoco serviría para justificar un complemento de pensiones dadas las dificultades de integrar la acción afirmativa en el estricto y restrictivo ámbito de las desigualdades permitidas por la Directiva 79/7. De hecho, la propia sentencia dictada en el asunto *WA* se ha pronunciado al respecto diciendo que tampoco el objetivo de luchar contra la brecha de género legitima por sí misma la aplicación de diferencias en materia de seguridad social cuando se dirige a quien ha sido progenitor/a, porque dicha condición se vincula al cuidado y éste se puede dar tanto en mujeres como en hombres⁵¹

⁵⁰ Probablemente todo lo que se ha expuesto en el presente trabajo con relación al complemento de pensiones sea de aplicación al sistema especial de cobertura de lagunas para mujeres que se estableció en la DT 41 del RDL 3/2023, de 16 de marzo y que, al ser exclusivo para las mujeres, podría plantear problemas de legalidad comunitaria

⁵¹ Es muy significativo lo que establece la STJUE dictada en *WA* en sus párrafos 50 a 52: 50. A este respecto, en cuanto al objetivo consistente en reducir la brecha de género entre las pensiones de las

Asimismo, partiendo de que el art. 157.4 TFUE tampoco permite integrar en el concepto de acción afirmativa las compensaciones *a posteriori*, la única posibilidad de que resultara lícito un complemento de pensiones es que se olvidara de la acción afirmativa y fuera totalmente neutro, o sea, que estableciera una determinada regulación que se vinculara a una situación que puede concurrir exactamente igual en hombres que en mujeres. Un complemento de pensiones vinculado exclusivamente al cuidado de los hijos/as que no estableciera ni prioridades ni preferencias para las mujeres y que estuviera diseñado para ser aplicado a quien hubiera llevado a cabo efectivamente dicha actividad sería probablemente impecable. Es una conclusión lógica, teniendo en cuenta la doctrina general del TJUE sobre la necesaria neutralidad de las políticas de cuidado (*Drake, Roca Álvarez, Griesmar, Leone, Sindicato CFT*) así como el contenido de la propuesta de reforma de la Directiva 79/7 que se elaboró en 1987 y que apuntaba en esta misma dirección de neutralidad absoluta. También la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, de conciliación de responsabilidades tiene como finalidad la corresponsabilidad y el diseño neutral de los permisos de cuidado. De hecho, buena parte de la doctrina también ha mantenido que la única manera de salvar la legalidad comunitaria de un eventual complemento de pensiones en España sería vincularlo estrictamente al cuidado y configurarlo de modo totalmente neutro⁵².

Conviene, llegados a este punto, recordar una importante premisa con relación al cuidado de hijos/as como causa de cualquier medida de seguridad social que pudiera tener repercusiones de género. El art. 7.1.b de la Directiva 79/7 admite expresamente que pueden existir diferencias en materia de seguridad social por razón de sexo por razón de la educación de los hijos. Por tanto, el precepto parece legitimar que, con la justificación del cuidado, se establezcan medidas específicas para mujeres en materia de seguridad social. Este precepto, sin embargo, no autoriza en realidad la constitución *ex novo* de tales diferencias de género por parte de un Estado miembro. Esto es así porque el art. 7 de la Directiva es una norma de transición, que tolera las situaciones de hecho existentes en el momento en que se aprobó la Directiva (1979) pero que no

mujeres y las de los hombres mediante la atribución del complemento de pensión controvertido, procede señalar que el artículo 60, apartado 1, de la LGSS tiene por objeto, al menos parcialmente, la protección de las mujeres en su condición de progenitor. 51. Ahora bien, por un lado, se trata de una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres y, por otro lado, las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de noviembre de 2001, *Griesmar*, C366/99, EU:C:2001:648, apartado 56, y de 26 de marzo de 2009, *Comisión/Grecia*, C559/07, no publicada, EU:C:2009:198, apartado 69). 52. En particular, la circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de noviembre de 2001, *Griesmar*, C366/99, EU:C:2001:648, apartado 56).

⁵² DE BECKER, E., “Focusing on the criterion of providing childcare, instead of sex, could have allowed for a different outcome for the CJEU”, en C. Hiessl (ed.), *European Labour Law: A Commentary*, 2024; y DE LA CORTE, M., “Recent cases and the future of Directive 79/7 on equal treatment for men and women in social security: How to realise its full potential”, *European Journal of Social Security*, vol. 23 nº 1, 2023.

permite configurar diferencias nuevas. El art. 7 de la Directiva solo permite mantener por el tiempo imprescindible las diferencias que ya existieran con anterioridad a la Directiva⁵³. Por tanto, el art. 7.1.b LGSS no admite la creación de un complemento de pensiones exclusivo o preferente para mujeres vinculado al cuidado de los hijos. Esto significa que solo caben derechos de seguridad social vinculados al cuidado totalmente neutros, que otorguen derechos o beneficios a quien se hubiera encargado del cuidado de hijo/a, sea el padre o la madre, sin establecer ni diferencias ni preferencias (STJUE dictada en el asunto *Leone*), y aplicando para la determinación del sujeto beneficiario reglas objetivas y totalmente neutras.

Finalmente, con relación a la causa, es necesario constatar que el hecho de que el complemento de brecha de género esté configurado en España de modo transitorio, hasta que la brecha de pensiones de género sea inferior al 5%, no salva su legalidad comunitaria porque no hay ninguna sentencia de TJUE que permita esquivar la doctrina del TJUE de este modo y, sin embargo, sí que hay una doctrina consolidada y firme del TJUE que establece criterios excluyentes generales en sentido contrario.

4. EL DILEMA DE LA TITULARIDAD DEL COMPLEMENTO DE PENSIONES: LA NEUTRALIDAD

El principal problema que supuso la aplicación en España de la doctrina WA fue que la única solución posible para el complemento de maternidad pasaba inevitablemente por su reconocimiento dual, tanto a mujeres como a hombres. Dado que el complemento de maternidad no se configuraba en ningún caso como complemento único sino como un complemento de la mujer por su contribución demográfica resultaba evidente que el mismo debía reconocerse también al hombre por el mismo sujeto causante, puesto que el mismo TJUE mencionó que dicha contribución demográfica se producía también por parte del hombre. De este modo, cuando la STJUE estableció en WA 2019 que el antiguo complemento de maternidad era contrario a la Directiva 79/7 el Tribunal Supremo reconoció, con buen criterio, que procedía el reconocimiento de dos complementos cuando existían dos progenitores por el mismo sujeto causante: el de la madre (automático) y el del padre (por aplicación de la doctrina del TJUE)⁵⁴. Corrigió el Tribunal Supremo de esta manera las instrucciones del INSS que negaron la dualidad del complemento de maternidad. Resulta evidente en todo caso que, con el reconocimiento dual, el complemento de maternidad había perdido totalmente su finalidad y se había convertido en un gasto tan innecesario como incómodo.

Tras la sentencia dictada en el asunto WA resultaba claro que no podía existir un complemento de pensiones exclusivo para las mujeres. Debía darse entrada al disfrute por parte del padre y, sobre todo, era necesario que el complemento tuviera carácter único, o sea, que solo uno de los progenitores tuviera derecho a acceder a él.

⁵³ Así lo recuerda DE BECKER, E., “Focusing on the criterion...”, op. cit, mencionando la STJUE de 1 de julio de 1993, Van Cant, C-154/92.

⁵⁴ Por todas, STS de 17 de mayo de 2023, rec. 3821/2022.

Pero el complemento de brecha de género del art. 60 LGSS no es neutro. La persona titular del complemento de brecha de género se determina en el art. 60 LGSS en dos niveles: En el primero, la titular preferente y, en principio, automática, es la mujer; en el segundo nivel el beneficiario puede ser el hombre, pero siempre y cuando cumpla ciertos requisitos y nunca de modo acumulado al de la mujer. Los requisitos que debe cumplir el progenitor hombre para poder acceder al complemento de brecha de género según el art. 60 LGSS están conectados a la falta o disminución de cotización en el tiempo alrededor del hecho causante del complemento (el nacimiento o la adopción), estableciéndose diferentes criterios según la fecha del mismo (anterior o posterior a 1995)⁵⁵. Este sistema tiene el mismo mecanismo de funcionamiento que el art. 236 LGSS, que establece una cotización ficticia para el acceso a prestaciones para aquellas personas que tuvieran defectos de cotización por habérseles extinguido el contrato en una fecha cercana al nacimiento o adopción, aunque los criterios utilizados en el art. 236 y en el art. 60 LGSS son diferentes.

Es curioso que el art. 60 LGSS utilice dos sistemas diferentes para el acceso al complemento por parte del hombre según la fecha del hecho causante (nacimiento o adopción anterior o posterior a 1995) porque no se produjo en ese año ninguna modificación normativa que lo justifique. Probablemente no tiene más explicación que el establecimiento de una fecha de referencia cualquiera que, más o menos, identifique el momento en que empezó a producirse un cambio en la percepción sobre el cuidado por parte de los hombres que también vendría a coincidir con un incremento más relevante en la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Esto podría explicar que, según el art. 60 LGSS, el nacimiento o la adopción anterior a 1995 requiera para el acceso al complemento por parte del hombre de una evidencia de dedicación al cuidado de alta intensidad (la falta total de cotización), probablemente porque en aquella época era más rara la existencia de hombres que asumieran el cuidado. Sin embargo, si el nacimiento o la adopción fueran posteriores a 1995 la evidencia de dedicación al cuidado que se exige por el art. 60 LGSS para que acceda el hombre se suaviza considerablemente, porque basta con una disminución de la cotización de al menos 15% en el periodo de referencia, probablemente porque en torno a esos años empezó a ser más habitual la participación más o menos compartida de ambos progenitores en el cuidado (es innecesario señalar que ni entonces ni ahora se ha conseguido la corresponsabilidad

⁵⁵ Así sucede cuando el art. 60.1.b LGSS establece los supuestos en que el progenitor hombre puede acceder al complemento de brecha de género: 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.

en el cuidado). En fin, el art. 60 LGSS no solo ha establecido diferencias en el acceso al complemento de brecha en razón del sexo sino también en razón de la edad, porque es razonable pensar que el solicitante hombre respecto a hijos nacidos o adoptados antes de 1995 será mayor que el solicitante respecto a hijos nacidos o adoptados después de 1995. Aunque la pensión de jubilación igualará la edad de todos los solicitantes (más o menos), no se puede olvidar que el complemento se aplica también a las pensiones de incapacidad permanente y de viudedad, donde se advierte que pueden existir diferencias por razón de la edad que tienen difícil justificación.

Las diferencias entre el disfrute femenino y masculino del complemento de brecha del art. 60 LGSS se advierten inmediatamente, aunque de la sensación de que, al final, el criterio determinante es la cuantía de la suma de las pensiones recibidas. Por ejemplo, una mujer no debe acreditar que ha existido un defecto de cotización o una disminución de cotización en el tiempo alrededor del nacimiento o la adopción para tener derecho al complemento, como sí se requiere para que acceda al padre. Y, en el caso de que hubiera sido el padre el que hubiera tenido esa ausencia o disminución de la cotización en torno al nacimiento o la adopción solo podrá acceder al complemento si la suma total de sus pensiones es inferior a las de la madre. La diferencia por razón de género se advierte con mayor claridad en el caso de unidades familiares homosexuales porque en el caso de dos mujeres el complemento se cobrará siempre y corresponderá a la que hubiera tenido una pensión inferior. Sin embargo, en el caso de familias de dos hombres puede suceder que ninguno tenga el periodo de defecto o disminución de cotización en torno al nacimiento que requiere para el progenitor hombre el art. 60.1 LGSS, en cuyo caso ninguno cobraría el complemento de brecha.

Ni siquiera en el caso de fallecimiento del otro progenitor el acceso al complemento de hombre y mujer se igualan. La madre viuda accederá al complemento automáticamente, pero en el caso de padre viudo será necesario que la madre haya generado pensión de viudedad a su favor y que alguno de los hijos en común haya generado pensión de orfandad, lo que no necesariamente sucede siempre que se produce un fallecimiento. Piénsese, sin ir más lejos, en el caso de que no haya cotización mínima para acceder a la pensión de viudedad, que se trate de una unión de hecho no registrada o que haya existido divorcio sin prestación de alimentos.

Resulta interesante que el propio art. 60 LGSS establezca mecanismos objetivos de concreción del beneficiario/a en los casos en que éste/a no se pueda determinar en atención a su sexo, lo que implica que no es tan difícil identificar un criterio objetivo de designación del beneficiario/a, al margen del género. En estas situaciones el art. 60 LGSS resuelve la cuestión de modo simple y rotundo: el agraciado/a con el complemento será quien acredite menor cuantía en la suma de las pensiones públicas que percibiera. Y si las cuantías fueran coincidentes el derecho al complemento corresponderá a quien lo hubiera solicitado en primer lugar. La fecha de acceso a la pensión no es el criterio más adecuado para atribuir el complemento porque no tiene ninguna conexión con la actividad de cuidado, pero se trata de un criterio totalmente subsidiario de aplicación

remotísima, dado que la posibilidad de que la suma de las pensiones sea exactamente igual es francamente difícil.

La menor cuantía de la suma total de las pensiones es, asimismo, el factor determinante en las unidades familiares heterosexuales, porque, aunque el hombre acreditara los requisitos para acceder al mismo, no podría hacerlo si la progenitora mujer tuviera pensión igual o inferior a él. La menor cuantía de la pensión es un factor objetivo que razonablemente es indicativo de que ha existido una actividad de cuidado que ha repercutido en la carrera profesional y, consiguientemente, en la cuantía final de la pensión a la que se tuviera derecho por lo que, a mi juicio, y aunque tiene un efecto más favorable a las mujeres que a los hombres dada la brecha retributiva de género, no sería sospechoso de falta de neutralidad.

El criterio de la cuantía de la suma de las pensiones es un criterio adecuado para determinar el beneficiario/a del complemento, pero no es el único de los posibles. De hecho, el art. 60 LGSS utiliza otro criterio objetivo igualmente simple y rotundo cuando establece los requisitos de acceso por parte del progenitor hombre: la acreditación de no contar con cotización o tener una disminución de la cotización (según el supuesto de que se trate) en los momentos alrededor del nacimiento o la adopción. En el plano de las hipótesis el legislador podría haber encontrado otros muchos, como por ejemplo la existencia de mayor número de lagunas en la carrera profesional, o el número de días transcurrido en algún permiso o derecho de adaptación vinculado al cuidado. Con ello quiero decir que no es tan difícil una configuración totalmente neutra del complemento de pensiones que no se atribuya ni exclusiva ni preferentemente para la mujer y que pueda identificar con objetividad al integrante de la unidad familiar que se ha dedicado al cuidado con mayor intensidad. El lector avezado/a podrá intuir que el resultado estadístico global será, muy probablemente, favorable a las mujeres, en general. De otro lado, en clave de corresponsabilidad, los hombres que accedieran a él en lugar de las mujeres contribuirían a la finalidad del complemento, no solo por el cuidado de hijos/as que hubieran llevado a cabo, sino también por contribuir a combatir la perpetuación de roles de cuidado.

Por cierto, hay un factor de gran trascendencia para identificar el sujeto que, con mayores probabilidades, se ha dedicado al cuidado con más intensidad, y es el hecho de que no haya podido generar una prestación de carácter contributivo sino tan solo una de carácter no contributivo. Entiendo que el complemento debiera aplicarse con plena justificación en el caso de pensiones no contributivas, lo que supondría un claro incremento en el nivel de mujeres beneficiarias del mismo al tiempo que serviría para corregir una característica incomprensible de los complementos hasta ahora existentes en España.

En fin, llegados a este punto, y poniéndolo en conexión con lo que más arriba se ha expuesto sobre la normativa UE y la jurisprudencia TJUE, resulta difícil de explicar que el art. 60 LGSS exija al progenitor hombre el requisito de evidencia de dedicación al cuidado mediante la exigencia de acreditación de falta o disminución de la cotización

en torno a la fecha del nacimiento o adopción. Esta fórmula recuerda bastante la STJUE dictada en el asunto *Leone* por lo que, a primera vista, plantea los mismos problemas de legalidad comunitaria a los que se enfrentó Francia en su momento. Efectivamente, si el complemento de maternidad no era lícito conforme a la normativa UE por constituir discriminación “directa” (según los Asuntos *Griesmar* y *WA*); el complemento de brecha de género podría llevar al mismo resultado (si así lo entendiera el TJUE) pero en esta ocasión por tratarse de discriminación “indirecta” (por conexión con la STJUE dictada en el Asunto *Leone*).

Hay, finalmente, una cuestión con relación a las personas titulares del complemento de brecha de pensiones que no puede dejar de mencionarse. El art. 60 LGSS no prevé situaciones familiares en las que un mismo niño/a haya pasado de su familia biológica a una (o varias) unidades adoptivas posteriores. De hecho, habla siempre de “el otro progenitor” (presumiendo que solo hay dos) y resuelve quien sea el posible beneficiario/a considerando que solo hay dos personas implicadas. Entiendo que no debiera existir un solo complemento por niño/a (tal como establece el art. 60.3.a LGSS), sino uno por cada situación del mismo (uno en la unidad familiar biológica; y uno en cada unidad familiar adoptante). Es una cuestión de justicia que viene reforzada por la protección a la familia establecida en el art. 39 CE (cualquier tipo de familia) y que no es previsible que tenga una incidencia tan alta como para requerir cautelas de contención del gasto.

5. EL DILEMA DEL TRÁNSITO ENTRE BENEFICIARIOS/AS DEL COMPLEMENTO DE PENSIONES

El complemento de brecha español del art. 60 LGSS está diseñado pensando en una unidad familiar tradicional heterosexual, con cónyuges casados y bien avenidos que tienen hijos en común. Tan solo hace referencia a la unidad familiar compuesta por dos mujeres o dos hombres para determinar quién sería en tales casos el beneficiario/a, pero no tiene en cuenta ninguna otra situación familiar. Apenas se hace referencia en el art. 60 LGSS a que el derecho al complemento desaparece en el caso de retirada de la patria potestad o condena por violencia de género. Pero las familias en la actualidad están lejos de ser realidades estáticas, ni desde la perspectiva de los menores ni desde la perspectiva de los progenitores, y esto no se refleja en la configuración del complemento de brecha, que establece un sistema de transferencia muy rígido, que tan solo se aplica cuando hay un segundo progenitor que tiene mejor derecho (art. 60.2 LGSS)

Pero también es posible que el complemento surja en un contexto familiar de hijos de varias parejas, cuyos integrantes fueran accediendo a la pensión sucesivamente, con lo que deberán producirse tránsitos del complemento de unos/as a otras/os y reajustes en las cuantías de los mismos, porque los/las progenitores que vayan accediendo a la pensión pueden tener mejor derecho que los que ya han accedido a él, pero solo respecto a ciertos hijos/as. En tales casos el art. 60 LGSS actual posibilitaría que se fueran produciendo sucesivos, e incluso continuos, reajustes de las pensiones en atención a quien fuera el/la titular en cada pensión y para cada hijo/a. Con ello quiere

decirse que la posibilidad de reajuste continuo va a producirse inevitablemente, en estos casos al menos, que no son tan esporádicos como algunos pudieran pensar. Por ello tal vez las cautelas ante la transferencia del complemento debieran desaparecer y dar paso a una mayor normalización en su tránsito de uno a otro beneficiario/a.

En efecto, el art. 60 LGSS es bastante rígido con relación a las vicisitudes que puede atravesar la pensión de quien es beneficiario/a del complemento, porque no prevé la transferencia al otro progenitor ni cuando el beneficiario/a pierde la pensión (por ejemplo, por revisión de la incapacidad permanente) ni cuando éste/a fallece. Es comprensible que la mera suspensión de la pensión no suponga la transferencia del complemento al otro/a beneficiario/a dado su carácter en principio temporal (así lo establece el art. 60.5 LGSS para el complemento de brecha de género), pero tal vez debiera establecerse un sistema normalizado de transferencia al otro progenitor que permitiera que el complemento de pensiones permaneciera vivo siempre que estuviera vivo alguno de los progenitores que dan derecho a él. Teniendo en cuenta que la esperanza de vida es mayor para las mujeres ello podría tener un efecto más intenso en las mujeres que en los hombres.

Uno de los preceptos a mi entender más inquietantes con relación al tránsito del complemento de pensiones se encuentra en la actual DT 33 LGSS. Como se sabe, es un precepto que garantiza la unicidad del complemento de pensiones poniendo en conexión el anterior complemento de maternidad y el posterior complemento de brecha de género. Establece que, cuando se accede al complemento de brecha de género existiendo otro progenitor que ya percibe un complemento de maternidad, éste disminuirá en la cuantía reconocida en concepto de complemento de brecha de género. El precepto no plantea problema cuando la mujer hubiera accedido previamente al complemento de maternidad y, después, el hombre accediera al complemento de brecha de género cumpliendo los requisitos establecidos para el acceso al progenitor padre en el art. 60 LGSS.

La cosa se complica considerablemente, sin embargo, en el caso más común de que quien hubiera accedido al complemento de maternidad fuera el progenitor padre por aplicación de la doctrina del TJUE en el asunto WA. En este caso, si posteriormente accede la mujer al complemento de brecha de género por tener derecho preferente frente al padre se disminuirá la cuantía del complemento de maternidad reconocido por el TJUE a favor de éste. En definitiva, la DT 33 LGSS establece la traslación obligatoria a la madre del complemento de maternidad reconocido al padre por el TJUE cuando se cumplen en la mujer progenitora las condiciones para acceder al complemento de brecha y, en consecuencia, le sustrae al padre un derecho que le había sido otorgado por el TJUE.

Personalmente tengo dudas de que este sistema de secuestro y traslación forzosa a la madre del complemento paterno supere el test de primacía del Derecho UE frente al derecho interno. No plantearía ningún problema que la DT 33 hubiera establecido que el complemento de brecha posterior que correspondiera a la madre se

redujera en la cuantía del complemento de maternidad ya percibido por el padre, pero resulta indudable que esta solución haría perder todo sentido al complemento. Con la DT 33 LGSS el legislador ha intentado resolver el desaguisado del complemento de maternidad eliminando un derecho (el del padre) sobre el que no tenía competencia dado que se originó en un ordenamiento con mayor jerarquía que el interno. Pero, aun obviando la cuestión de la primacía del Derecho UE tengo dudas incluso de que la DT 33 LGSS respete el principio de irretroactividad de las normas establecido en el art. 9.3 CE. Adicionalmente, creo que la DT 33 LGSS ni siquiera resiste la doctrina del TEDH en el asunto *Cakarevic* sobre el derecho de propiedad de las prestaciones (STEDH de 26 de abril de 2018). En el caso de la DT 33 LGSS la base no es un error de la Administración sobre el que se pretende sustentar la eliminación de un derecho ya concedido (como en *Cakarevic*) pero existe buena fe por parte del beneficiario y una expectativa de propiedad que ha sido truncada unilateralmente por la Administración, y en esto sí que se parece a *Cakarevic*. Sin embargo, el TS no lo ha considerado así y ha aplicado la DT 33 LGSS trayendo del complemento de maternidad paterno lo percibido por la madre en concepto de complemento de brecha de género⁵⁶. Supongo que en este tema la última palabra la tendrá el TJUE.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

El complemento de pensiones español no cuadra bien con la doctrina del TJUE. El complemento de maternidad de 2016 fue expulsado del ordenamiento español de modo rotundo e indiscutible por parte del TJUE en 2019, que penalizó sin clemencia al Estado español obligándole incluso al pago de indemnizaciones por daños a los sujetos discriminados en 2023. Ya hace muchos años que se critica esta doctrina restrictiva del TJUE, pero lo cierto es que también lleva muchos años vigente sin quiebras, y esa es la razón por la que la mayoría de los países de la UE no tienen complementos de pensiones de género en sus ordenamientos. La doctrina del TJUE sobre la acción afirmativa en seguridad social puede ser criticable (sin duda) pero lo cierto es que sigue viva sin quiebras desde hace décadas, por lo que retarla desde la normativa interna española (hay que asumirlo) era al menos arriesgado.

El complemento de brecha de género aprobado en 2021 fue una huida hacia delante cuyo final todavía es incierto. El primer dilema que plantea es el de su adecuación a la normativa UE porque el beneficio sigue sin ser totalmente neutro y sigue sin estar vinculado al cuidado como requiere el TJUE. Pero hay otros dilemas que también plantea el complemento de brecha de pensiones, como los relacionados con la invisibilidad de ciertos modelos familiares. Es particularmente inquietante lo establecido en la DT 33 LGSS, que aspira a resolver el desaguisado estableciendo el tránsito obligatorio a las mujeres del complemento reconocido a los hombres por el TJUE, algo que podría contravenir el principio de primacía de la normativa de la UE e incluso el propio principio constitucional de irretroactividad establecido en el art. 9.2 CE. De otro lado, la protección financiera del sistema y cierta desconfianza hacen que

⁵⁶ Por todas, STS de 29 de junio de 2023, rec. 2808/2022; o STS de 30 de mayo de 2024, rec. 5743/2022.

existan previsiones difíciles de entender en la regulación del complemento de brecha, como la falta de aplicación a las pensiones no contributivas o las dificultades para la transferencia entre beneficiarios/as.

En fin, el complemento de pensiones español ha sido una experiencia inédita y todavía no sabemos si definitivamente fallida, pero en todo caso ha servido para revitalizar el debate acerca de la acción afirmativa de género. Más allá de las críticas y de las valoraciones lo cierto es que pocos dudan de que la brecha de pensiones es una situación que debe acometerse con plena convicción, con complementos de pensiones (que pueden existir si son totalmente neutros y se vinculan al cuidado) y, sobre todo, también más allá de ellos, construyendo un sistema de seguridad social libre de discriminaciones indirectas y de estereotipos de género.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BÖÖK, BURRI, TIMMER y XENIDIS, *A comparative analysis of gender equality law in Europe 2023*, Publicaciones de la Comisión Europea, 2024, pág. 128.
- CRUZ VILLALON, *La acción afirmativa*, en *VVAA Derecho Social de la Unión Europea*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid 2023, vol 1, pág 345 ss.
- D'ANDREA, S., *Gender Equality and Pensions: Time for an EU Strategy to Achieve Substantive Equality Between Men and Women in Old Age*, *European Equality Law Review* 1, 2022, pág. 64 y 65.
- DE BECKER, E., *Focusing on the criterion of providing childcare, instead of sex, could have allowed for a different outcome for the CJEU*, en C. Hiessl (ed.), *European Labour Law: A Commentary*, 2024.
- DE LA CORTE, M., *Recent cases and the future of Directive 79/7 on equal treatment for men and women in social security: How to realise its full potential*, *European Journal of Social Security*, vol. 23 nº 1, 2023.
- FOLDES, Margaret, *The Final Directive: Equal Social Security Benefits for Men and Women in the European Economic Community*, *Boston College International and Comparative Law Review* 12, 1989, pág. 437 a 464.
- GARATE CASTRO, J., *Hitos del lento y fatigoso proceso de adaptación de la normativa española de seguridad social a la Directiva 79/7/CEE*, en MONEREO PÉREZ, J.L., y MORENO ROMERO, F., *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social*, tomo II, Laborum, 2024, pág. 892.
- GARCÍA CAMPA, S., *La aplicación del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación al proceso de selección del consejo de administración de las sociedades cotizadas cuando no tienen equilibrio de género*, *Igualdad ES*, 11, 2024, pág. 312.

- GONZALEZ COBALEDA, E., *Integración de lagunas en clave de género: ¿más allá de las pensiones del RETA?*, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 472, 2023, pág. 214.
- HERVEY, Tamara, *Case 9/91: Regina v. Secretary of State for Social Security ex parte the Equal Opportunities Commission*, *Common Market Law Review* 30, 1993, pág. 659.
- LÓPEZ GANDÍA, *Las recientes reformas de seguridad social. El RDL 2/2023 de 16 de marzo*, *Revista de Derecho Social*, 101, 2023, pág. 41.
- MAIR, S., *Why Less Is Not Always More: Mother's Pensions and Parenthood in WA*, *Common Market Law Review* 58, 2021, pág. 216-219.
- MALDONADO MOLINA, J.A., *Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial*, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 466, 2022.
- MERCADER UGUINA, J., *¿Varón discriminado? ¿Discriminación o desigualación? Ideas para un debate*, *Labos*, vol. 3, nº 2, 2022.
- MOLINA NAVARRETE, C., *Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la UE no cree en juzgar con perspectiva de género?*, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 445, 2020, pág. 189.
- MOLINA NAVARRETE, C., *De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio?*, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 457, 2021.
- MOLINA NAVARRETE, C., *El complemento por aportación demográfica: dislate legal de incesante conflictividad judicial aun después de derogado (no muerto). Con ocasión de las sentencias del TSJ de Cantabria 749/2022, de 31 de octubre y de TSJ de Extremadura 733/2022, de 31 de octubre*, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 472, 2023.
- MONEREO PÉREZ, J.L., *Discriminación indirecta en la incompatibilidad de pensiones de incapacidad permanente en el marco de un mismo régimen público de seguridad social*, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 7, 2022.
- PONS CARMENA, M., *La presencia de mujeres en los consejos de administración y puestos directivos de las empresas*, *Lan Harremanak*, 51, 2024.
- POYATOS MATAS, G., *Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género*, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 458, 2021, pág. 120.
- RADACIC, I., *Gender equality jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *The European Journal of International Law*, 19, 2008, pág. 4.

- SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE*, *Femeris*, vol. 4, 2019.
- SZYSZCZAK, Erika, *Positive action after Kalanke*, *The Modern Law Review*, vol. 59, nº 6, 1996.
- TORRENS MARGALEF, *Igualdad de género, discriminación masculina directa por asociación tras la ley 15/2022, de 12 de julio*, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 480, 2024.