

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **3**

Fecha: **21/09/2023**

Nº de Recurso: **1095/2022**

Tipo de Resolución: **Auto**

### **JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 3**

Plaza del Juez Elío/Elío Epailearen Plaza, Planta 1 Solairua

Pamplona/Iruña 31011

Teléfono: 848.42.40.94 - FAX 848.42.42.88

Email.: EMAIL000

TR001

Puede relacionarse de forma telemática con esta Administración a través de la Sede Judicial Electrónica de Navarra WWW000

Sección: B Procedimiento: **SEGURIDAD SOCIAL**

**Nº Procedimiento: 0001095/2022**

NIG: 3120144420220004457

Materia: Jubilación Resolución:

**A U T O**

En Pamplona/Iruña, a 21 de septiembre del 2023.

#### **I. Antecedentes**

1. Se plantea cuestión prejudicial para la interpretación de la Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, en relación a un complemento de pensiones de jubilación y de incapacidad permanente regulado en el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social (texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

2. Se presenta en un litigio entre el demandante, cuyos datos de identificación constan en el procedimiento y a ellos nos remitimos, padre de dos hijos, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), en relación con la negativa a concederle un complemento de pensión que perciben las mujeres que hayan tenido uno o más hijos biológicos o adoptados.

#### **II. Hechos**

3. Se presentó demanda por beneficiario de la seguridad social, varón y progenitor de dos hijos (nacidos el NUM000.1991 y el 24.2.1994), en la que solicita el reconocimiento del complemento de su pensión de jubilación que tienen reconocida en la legislación española todas las mujeres beneficiarias de pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad que sean madres, sin exigencia de ningún otro requisito

adicional, mientras que al hombre se le exige la interrupción de su carrera profesional con ocasión de nacimiento o la adopción o una disminución en las cotizaciones en determinados periodos a consecuencia del nacimiento del hijo o hija o de la adopción.

4. El INSS por resolución de 5 de julio de 2021 reconoció al demandante una pensión de jubilación con hecho causante de 30 de junio de 2021, estando vigente la regulación del complemento para la reducción de brecha de género establecida en el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social, introducida por el artículo 1 del RDL 3/2021, de 2 de febrero, cuya entrada en vigor se produjo el 4 de febrero de 2021.

5. La pensión de jubilación se reconoció con efectos económicos del 1 de julio de 2021 e importe de 1.637,08 euros (líquido de 1457 euros, tras deducción del impuesto IRPF). La base reguladora mensual es de 2.302.91 euros y se aplicó el porcentaje del 71,0876%, con 34 años y 180 días cotizados.
6. Con fecha 16 de junio de 2022 el demandante solicitó al INSS el reconocimiento del complemento de pensión por brecha de género desde la fecha de reconocimiento inicial de la pensión de jubilación al tener dos hijos. Se denegó por resolución del INSS de 14 de noviembre de 2022 al considerar que no reunía los requisitos que exige el artículo 60 de la LGSS.
7. El demandante impugna la resolución denegatoria de la seguridad social española al considerar que la actual regulación del artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social infringe el derecho de la Unión Europea y, en concreto, las disposiciones que prohíben un trato desigual y discriminatorio de las mujeres y de los hombres, en este caso en los derechos y prestaciones de seguridad social.
8. Se ha dado audiencia a las partes sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial.
9. El INSS considera que la nueva regulación del complemento respeta las exigencias de la Directiva 79/7/CEE y las previsiones de sus arts. 4.1 y 7.1 b), al tiempo que salva la defectuosa regulación precedente, que dio lugar a la STJUE de 13.12.2019, Asunto C-450/18.
10. El INSS también recoge la finalidad legítima y proporcionada de la regulación del complemento de pensión reclamado en los términos que se expresa la exposición de motivos del RDL 3/2021, de 2 de febrero, al “compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de los trabajadores (ATC 114/2018)”. Añadiendo que “el mismo Tribunal ha avalado las medidas de acción positiva a favor de las mujeres siempre que exista una concreción normativa previa, que la medida sea proporcionada y que su eficacia sea temporal, hasta que desaparezca la situación de desigualdad”.
11. Insiste el INSS en sus alegaciones en el respeto a la Directiva al configurar el complemento para la reducción de la brecha de género, “que es el reflejo de esa situación de subordinación de las mujeres en el mercado de trabajo al haber asumido históricamente un papel principal en la tarea de cuidados de los hijos. Pero se hace dejando la puerta abierta a que aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados tengan acceso al complemento”. Además de que el alcance temporal del nuevo complemento económico se vincula a la consecución del objetivo de reducir la brecha de género en las pensiones contributivas de jubilación por debajo del 5 por ciento.
12. El Ministerio Fiscal informó que consideraba procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE ante las dudas sobre la adecuación del art. 60 de la LGSS al Derecho de la UE (Carta de Derechos Fundamentales y Directiva 79/7/CEE).
13. No se ha cuestionado en el expediente administrativo ni en el juicio que el demandante se ha dedicado a la atención de los dos hijos, habiendo desestimado el INSS la reclamación del complemento de la pensión por el hecho de no tener más de 120 días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha.
14. Con posterioridad a la denegación del complemento al demandante por no reunir los requisitos legales se reconoció a la progenitora de los dos hijos el complemento de reducción de la brecha de género. En concreto por resolución del INSS de 22.12.2022 se reconoció a la madre la pensión de jubilación anticipada por razón de edad conforme a los siguientes datos:
- # Base reguladora 3.138,29 euros
  - # Coeficiente global de parcialidad 99,88%
  - # Cotizaciones acreditadas 37 años y 202 días
  - # Porcentaje de la pensión 96%
  - # Límite máximo de la pensión 2819,18 euros
  - # Trimestres de anticipación 2
  - # Porcentaje de reducción por anticipación de la edad legal de jubilación: 2 trimestres x 0,50 = 1,00%
  - # Tope pensión limitada: 2819,18 -(1,00%): 2790,99 euros

- # Pensión inicial 2790,99 euros
- # Complemento reducción de brecha de género 56 euros
- # Suma de abonos 2.846,99 euros
- # Retención IRPF 486,84 euros
- # Importe líquido 2.360,15 euros
- # Fecha de efectos económicos 10.12.2022

En el litigio el INSS alegó que, caso de apreciarse discriminación por razón de sexo en aplicación de la Directiva, el reconcimiento del complemento a favor del hombre debe determinar la extinción del complemento que ya tiene reconocido la madre porque su pensión es superior a la del otro progenitor.

La madre, tras ampliación de la demanda, fue emplazada al procedimiento y ha sido parte interviniente, si bien no compareció al juicio.

15. Se han aportado los siguientes **datos estadísticos** a requerimiento de este magistrado, contenidos en la certificación de la Subdirección General de Gestión de Prestaciones del INSS de fecha 17 de julio de 2023:

# Desde la entrada en vigor del RDL 3/2021, de 2 de febrero, se han reconocido 326.593 complementos para la reducción de la brecha de género de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente.

# Del total indicado, 279.910 correspondían a complementos a pensionistas mujeres, y 46.683 a pensionistas varones.

# Del total de pensionistas mujeres con complemento, 8920 pensiones de jubilación alcanzaban por sus cotizaciones y periodos cotizados la pensión máxima del sistema de seguridad social establecida por ley cada año, a cuyo importe máximo se le añadía el importe del complemento; y en caso de pensionistas mujeres por incapacidad permanente alcanzaban la pensión máxima del sistema 850 (en el caso de complementos de pensionistas de jubilación reconocidas a hombres alcanzaban la pensión máxima 1402 y en caso de la incapacidad permanente 73).

# Del total de beneficiarias del complemento de reducción de brecha de género de las pensiones, se aplicó a 7915 mujeres el régimen legal de cotizaciones ficticias elevadas al 100% por situaciones de disfrute de excedencias y reducciones de jornada por guarda legal.

### III. Derecho de la Unión Europea

15. **Directiva 79/7/CEE**, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

16. Según el tercer considerando «la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por causa de maternidad [...] dentro de este ámbito, los Estados miembros podrán adoptar disposiciones específicas en favor de la mujer con el fin de superar las desigualdades de hecho».

17. Con arreglo a su artículo 1, la Directiva 79/7 tiene por objeto «la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo “principio de igualdad de trato”».

18. De conformidad con el apartado 1 de su artículo 3, la Directiva 79/7 se aplicará:

«a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos:

- enfermedad,
- invalidez,
- vejez,
- accidente laboral y enfermedad profesional,
- desempleo; [...]

b) a las disposiciones relativas a la ayuda social, en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes contemplados en la letra a) o a suplirlos».

19. El artículo 4 de la Directiva 79/7 dispone lo siguiente:

«1. El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a: [...]

– el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

2. El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad».

20. Con arreglo al artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 79/7, esta no obstará a la facultad que tienen los Estados miembros 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 períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos».

21. El artículo 6 del **Tratado de la Unión Europea** dispone que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

22. El artículo 20 de la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** establece: «Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley».

23. El artículo 21 de la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** dice: «No discriminación. 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual...».

24. El artículo 23 de la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** dispone: «Igualdad entre mujeres y hombres. La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El

principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

25. El artículo 34 de la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** dice: «Seguridad social y ayuda social. 1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales».

26. El artículo 157.4 del **TFUE** dispone: «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».

#### IV. Normativa nacional

27. El artículo 7, apartado 1, de la **Ley General de la Seguridad Social** (texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, BOE n.º 261, de 31 de octubre de 2015; en lo sucesivo, «LGSS»), dispone:

«Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:

a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del texto refundido de

la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral.

- b) Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen en esta ley y en su normativa de desarrollo.
- c) Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado.
- d) Estudiantes.
- e) Funcionarios públicos, civiles y militares.»

28. El **artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social** (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, BOE n.º 261, de 31 de octubre de 2015; en lo sucesivo, «LGSS»), tras la reforma introducida por el **Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero**, establece el “Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”.

29. Dicho artículo 60 de la LGSS dispone lo siguiente:

*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 sea titular de 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) Tener reconocida una pensión de viudedad por el fallecimiento del otro progenitor de 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 NUM001 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 NUM002 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.*

*3.ª En cualquiera de los supuestos a que se refieren las condiciones 1.ª y 2.ª para el cálculo de períodos cotizados y de bases de cotización no se tendrán en cuenta los beneficios en la cotización establecidos en el artículo 237.*

*4.ª Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que sea titular de pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.*

*5.ª El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma.*

*2. El reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor y producirá efectos económicos el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado este plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes.*

*Antes de dictar la resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor se dará audiencia al que viniera percibiendo el complemento.*

*3. Este complemento tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva.*

*El importe del complemento por hijo o hija se fijará en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. La cuantía a percibir estará limitada a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo o hija y será incrementada al comienzo de cada año en el mismo porcentaje previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para las pensiones contributivas.*

*La percepción del complemento estará sujeta además a las siguientes reglas:*

*a) Cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento.*

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

*b) No se reconocerá el derecho al complemento al padre o a la madre que haya sido privado de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.*

*Tampoco se reconocerá el derecho al complemento al padre que haya sido condenado por violencia contra la mujer, en los términos que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, ejercida sobre la madre, ni al padre o a la madre que haya sido condenado o condenada por ejercer violencia contra los hijos o hijas.*

*c) El complemento será satisfecho en catorce pagas, junto con la pensión que determine el derecho al mismo.*

*d) El importe del complemento no será tenido en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones previsto en los artículos 57 y 58.7.*

*e) El importe de este complemento no tendrá la consideración de ingreso o rendimiento de trabajo en orden a determinar si concurren los requisitos para tener derecho al complemento por mínimos previsto en el artículo 59. Cuando concurren dichos requisitos, se reconocerá la cuantía mínima de pensión según establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. A este importe se sumará el complemento para la reducción de la brecha de género.*

*f) Cuando la pensión contributiva que determina el derecho al complemento se cause por totalización de períodos de seguro a prorrata temporis en aplicación de normativa internacional, el importe real del complemento será el resultado de aplicar a la cuantía a la que se refiere el apartado anterior, que será considerada importe teórico, la prorrata aplicada a la pensión a la que acompaña.*

*4. No se tendrá derecho a este complemento en los casos de jubilación parcial, a la que se refiere el artículo 215 y el apartado sexto de la disposición transitoria cuarta.*

*No obstante, se reconocerá el complemento que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.*

*5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1. En consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento. No obstante, cuando en el momento de la suspensión o extinción de dicha pensión la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra distinta, de entre las previstas en el apartado 1, el abono del complemento se mantendrá, quedando vinculado al de esta última.*

*6. Los complementos que pudieran ser reconocidos en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social serán incompatibles entre sí, siendo abonado en el régimen en el que el causante de la pensión tenga más periodos de alta.*

*7. Para determinar qué pensiones o suma de pensiones de los progenitores tiene menor cuantía se computarán dichas pensiones teniendo en cuenta su importe inicial, una vez revalorizadas, sin computar los complementos que pudieran corresponder.*

*Cuando ambos progenitores sean del mismo sexo y coincida el importe de las pensiones computables de cada uno de ellos, el complemento se reconocerá a aquél que haya solicitado en primer lugar la pensión con derecho a complemento.*

**30. El Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero**, también introdujo las disposiciones adicionales trigésima sexta y trigésima séptima en la Ley General de la Seguridad Social con el siguiente texto:

*“Financiación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. La financiación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género del artículo 60, se realizará mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social”.*



“Alcance temporal del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

1. El derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas, para la reducción de la brecha de género, previsto en el artículo 60 se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 por ciento.

2. A los efectos de esta ley, se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres.

3. Con el objetivo de garantizar la adecuación de la medida de corrección introducida para la reducción de la brecha de género en pensiones el Gobierno de España, en el marco del Diálogo Social, deberá realizar una evaluación periódica, cada cinco años, de sus efectos.

4. Una vez que la brecha de género de un año sea inferior al 5 por ciento, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para derogar el artículo 60, previa consulta con los interlocutores sociales”.

31. La anterior normativa es aplicable al caso que debemos resolver al estar vigente en la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación que se solicita.

32. Con posterioridad se ha dictado el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, que introduce algunas modificaciones en el artículo 60 de la

LGSS, pero dicha norma no es objeto de la cuestión prejudicial porque no es aplicable al litigio por razones de vigencia temporal y en todo caso mantiene el mismo régimen jurídico y las exigencias necesarias para que se reconozca al hombre el derecho al complemento de su pensión (lagunas en las cotizaciones o disminución de las cotizaciones), mientras que se reconoce de forma automática a la mujer en caso de maternidad o adopción sin ninguna otra exigencia.

33. **El artículo 9.2 de la Constitución Española** establece “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

34. **El artículo 14 de la Constitución Española** dispone “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

35. Conforme al **artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2007**, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, “El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”.

36. El **artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007**, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, regula la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas al establecer “La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

37. **Artículo 11.1 de la Ley Orgánica 3/2007**, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, prevé medidas o acciones

positivas en estos términos: “1. 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”.

V. Las dudas que se plantean sobre la aplicación e interpretación del Derecho de la Unión que justifican el planteamiento de la cuestión prejudicial

Son varias las razones que llevan a este órgano jurisdiccional a formular dos cuestiones prejudiciales al ser relevantes para la resolución del litigio principal. El derecho reclamado sólo podría reconocerse si se concluye que la normativa nacional introduce un trato discriminatorio por razón de sexo, contrario a las exigencias del Derecho de la Unión Europea conforme a las normas antes señaladas.

En concreto, el reclamante, padre de dos hijos, y con pensión inferior a la que percibe la madre (la base reguladora y la pensión de jubilación que percibe la madre es superior a la del otro progenitor varón), **no tiene derecho al complemento de su pensión porque no tiene más de 120 días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha** (como exige el art. 60 de la LGSS).

En consecuencia, es necesario resolver si la regulación legal del complemento de las pensiones introduce una discriminación por razón de sexo y, en ese caso, si concurre una justificación objetiva y razonable que permita establecer un régimen jurídico distinto según sea la beneficiaria la madre o el padre.

*Complemento de pensión reclamado incluido en el ámbito de la Directiva 79/7*

38. En el litigio nacional se reclama el complemento de la pensión porque el solicitante considera que la normativa nacional no respeta las disposiciones de la Directiva 79/7 e introduce un trato discriminatorio por razón de sexo al reconocer en caso de nacimiento o adopción a todas las mujeres el derecho al complemento a su pensión, mientras que en el caso de los hombres se exige que tras el nacimiento o la adopción hayan sufrido un perjuicio profesional vinculado al cuidado y atención de los hijos/as y manifestado en haber cotizado en los 24 meses posteriores al nacimiento o la adopción un 15% menos que en los 24 meses inmediatamente anteriores (en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el NUM002 de 1995, que es el caso del solicitante en el litigio en el que se plantea esta cuestión prejudicial) o en la laguna de cotización durante más de 120 días 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 (para el caso de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el NUM001 de 1994).

39. Es relevante la cuestión prejudicial para la interpretación del Derecho de la Unión Europea porque sólo si se declara que la regulación nacional del complemento de pensiones no respeta las exigencias de la Directiva 79/7 el pensionista que reclama podrá ver reconocido judicialmente el derecho.

40. El complemento discutido forma parte de las prestaciones de seguridad social vinculado a las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad, dentro de un sistema como el español de naturaleza contributiva. Según las contribuciones realizadas a lo largo de la carrera mediante cotizaciones mensuales se obtiene un importe concreto de la pensión. La particularidad del complemento discutido es que se adiciona al importe de la pensión calculado según las cotizaciones realizadas durante la vida profesional.

41. Este complemento tiene a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva.

42. El importe del complemento por hijo o hija se fijará en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

43. El complemento de pensión de jubilación controvertido está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, por cuanto forma parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados en el artículo 3, apartado 1, como es la vejez o jubilación, y está directa y efectivamente vinculada con la protección contra ese riesgo (STJUE de 12 de diciembre de 2019 –Asunto C- 450/18-, ECLI:EU:C:2019:696).

*Diferencia de trato, posible discriminación directa por razón de sexo, situaciones comparables de las mujeres y los hombres*

44. Es indudable la diferencia de trato entre los beneficiarios de las pensiones según sea mujer u hombre. La norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres que han tenido hijos biológicos o adoptados. Este trato menos favorable basado en el sexo puede constituir una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7.

45. La discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (STJUE 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-342/93, EU:C:1996:46, apartado 16, y de 8 de mayo de 2019, Praxair MRC, C-486/18, EU:C:2019:379, apartado 73).

46. En tal caso, procede comprobar si la diferencia de trato entre hombres y mujeres establecida por la norma nacional se refiere a categorías de personas que se encuentran en situaciones comparables; y a este respecto, la exigencia del carácter comparable de las situaciones no requiere que las situaciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas (STJUE 26 de junio de 2018, MB sobre cambio de sexo y pensión de jubilación, C-451/16, EU:C:2018:492, apartado 41).

47. El carácter comparable de las situaciones no debe apreciarse de manera global y abstracta, sino de un modo específico y concreto, teniendo en cuenta todos los elementos que las caracterizan, especialmente a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción controvertida (STJUE 26 de junio de 2018, MB sobre cambio de sexo y pensión de jubilación, C-451/16, EU:C:2018:492, apartado 41; y STJUE de 12 de diciembre de 2019 – Asunto C-450/18-, ECLI:EU:C:2019:696).

*Posibilidad de justificar la diferencia normativa en la brecha de género en las pensiones con carácter general o en el cuidado y atención de hijos/as como tarea desarrollada de forma mayoritaria por las mujeres*



48. Respecto del complemento de reducción de la brecha de género que se reclama en el procedimiento del que dimana esta cuestión prejudicial, la duda interpretativa que se plantea respecto de las exigencias derivadas de la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo en el reconocimiento de las prestaciones de seguridad social (arts. 1 y 4 de la Directiva 79/7), es si cabe entender justificada la diferencia de trato atendiendo al hecho notorio de que en España (con datos estadísticos aquí admitidos por todas las partes, de dominio público por lo demás) la conciliación de la vida familiar y profesional, el cuidado, atención y educación de hijas/os, recae mayoritariamente en las mujeres.

49. Se debe considerar que concurre una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas.

50. Dicha circunstancia conlleva muchas veces un perjuicio en las carreras profesionales de las mujeres y en la propia contribución mediante sus cotizaciones al sistema de seguridad social, apareciendo lagunas de cotización durante los periodos de atención a los hijos menores o una menor cotización en comparación con las aportaciones a través de cotizaciones que realizan los hombres, con

un impacto final en la brecha de género en el sistema español de pensiones (hecho también notorio y admitido por las partes).

51. A los efectos del complemento reclamado “se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres” (DA trigésima séptima de la LGSS introducida por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero).

52. La **exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2021, que modifica el artículo 60 de la LGSS**, justifica la diferencia de trato en estos términos: *“No es exagerado afirmar que la brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas. En este sentido, se constata que la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y es esta una, si no la más importante, causa de esa brecha: cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida.*

*Esta circunstancia no es exclusiva del caso español, sino compartida casi sin excepción por el resto de países de la Unión Europea. De ahí que no deba sorprender que el propio Tribunal Constitucional haya 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» (ATC 114/2018). 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 desigualdad (ATC 119/2018). Estos*

*parámetros concurren en la presente regulación, cuya conexión con el mandato de consecución de la igualdad efectiva de los artículos 9.2 de la Constitución Española y 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y con la doctrina de acción positiva es más que evidente, además de enlazar con las recomendaciones del Pacto de Toledo, recientemente renovado”.*

*Añade, a continuación, que “La nueva regulación del artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (...) sustituye el complemento de maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género en el que el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida por cuanto su nacimiento y cuidado es la principal causa de la brecha de género”.*

*Y lo hace de una forma equilibrada y efectiva –y al mismo tiempo respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea–, a través de un diseño en el que se persigue configurar el*

*«complemento» como una palanca para la reducción de la brecha de género, que es el reflejo de esa situación de subordinación de las mujeres en el mercado de trabajo al haber asumido históricamente un papel principal en la tarea de los cuidados de los hijos. Pero se hace dejando la puerta abierta a que aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados tengan acceso al «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) con la previsión de una «puerta abierta» para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable.*

*En definitiva, puede concluirse que la nueva regulación del artículo*

60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social persigue lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea identifica

*como un objetivo legítimo de política social: corregir una situación de injusticia estructural (la asunción por las mujeres de las tareas de cuidados de los hijos) que se proyecta en el ámbito de las pensiones, dando visibilidad a la carencia histórica de políticas de igualdad y a la asignación del rol de cuidadora. En el bien entendido que se trata de reparar un perjuicio que han sufrido a lo largo de su carrera profesional las mujeres que hoy acceden a la pensión, es decir, un perjuicio generado en el pasado. Y que, por tanto, resulta perfectamente compatible y coherente con el desarrollo de políticas de igualdad ambiciosas que corrijan las desigualdades actualmente existentes en el mercado de trabajo y la asignación de los roles relacionados con los cuidados.*

*En coherencia con este planteamiento, el alcance temporal del nuevo complemento económico se vincula a la consecución del objetivo de reducir la brecha de género en las pensiones contributivas de jubilación por debajo del 5 por ciento”.*

53. Sin embargo, frente a esta justificación de la norma, en la regulación española el complemento de las pensiones se reconoce a las mujeres al margen del impacto real que la maternidad o la adopción haya podido causar en su carrera profesional y al margen del importe de su pensión y de la contribución realizada a través de cotizaciones al sistema de seguridad social.

54. En el caso de las mujeres no se exige para el reconocimiento automático del derecho al complemento de la pensión lagunas de cotización ni cotizaciones inferiores a las que pueda haber realizado los hombres durante la vida laboral en general ni en determinados periodos de tiempo próximos al nacimiento o la adopción.

55. En cambio, en el caso de los hombres es necesario que acrediten lagunas de cotización o cotizaciones inferiores en periodos de tiempo posteriores al nacimiento o la adopción en relación a las inmediatamente anteriores. Solo se reconoce el complemento a aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización

con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados. En definitiva, en el caso de las mujeres se presume iuris et de iure la afectación desfavorable del cuidado de los hijos sobre la carrera de cotización, en el supuesto de los hombres ese impacto negativo deberá probarse mediante la concurrencia de alguna de las situaciones recogidas en el propio artículo 60.1 párrafo 2º de la LGSS.

56. Por otra parte, el complemento de pensiones se reconoce a todas las mujeres que acceden a la pensión de jubilación y de incapacidad permanente al margen de la cuantía de la pensión que perciban. No se vincula a la brecha de pensión de forma concreta, en relación a cada beneficiaria y vinculado al hecho de obtener una pensión inferior por el perjuicio que haya tenido en su carrera profesional o en la contribución a la seguridad social a través de sus cotizaciones.

Manteniéndose la regulación en tanto la brecha de la pensión en España no sea inferior al 5%, se reconoce a las mujeres que hayan tenido un hijo o hija o hayan adoptado, aunque su pensión sea mayor a la media del sistema de seguridad social o incluso aunque obtengan la pensión máxima admitida en España, adicionándose a la pensión el importe del complemento.

Incluye también a pensionistas mujeres que hayan reducido la jornada para cuidado de hijos y a las que se les haya aplicado el régimen legal que tiene por cotizado el 100% y no la parte que corresponda a la jornada reducida (los datos estadísticos indican que del total de beneficiarias del complemento de reducción de brecha de género de las pensiones, se aplicó a 7.915 mujeres el régimen legal de cotizaciones ficticias elevadas al 100% por situaciones de disfrute de excedencias y reducciones de jornada por guarda legal).

**En el caso concreto**, la base reguladora y la pensión de jubilación que percibe la madre es superior a la del otro progenitor varón. Sin embargo, este **no tiene derecho al complemento de su pensión porque no tiene más de 120 días sin cotización entre los meses**

**meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha** (como exige el art. 60 de la LGSS).

57. El reconocimiento automático del complemento de pensiones a las mujeres tampoco exige acreditar la debida atención y cuidados a las hijas/os nacidos o adoptados ni haber ejercitado derechos de conciliación como la reducción de jornada o la excedencia vinculados a la atención y cuidados, ni la pérdida o perjuicio en la carrera laboral o profesional.

58. Según los datos estadísticos aportados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, desde la entrada en vigor del RDL 3/2021, de 2 de febrero, se han reconocido 326.593 complementos para la reducción de la brecha de género de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente. Del total indicado, 279.910 correspondían a complementos a pensionistas mujeres, y 46.683 a pensionistas varones. Del total

de pensionistas mujeres con complemento, 8.920 pensiones de jubilación alcanzaban por sus cotizaciones y periodos cotizados la pensión máxima del sistema de seguridad social establecida por ley cada año, a cuyo importe máximo se le añadía el importe del complemento; y en caso de pensionistas mujeres por incapacidad permanente alcanzaban la pensión máxima del sistema 850 (en el caso de complementos de pensionistas de jubilación reconocidas a hombres alcanzaban la pensión máxima 1402 y en caso de la incapacidad permanente 73).

Estos datos ponen de manifiesto las mayores dificultades de los hombres para cumplir los requisitos que permiten acceder al complemento.

59. No parece que el objetivo perseguido por el legislador español de minorar la brecha de género en las pensiones sea realmente el que se consigue con el reconocimiento a todas las madres que han tenido hijos o han adoptado el complemento de sus pensiones de jubilación o incapacidad permanente cuando no se vincula el reconocimiento del complemento al hecho de tener pensiones inferiores a las de los

hombres o a cualquier otro parámetro relacionado con la brecha de género, siendo reconocido de forma indistinta a todas las madres, cualquiera que sea el importe de la pensión, y aunque sus pensiones alcancen la cuantía máxima admitida por el sistema español de pensiones.

60. Tampoco se relaciona el reconocimiento automático del complemento de la pensión a las mujeres a las distintas trayectorias laborales que hayan tenido respecto de los hombres, ni la regulación garantiza el reconocimiento de pensiones adecuadas a las mujeres que han visto reducida su capacidad de cotización y, con ello, la cuantía de sus pensiones, cuando por haber tenido hijos, y haberse dedicado a su cuidado, han visto interrumpidas o acortadas sus carreras profesionales. Nada de estos objetivos están presentes en la realidad de la regulación del complemento y en las diferentes exigencias necesarias para su reconocimiento según la persona beneficiaria sea mujer –ningún requisito adicional a tener hijos o haber adoptado– u hombre –lagunas de cotización o cotizaciones inferiores en periodos posteriores al nacimiento o adopción–.

61. En estas circunstancias surge la duda de si la brecha de género en las pensiones en general o el dato indiscutible de que son las mujeres las que mayoritariamente llevan a cabo las tareas de atención y cuidado de los menores y ejercitan los derechos de conciliación, pueden considerarse razones legítimas y proporcionadas para establecer un régimen jurídico distinto a favor de todas las mujeres, como medida de acción positiva, que implique reconocer de forma automática el complemento de las pensiones al margen del importe de las cotizaciones realizadas durante los periodos de tiempo posteriores al nacimiento del hijo/a o a la adopción o aunque no haya lagunas de cotización (ni apartamiento del mercado laboral ni merma retributiva), mientras que en el caso de los hombres se sujeta el reconocimiento del complemento a la existencia de lagunas de cotización o a cotizaciones inferiores durante periodos inmediatamente posteriores al nacimiento o la adopción, incluso aunque el importe de su pensión sea inferior a la media del sistema de la seguridad social.

*Posible justificación de la diferencia de trato en el perjuicio que las mujeres han sufrido a lo largo de su carrera profesional, aunque no lo tengan al tiempo de pasar a percibir la pensión*

62. Al mismo tiempo, surge la duda de si es posible entender que no concurre la discriminación por razón de sexo justificando la diferente regulación y requisitos para acceder al complemento de la pensión, según sea mujer u hombre el pensionista, en la consideración de que “se trata de reparar un perjuicio que han sufrido a lo largo de su carrera profesional las mujeres que hoy acceden a la pensión, es decir, un perjuicio generado en el pasado”, como entiende el legislador español.

63. Máxime si debe realizarse una interpretación judicial de las normas en conflicto que tenga presente la perspectiva de género en la medida en que “la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas” (art. 4 de la LO 3/2007) y atienda a la transversalidad del principio de igualdad (“El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos”, como señala el art. 15 de la LO 3/2007). De manera que se plantea la duda de si permitirán estas exigencias interpretar la Directiva en términos tales que permitan excluir la existencia de una discriminación injustificada a la vista de la finalidad de la norma de tratar de nivelar la situación de subordinación de las mujeres en el mercado de trabajo al haber asumido históricamente un papel principal en la tarea de los cuidados de los hijos. Con ello, en definitiva, tal vez podría considerarse que los hombres no se encuentran ante la misma situación que las mujeres y, por lo tanto, queda excluida la discriminación al consistir esta en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables (STJUE 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-342/93, EU:C:1996:46, apartado 16, y de 8 de mayo de 2019, Praxair MRC, C-486/18, EU:C:2019:379, apartado 73).

*Justificación de la diferencia de trato en la protección de las mujeres en su condición de progenitoras o fundada en la protección de la maternidad*

64. Debemos tener en cuenta que la regulación española no es sino consecuencia de la asunción por el legislador español de la doctrina de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 –Asunto C-450/18- (ECLI:EU:C:2019:696), en relación con anterior redacción del artículo 60 de la LGSS, que regulaba el llamado complemento de aportación demográfica de la mujer a la seguridad social.

65. La STJUE citada declaró: «El artículo 4, apartado 1, de 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 disposición nacional como la controvertida en el presente asunto, que, por una parte, confiere el derecho a percibir un complemento de pensión a las mujeres madres de dos o más hijos que adquieren el derecho a una pensión contributiva de incapacidad permanente después de la entrada en vigor de esa disposición, pero que, por otra parte, no ofrece posibilidad de conceder dicho derecho a los hombres en ninguna situación».

66. Para ello realizó unas concretas consideraciones que cabe considerar también aplicables a la nueva regulación del complemento de reducción de la brecha de género de las pensiones.

67. Determinar si concurre una situación de discriminación exige comprobar si la situación de la mujer y del hombre son comparables cuando se produce el nacimiento o la adopción de un hijo/a.

68. No nos encontramos ante específicas medidas de protección de la maternidad. El derecho al complemento se reconoce vinculado al nacimiento o adopción de uno o más hijos, pero sin relación con la protección específica de la mujer atendida su condición biológica, que

se entiende abarca el embarazo, el parto y el período inmediatamente posterior a este.

69. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que «la situación de un trabajador no es comparable a la de una trabajadora cuando la ventaja que se concede únicamente a las trabajadoras está destinada a compensar las desventajas profesionales que para ellas supone la interrupción del trabajo, inherente al permiso de maternidad» (STJUE de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 41).

70. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que las posiciones de las madres y los padres que trabajan son comparables con respecto a muchas otras circunstancias relacionadas con la condición de progenitor y el cuidado de los hijos. Mujeres y hombres se encuentran en una situación comparable como progenitores y cuando se trata de educar a sus hijos (STJUE 25 de octubre de 1988, Comisión/Francia 312/86, EU:C:1988:485, apartado 14; de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 56 y de 16 de julio de 2015, Maïstrellis, C-222/14, EU:C:2015:473, apartado 47).

71. Como consecuencia, se encuentran en una situación comparable, por ejemplo, en lo que respecta a la eventual necesidad de reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar de sus hijos (STJUE de 30 de septiembre de 2010, Roca Álvarez, C-104/09, EU:C:2010:561, apartado 24) o de tener acceso a una guardería por el hecho de ejercer un empleo (STJUE 19 de marzo de 2002, Lommers, C-476/99, EU:C:2002:183, apartado 30 y apart. 37 y 38 de la STJUE 12-12-

2019).

72. Puede que el artículo 60 de la LGSS tenga por objeto la protección de las mujeres en su condición de progenitor. Pero destaca la STJUE 12 de diciembre de 2019 –Asunto C-450/18- (ECLI:EU:C:2019:696), que esa cualidad es predicable tanto de hombres como de mujeres y 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, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 56, y de 26 de marzo de 2009, Comisión/Grecia, C-559/07, no publicada, EU:C:2009:198, apartado 69).

73. Añade el TJUE que “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, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 56)”.

74. Sigue destacando la STJUE 12 de diciembre de 2019 –Asunto C- 450/18- (ECLI:EU:C:2019:696), que “En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 66 de sus conclusiones, la existencia de datos estadísticos que muestren diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres

y las pensiones de los hombres no resulta suficiente para llegar a la conclusión de que, por lo que se refiere al complemento de pensión controvertido, las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores”.

75. Con más razón ocurre así si atendemos al hecho de que el complemento reclamado se reconoce a todas las mujeres beneficiarias de las pensiones de jubilación o incapacidad permanente por ser madres o haber adoptado, sin ninguna exigencia vinculada a perjuicio en su carrera laboral o en la reducción de sus cotizaciones o a la menor cuantía de las pensiones a las que tengan derecho en relación con el importe medio de las pensiones del sistema o las que perciban los hombres.

76. En el caso tampoco parece que la diferencia de trato pueda fundarse en la protección especial de la maternidad a la vista de la consideración estricta que respecto de la excepción de la “protección

de la mujer en razón de su maternidad (art. 4.2 de la Directiva 79/7) mantiene el TJUE, tanto en relación con las previsiones que al respecto establecía la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, como las que se contiene en el art. 4.2 de la Directiva 79/7 sobre la protección de la mujer en razón de su maternidad.

77. En el marco del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207, el Tribunal de Justicia ha considerado que la excepción relativa a la

«maternidad» debe interpretarse de forma estricta (sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, EU:C:1986:206, apartado 44) y ha vinculado sistemáticamente su aplicación a la condición biológica de la mujer y a la relación especial que existe entre una mujer y su hijo. En consecuencia, únicamente se han considerado cubiertas por dicha disposición las medidas relacionadas con la protección de la mujer durante el embarazo, el parto y el permiso de maternidad (sentencia de 18 de noviembre de 2004, Sass, C-284/02, EU:C:2004:722, apartado 33, sobre permiso de maternidad; sentencia de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, EU:C:1984:273, apartados 25 y 26, sobre un período adicional de permiso de maternidad; sentencia de 19 de septiembre de 2013, Betriu Montull, C-5/12, EU:C:2013:571, apartados 61 a 65, sobre las disposiciones específicas relativas al posible uso de un período de permiso por parte de las madres o padres que trabajan).

78. Por el contrario, se ha declarado que otras medidas no estrictamente relacionadas con la protección de las mujeres en esas situaciones no están incluidas en la excepción relativa a la «maternidad» (Sentencia

25 de octubre de 1988, Comisión/Francia 312/86, EU:C:1988:485, apartados 13 y 14, relativa a varios «derechos especiales [para] las mujeres» que protegían a las mujeres en su condición de trabajadoras de edad avanzada o de progenitoras; 30 de septiembre de 2010, Roca Álvarez, C-104/09, EU:C:2010:561, apartados 26 a 31, relativa a un

período de permiso que, a pesar de llamarse «permiso de lactancia», se encontraba, en realidad, desvinculado de la lactancia materna como tal y podría entenderse destinado al cuidado de hijos, como recoge en sus conclusiones el Abogado General en el asunto que dio lugar a la STJUE de 12 de diciembre de 2019 –Asunto C-450/18–, ECLI:EU:C:2019:696).

79. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo, establecida en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, solo es posible en los casos que se enumeran con carácter exhaustivo en esa misma Directiva [véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de septiembre de 2014, X, C-318/13, EU:C:2014:2133, apartados 34 y 35, y de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/16, EU:C:2018:492, apartado 50].

80. Declara en este mismo sentido la STJUE de 12 de diciembre de 2019 –Asunto C-450/18– (ECLI:EU:C:2019:696) que, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 79/7, el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por motivos de maternidad. Sobre este particular, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a garantizar esta protección, el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 79/7 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra (véanse, en este sentido, en lo que atañe a la Directiva 76/207, las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, EU:C:1984:273, apartado 25, y de 19 de septiembre de 2013, Betriu Montull, C-5/12, EU:C:2013:571, apartado 62).

81. Como ocurría con la anterior regulación que no respetaba el principio de no discriminación conforme a lo declarado en la STJUE de 12 de



diciembre de 2019, el actual artículo 60 de la LGSS 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.

82. En particular, se concede dicho complemento a las mujeres que hayan adoptado, lo que indica que el legislador nacional no pretendió limitar la aplicación del artículo 60 de la LGSS a la protección de la condición biológica de las mujeres que hayan dado a luz.

83. Además, esta disposición no exige que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos, por lo que no se cumple el requisito relativo a que hayan disfrutado de un permiso de maternidad. Este es el caso, concretamente, cuando una mujer ha dado a luz antes de acceder al mercado laboral.

84. Por lo tanto, no parece que el nuevo complemento de pensión esté comprendido en el ámbito de aplicación de la excepción a la prohibición de discriminación establecida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 79/7.

*Exclusión del ámbito de la Directiva 79/7 del complemento de pensiones como ventaja concedida en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición de derechos después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos*

85. Se plantea también la duda de la posible aplicación de la excepción prevista en el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 79/7, conforme al cual la Directiva no obstará a la facultad que tienen los Estados miembros 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 períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos.

86. Sin embargo, en la actual regulación del complemento de las pensiones –como ya ocurría en la anterior regulación nacional, examinada en la STJUE de 12 de diciembre de 2019, Asunto C- 450/18, el artículo 60 de la LGSS no supedita la concesión del complemento de pensión a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos, sino únicamente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido hijos o hijas biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social.

87. Por eso mismo la STJUE de 12 de diciembre de 2019 concluyó que el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 79/7 no se aplica a una prestación como el complemento de pensión controvertido, y parece que pueda ser la misma respuesta la que merezca la actual regulación del complemento de pensiones.

*El complemento “de brecha de género” como medida de acción positiva al amparo del artículo 157.4 del TFUE*

88. Por último, se plantea la duda de si la medida establecida por el legislador español cabe encuadrarla en medidas de acción positiva admitidas en el artículo 157 del 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.

89. Sin embargo, también como declaró la STJUE de 12 de diciembre de 2019 –Asunto C-450/18- “esta disposición no puede aplicarse a una norma nacional como el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, dado que 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 (véanse, en este sentido, 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)”.

90. Parece que el mismo razonamiento podría mantenerse respecto del nuevo complemento reclamado al amparo de la nueva redacción del artículo 60 de la LGSS.

91. Ante las dudas sobre la adecuación de la regulación nacional del complemento de pensiones a la normativa de la Unión Europea y, en concreto, a las exigencias de igualdad y no discriminación por razón de sexo establecidas en la Directiva procede plantear la primera cuestión prejudicial al amparo del artículo 267 TFUE para determinar la conformidad o no de la regulación del complemento para la reducción de la brecha de género a las exigencias de la Directiva 79/7/CEE.



92. Para el caso de no ser conforme con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, se plantea otra duda adicional sobre los efectos de la sentencia que dicte el TJUE al interpretar la Directiva 79/7.

93. En el art. 60 de la LGSS queda establecido que el complemento es de titularidad y disfrute único. No cabe reconocer dos complementos a favor de los dos progenitores, y se supedita en el caso del pensionista varón a que su pensión sea inferior a la que perciba la madre.

94. En concreto, el artículo 60 de la LGSS dispone que el complemento controvertido es de titularidad única, de manera que si el otro progenitor ya lo percibe –la mujer pensionista en nuestro caso-, debe determinarse si el efecto útil de la Directiva y el respeto del principio de no discriminación impone que se reconozca también el complemento al pensionista de sexo masculino que lo está reclamando, a pesar del mandato de la ley nacional que dispone que solo cabe un único complemento a favor de uno de los dos progenitores.

95. Al mismo tiempo, dado que la mujer pensionista tiene el derecho al complemento porque cumple los requisitos legales, debemos responder si el efecto de la existencia de discriminación por razón de sexo al pensionista hombre, si así se declara por el TJUE, no debe impedir que se mantenga el derecho al complemento de sus pensiones a favor de ambos progenitores, aunque la ley nacional establezca que sólo se puede reconocer a uno solo.

En el litigio el INSS alegó que, caso de apreciarse discriminación por razón de sexo en aplicación de la Directiva, el reconcimimiento del complemento a favor del hombre debe determinar la extinción del complemento que ya tiene reconocido la madre porque su pensión es superior a la del otro progenitor.

96. Excluimos que la respuesta deba ser reconocer el complemento al pensionista cuya pensión sea de menor cuantía porque en esos casos si la pensión superior es la del jubilado varón la declaración del trato discriminatorio carecería de ningún efecto útil y, además, la previsión del artículo 60 de la LGSS de reconocimiento exclusivo a quien tenga pensión inferior va referida al supuesto de concurrencia de progenitores que cumplen los requisitos legales para obtener el complemento (ser madre en un caso, y ser padre con afectación a la carrera profesional en el otro) y, por lo tanto, no es aplicable cuando se reconoce al padre que no cumple los requisitos establecidos por una norma nacional que introduce una discriminación por razón de sexo.

VI. Cuestiones prejudiciales que se plantean Primera cuestión:

¿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 no respeta el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por los arts. 1 y 4 de la Directiva, una regulación nacional como la contenida en el artículo 60 de la Ley General de Seguridad Social que, bajo la rúbrica “Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, reconoce la titularidad del derecho a un complemento a las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente a las mujeres que hayan tenido hijos o hijas biológicos o adoptados y sean beneficiarias de dichas pensiones, sin ningún otro requisito y al margen del importe de sus pensiones, y no se reconoce en las mismas condiciones a los hombres en idéntica situación al exigir para acceder al complemento de su pensión de jubilación o de incapacidad permanente determinados periodos sin cotización o cotizaciones inferiores con posterioridad al nacimiento de los hijos/as o a la adopción y, en concreto, en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el NUM001 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, y en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el NUM002 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?

Segunda cuestión para el caso de que se aprecie discriminación por razón de sexo:

¿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, impone como consecuencia de la discriminación derivada de la exclusión del pensionista de sexo masculino que se le reconozca el complemento de la pensión de jubilación a pesar de que el artículo 60 de la LGSS establezca que el complemento solo puede reconocerse a uno de los progenitores y, al mismo tiempo, el reconocimiento del complemento al pensionista varón no debe determinar como efecto de la sentencia del TJUE y de la inadecuación de la regulación nacional

a la Directiva la supresión del complemento reconocido a la mujer pensionista de jubilación al concurrir en ella los requisitos legales de ser madre de uno o más hijos?

En atención a todo lo expuesto,

**DECIDO:** Formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito del artículo 267 TFUE, las siguientes cuestiones prejudiciales sobre validez e interpretación del artículo 60 de la Ley General de la Seguridad en relación con los arts. 1, 4 y 7 de 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:

PRIMERA CUESTIÓN:

¿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 no respeta el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por los arts. 1 y 4 de la Directiva, una regulación nacional como la contenida en el artículo 60 de la Ley General de Seguridad Social que, bajo la rúbrica “Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, reconoce la titularidad del derecho a un complemento a las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente a las mujeres que hayan tenido hijos o hijas biológicos o adoptados y sean beneficiarias de dichas pensiones, sin ningún otro requisito y al margen del importe de sus

pensiones, y no se reconoce en las mismas condiciones a los hombres en idéntica situación al exigir para acceder al complemento de su pensión de jubilación o de incapacidad permanente determinados periodos sin cotización o cotizaciones inferiores con posterioridad al nacimiento de los hijos/as o a la adopción y, en concreto, en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el NUM001 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, y en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el NUM002 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?

SEGUNDA CUESTIÓN PARA EL CASO DE QUE SE APRECIE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO:

¿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, impone como consecuencia de la discriminación derivada de la exclusión del pensionista de sexo masculino que se le reconozca el complemento de la pensión de jubilación a pesar de que el artículo 60 de la LGSS establezca que el complemento solo puede reconocerse a uno de los progenitores y, al mismo tiempo, el reconocimiento del complemento al pensionista varón no debe determinar como efecto de la sentencia del TJUE y de la inadecuación de la regulación nacional a la Directiva la supresión del complemento reconocido a la mujer pensionista de jubilación al concurrir en ella los requisitos legales de ser madre de uno o más hijos?

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido a la «Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, L-2925 Luxemburgo» (Greffé de la Cour de Justice, rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Luxemburgo) o por vía electrónica mediante la aplicación e-Curia: [WWW001](http://WWW001) solicitando acuse de recibo, o a la dirección de correo electrónico DDP-EMAIL001, facilitada por el TJUE, a quien se solicita que remita acuse de recibo de todo ello.

Envíese también una versión de esta petición de decisión prejudicial en formato «Word» a la siguiente dirección electrónica: DDP- EMAIL001.

Asimismo, remítase copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial –Fax: 91 7006 350- (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

En la remisión deben indicarse los datos de contacto exactos de las partes del litigio principal y de sus eventuales representantes.

Envíense los autos del asunto principal o una copia de los mismos por vía electrónica o por vía postal.

Quede suspendido el procedimiento hasta la resolución de la cuestión prejudicial.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal.

La presente resolución es firme y contra ella no cabe recurso alguno.

Así, por este Auto lo pronuncia, manda y firma el Ilmo. Sr. Don Carlos González González, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social N° 3 de Pamplona/Iruña. Doy fe.