

Las acciones positivas para las mujeres en el Derecho español de seguridad social ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Positive action for women in Spanish Social Security Law before the Court of Justice of the European Union

Juan Bautista Vivero Serrano

*Catedrático de Derecho del Trabajo Universidad de Salamanca
Magistrado (suplente) del Tribunal de Apelación de Madrid*

SUMARIO: 1. Las acciones positivas para las mujeres como manifestación de la perspectiva de género: el contraste entre el Derecho español de origen interno y el Derecho de la Unión Europea. – 2. Las acciones positivas en el Derecho interno español. – 2.1. Las dos medidas de acción positiva posteriores a la versión 2020 del Pacto de Toledo. – 2.1.1. El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género. – 2.1.2. La integración de las lagunas de cotización en la pensión de jubilación. – 2.2. Las acciones positivas ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. – 3. Las acciones positivas en el Derecho de la Unión Europea. – 3.1. El marco normativo de la Unión Europea y la jurisprudencia general del TJUE – 3.2. La jurisprudencia específica del TJUE sobre las acciones positivas en materia de seguridad social. – 3.2.1. El complemento por maternidad o aportación demográfica ante el TJUE: la sentencia de 12 de diciembre de 2019. – 3.2.2. El complemento para la reducción de la brecha de género ante el TJUE: la sentencia de 15 de mayo de 2025. – 4. ¿Qué futuro para las acciones positivas?

Resumen: Las acciones positivas para las mujeres en materia de seguridad social representan un ejemplo de contraste entre el Derecho español de origen interno y el Derecho de la Unión Europea. El primero muy propicio y el segundo todo lo contrario. El rechazo por parte del TJUE en los años 2019 y 2025 de las dos medidas de acción positiva diseñadas por el legislador español encuentra su explicación en el citado

contraste. Se cierra este ensayo con una reflexión sobre el futuro de las medidas de acción positiva para las mujeres en el Derecho español.

Abstract: Positive actions for women in the field of social security represent an example of the contrast between Spanish law of domestic origin and European Union law. The former is very favourable and the latter quite the opposite. The rejection by the CJEU in 2019 and 2025 of the two positive action measures designed by the Spanish legislator finds its explanation in the aforementioned contrast. This essay closes with a reflection on the future of positive action measures for women in Spanish law.

Palabras clave: Acción positiva – Seguridad social – Brecha de género – Igualdad de género – Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Key words: Positive action – Social security – Gender gap – Gender equality – Court of Justice of the European Union

1. Las acciones positivas para las mujeres como manifestación de la perspectiva de género: el contraste entre el Derecho español de origen interno y el Derecho de la Unión Europea

Dentro de la familia numerosa de la igualdad las manifestaciones jurídicas más conocidas son las vinculadas a la igualdad formal, a saber, la igualdad de trato o igualdad genérica (igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley) y la no discriminación por diferentes motivos. Algo menos conocidas resultan, en cambio, las manifestaciones jurídicas conectadas a la igualdad material o sustancial, algunas de las cuales responden a diferentes denominaciones desde su origen norteamericano en la década de los sesenta del siglo pasado, habiendo triunfado, al menos en Europa, el sintagma “acción positiva” frente a otras nomenclaturas como “discriminación inversa” o “discriminación positiva”¹. Pese a su creciente importancia, las acciones positivas siguen siendo en la actualidad la Cenicienta de la familia numerosa de la igualdad².

También es una manifestación de la igualdad sustancial el principio de composición paritaria o presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos públicos y privados de poder, ahora de rabiosa actualidad³.

¹ RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, *Discriminación, igualdad de trato y acción positiva*, en *Relaciones Laborales*, 1995, núm. 2, 81 ss.

² BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva*, Civitas, 1997, SIERRA HERNÁIZ, *Acción positiva y empleo de la mujer*, CES, 1999, y MARTÍN VIDA, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, 2003. Una visión más amplia y moderna en LOUSADA AROCHENA, *Mujeres y discriminación interseccional. Un ensayo sobre las mujeres en los márgenes*, Dykinson, 2024.

³ Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, y Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas.

Las acciones positivas, por utilizar la definición legal española, son “diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social”. Si bien las medidas de acción positiva están muy presentes en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, sobre todo en el artículo 11, la definición legal es obra del artículo 6.7 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁴.

Aunque de conformidad con la definición legal apenas transcrita las acciones positivas son el reverso de cualquier forma de discriminación, y aunque en su origen norteamericano estuvieran estrechamente conectadas con la discriminación racial, lo cierto es que el grueso de las acciones positivas en los Estados miembros de la Unión Europea tiene que ver o con el sexo o con la discapacidad.

Las acciones positivas orientadas a prevenir, eliminar o compensar la discriminación por razón de sexo, esto es, las acciones positivas para las mujeres (art. 11 Ley Orgánica 3/2007), sin dejar de pertenecer a la familia numerosa de la igualdad, se integran asimismo en un contenedor conceptual y metodológico todavía más amplio, la perspectiva de género, que cuenta con el aval del Tribunal Constitucional⁵.

Tanto la familia numerosa de la igualdad como el rico contenedor conceptual y metodológico de la perspectiva o impacto de género tienen su campo más fértil en las relaciones laborales, al que se ha unido en los últimos años el mundo de la seguridad social, el que interesa en este estudio.

La perspectiva de género está llamada a seguir protagonizando uno de los grandes cambios en los sistemas nacionales de seguridad social, jugando en este ámbito un papel mucho más incisivo y profundo que el desplegado hasta el momento. Así figuraba en el pacto político entre PSOE y Unidas Podemos de finales del año 2019 y así figura también en el vigente pacto político entre PSOE y Sumar firmado en octubre de 2023. De hecho, la apuesta por la profundización de la perspectiva de género en el sistema español de seguridad social está muy presente en las Recomendaciones de la Comisión del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados del año 2020. Y la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 también apunta decisivamente en dicho sentido.

De manera coherente, la obra legislativa con perspectiva de género posterior a las Recomendaciones del Pacto de Toledo de 2020 es notable, con numerosas manifestaciones⁶.

⁴ Vuelve a reproducir esta definición legal el artículo 3.f) de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

⁵ Por todas, la STC 92/2024, F. J. 3, con cita de sentencias previas y de tratados internacionales que recogen igualmente la perspectiva de género, negando que se trate sin más de una ideología.

⁶ Sin ánimo exhaustivo, algunas de las normas de seguridad social contenidas en el Real Decreto-ley 3/2021, la Ley Orgánica 10/2022, el Real Decreto-ley 16/2022, la Ley Orgánica 1/2023, el Real Decreto-ley 2/2023, el Real Decreto-ley 2/2024, el Real Decreto-ley 11/2024, etc. Hitos legislativos, salvo los dos últimos, que pueden verse en VIVERO SERRANO, *Seguridad social y perspectiva de género. La obra legislativa tras la versión de 2020 del Pacto de Toledo*, en *Labos*, 2023, vol. 4, núm. 2, 52 ss.

Eso por no hablar del creciente protagonismo asumido por la perspectiva de género como método hermenéutico y aplicativo empleado cada día más por los jueces y tribunales españoles, con el Tribunal Supremo a la cabeza⁷.

El principal problema con el que se encuentran las acciones positivas para las mujeres en materia de seguridad social es el contraste entre el Derecho español de origen interno y el Derecho de la Unión Europea. Mientras el Derecho interno español se muestra favorable, con una apuesta legislativa decidida en los últimos años y con un Tribunal Constitucional y un Tribunal Supremo nada beligerantes, el Derecho de la Unión Europea representa el polo opuesto. La normativa europea es si no hostil sí poco propicia. Y el TJUE viene mostrándose como un cicatero cancerbero, alérgico a las acciones positivas para las mujeres en general y muy en particular en el ámbito de la seguridad social. La reciente STJUE, de 15 de mayo 2025, asuntos C-623/23 y C-626/23, constituye el mejor ejemplo de esa alergia. Este contraste, en el que lógicamente prima el Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho interno español, es objeto de un tratamiento detallado en los próximos apartados, cerrando este estudio una reflexión sobre el futuro de las acciones positivas para las mujeres en el campo de la seguridad social.

2. Las acciones positivas en el Derecho interno español

Ya se ha dicho que el Derecho interno español se muestra propicio a las acciones positivas para las mujeres en materia de seguridad social, con una apuesta legislativa decidida en los últimos años y con un Tribunal Constitucional y un Tribunal Supremo nada beligerantes. Se profundiza a continuación en este favorable escenario legislativo y judicial, facilitado por un panorama político *grosso modo* partidario de las acciones positivas para las mujeres.

2.1. Las dos medidas de acción positiva posteriores a la versión 2020 del Pacto de Toledo

Las dos medidas de acción positiva para las mujeres posteriores a la versión 2020 del Pacto de Toledo, el complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género introducido por el Real Decreto-ley 3/2021 y la integración de las lagunas de cotización en la pensión de jubilación fruto del Real Decreto-ley 2/2023, tienen en común, además de la relativamente reciente implantación gubernamental por la (manifiestamente inadecuada) vía de urgencia, la finalidad de reducción de la brecha de género en materia de pensiones contributivas de seguridad social, entendida legislativamente como “la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por las mujeres respecto del importe de las pensiones causadas por los hombres”⁸. En conse-

⁷ CAVAS MARTÍNEZ, *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Aranzadi, 2021.

⁸ Disposición adicional 37ª.1 LGSS.

cuencia, son acciones positivas centradas exclusivamente en el importe de las pensiones contributivas en lugar de en otros elementos relevantes de su régimen jurídico como, por ejemplo, los requisitos de acceso.

También tienen en común la naturaleza coyuntural, una exigencia ineludible de todas las acciones positivas a la que se refiere tanto el específico (acciones positivas para las mujeres) artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007 como el genérico (acciones positivas en general) artículo 6.7 de la Ley 15/2022.

Una temporalidad que en la disposición adicional 37^a.4 LGSS se concreta de la siguiente forma: “Una vez que la brecha de género de las pensiones de jubilación de un año sea igual o inferior al 5 por ciento, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para derogar el artículo 60 y las demás medidas que hayan podido ser adoptadas en dicha materia, previa consulta con los interlocutores sociales”.

Ahora bien, la naturaleza coyuntural o temporal es más formal que material, pues tendrán por desgracia que transcurrir muchas décadas hasta que la brecha de género si sitúe por debajo del umbral del 5%, estando como está en los últimos años en torno al 20%. Y es que las múltiples causas de la brecha de género salarial, con proyección en la brecha de género pensionística, no son fáciles de contrarrestar en un periodo corto de tiempo⁹.

2.1.1. El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género

El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género, introducido por el Real Decreto-ley 3/2021 y modificado por el Real Decreto-ley 2/2023, constituye, sin duda, la más conocida de las medidas de acción positiva para las mujeres incorporadas al Derecho español de seguridad social, tras el fiasco europeo de la medida estrella a la que el nuevo complemento viene a sustituir, el anterior complemento por maternidad o aportación demográfica creado por la ley presupuestaria anual de finales del año 2015, con fecha de efectos 1 de enero de 2016.

Aunque el complemento por maternidad respondía en el diseño legal inequívocamente a la categoría de las acciones positivas para las mujeres, y aunque el mismo se mantiene para las personas beneficiarias a fecha 3 de febrero de 2021 como derecho transitorio a extinguir, de conformidad con la disposición transitoria 33^a LGSS, primero el rechazo frontal por parte del TJUE a la titularidad exclusivamente femenina (sentencia de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18) y posteriormente la generosa lectura del Tribunal Supremo partidaria de la titularidad del complemento para los dos progenitores de los mismos hijos

⁹ Sobre la pluralidad de causas de la brecha de género en materia retributiva o salarial resulta fundamental la obra de RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *La discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico*, Bomarzo, 2020, 37 ss. Y sobre la brecha de género de las pensiones, GRAU PINEDA, *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, 2020.

en común¹⁰, han terminado por desterrar el complemento por aportación demográfica del limitado campo de las acciones positivas para las mujeres¹¹.

No se pretende aquí, en cualquier caso, ofrecer una imagen detallada del régimen jurídico del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género, bastando con unas pocas pinceladas a modo de visión panorámica del régimen jurídico en cuestión. Con todo, son muchos y muy exhaustivos los estudios dedicados al nuevo complemento¹².

La primera de las pinceladas tiene que ver con las pensiones contributivas de seguridad social a las que está asociado el complemento, que son las pensiones de jubilación (salvo la jubilación parcial del 215 LGSS), de incapacidad permanente y de viudedad, causadas desde el día 4 de febrero de 2021, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2021. La segunda pincelada afecta a las personas potencialmente beneficiarias del complemento, que han de ser progenitores de al menos un hijo, bien biológico y nacido con vida bien adoptado. Ahora bien, solo uno de los progenitores puede ser beneficiario del complemento en un mismo momento, lo que excluye la titularidad simultánea del complemento por parte de ambos progenitores, pero no la titularidad sucesiva, primero uno y después otro.

La tercera pincelada se proyecta sobre el contenido económico del complemento, consistente en una cantidad fija mensual (14 pagas al año) por cada hijo, con el tope máximo de cuatro. Cantidad fijada anualmente por la ley presupuestaria o similar, con un importe para el año 2025 de 35,90 euros por cada hijo¹³. Importe del complemento compatible tanto con la pensión contributiva máxima como con las diferentes pensiones contributivas mínimas.

Y cuarta y última pincelada, la que permite encajar el nuevo complemento introducido en el año 2021 dentro de la categoría de las acciones positivas para las mujeres, la titularidad “privilegiadamente” femenina del complemento y la consiguiente titularidad masculina de inequívoco carácter marginal.

El legislador atribuye a las mujeres en abstracto o en general un perjuicio profesional por el nacimiento y el cuidado de la prole, eximiéndolas de la prueba del perjuicio profesional concreto. La presunción a favor de las mujeres no es *iuris et de iure* sino *iuris tantum*. El hecho de que los varones puedan excepcionalmente romper la presunción *iuris tantum*

¹⁰ STS, 4ª (Pleno), 17-5-2023, rcud 3821/2022, seguida de otras muchas en el mismo sentido. Véase MALDONADO MOLINA, *El controvertido complemento por maternidad (por aportación demográfica)*, en *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 106, 1-18.

¹¹ MONEREO PÉREZ Y LÓPEZ INSUA, *Caminando hacia una efectiva igualdad: la judicialización del complemento por maternidad para hombres*, en *Trabajo y Derecho*, 2022, núm. 89; RAMOS QUINTANA, *El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, núm. 61, 1-6, y MOLINA NAVARRETE, *Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿El TJUE no cree en juzgar con perspectiva de género?*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, 2020, núm. 445, 188 ss.

¹² Entre otros muchos, VIVERO SERRANO, *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Comares, Granada, 2021; CRUZ VILLALÓN, *El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 2021, núm. 28, 37 ss.; y GALA DURÁN, *El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?*, en *Temas Laborales*, 2021, núm. 158, 121 ss.

¹³ Artículo 79.2 del Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre.

no significa ni mucho menos que ambos progenitores (de sexo distinto) tengan que proceder a la prueba del perjuicio profesional concreto sufrido por el nacimiento y el cuidado de cada hijo. Las mujeres en ningún caso tienen que efectuar prueba alguna en dicho sentido (art. 60.1 LGSS).

El privilegio de las mujeres en el acceso al complemento para la reducción de la brecha de género se corresponde con una regulación del eventual acceso de los varones plagada de requisitos inequívocamente pensados para dificultar la titularidad masculina. Mientras para las mujeres, tal y como se acaba de ver, no hay necesidad alguna de prueba del cuidado de la prole y del perjuicio profesional derivado de este, presumiéndose *iuris tantum*, para los varones la prueba resulta fundamental, distinguiéndose el tipo de prueba según la pensión contributiva susceptible de complemento: la pensión de viudedad por un lado y las pensiones de jubilación e incapacidad permanente por otro lado.

Para la pensión de viudedad la regla del artículo 60.1 LGSS para los varones es la siguiente: «Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad».

Por lo pronto, se exige que el sujeto causante (persona fallecida) de la pensión de viudedad fuese progenitor del hijo en común, algo que no se exige a las mujeres beneficiarias de pensiones de viudedad con complemento para la reducción de la brecha de género por medio, pudiendo acceder estas al complemento pese a que el sujeto causante de la correspondiente pensión de viudedad no fuese progenitor de ninguno de los hijos de la mujer pensionista de viudedad, o de unos sí y de otros no.

Mucho más complejos son los requisitos de acceso y las pruebas correspondientes para los varones en el ámbito de las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente. Son dos los requisitos cumulativos a cumplir por los varones. El primero, relativo al perjuicio profesional concreto e individualizado derivado del nacimiento y el cuidado de la prole. El segundo, ligado a la cuantía necesariamente inferior de la pensión contributiva susceptible de complemento en comparación con la cuantía superior de la pensión contributiva de la madre del mismo hijo en común.

Especialmente complejo es el requisito del perjuicio profesional concreto e individualizado derivado del nacimiento o la adopción de cada hijo, distinguiéndose entre los hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994 y los hijos nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995. La distinción de base cronológica obedece a una razón de mera gestión interna de Administración de seguridad social, cuyos datos sobre las cotizaciones de los sujetos incluidos en los diferentes regímenes de la seguridad social están digitalizados solo a partir del 1 de enero de 1995.

Para los hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, el perjuicio profesional se concreta mediante la existencia de lagunas reales de cotización de más de 120 días entre los nueve meses anteriores al nacimiento y el transcurso de tres años desde el mismo, o bien entre la fecha de la resolución judicial de constitución de la adopción y el transcurso de tres años desde esa fecha. Lagunas de cotización debe entenderse por cualquier origen, esto es, finalización del contrato de trabajo o de la relación profesional por

cualquier causa, agotamiento de la prestación contributiva por desempleo, excedencia por cuidado de hijo o de otros familiares, sin cómputo, a estos efectos, de los periodos de cotización ficticia como medida de protección contributiva a la familia *ex* artículos 236 y 237 LGSS¹⁴. Luego, lagunas de cotización reales o efectivas, aunque de manera ficticia el sistema compute unas cotizaciones no ingresadas en la Administración de seguridad social. En cambio, para los hijos nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995 el perjuicio profesional cualificado se concreta mediante la comparación entre las cotizaciones reales de los 24 meses siguientes al nacimiento o la adopción de cada hijo y los 24 meses anteriores a dichas fechas, debiendo ser las primeras inferiores en más de un 15% en comparación con las segundas, sin cómputo, a estos efectos, de los periodos de cotización ficticia como medida de protección contributiva a la familia *ex* artículos 236 y 237 LGSS¹⁵.

La estadística oficial corrobora la elevadísima feminización del complemento para la reducción de la brecha de género. De conformidad con los datos de la Administración de seguridad social¹⁶, en abril del año 2025 el 89% de las personas beneficiarias del complemento son mujeres. Un dato elevado sin duda, aunque muy por debajo del que había publicitado el Gobierno en el año 2021 cuando ideó el complemento, nada menos que el 98%. Es verdad que no pocos varones titulares presentes del complemento acabarán perdiéndolo una vez que la madre del mismo hijo en común acceda a la correspondiente pensión contributiva susceptible de complemento. Y es que, se insiste, no cabe la titularidad simultánea del complemento, pero sí la titularidad sucesiva.

En cualquier caso, y como habrá ocasión de ver más adelante, la titularidad “privilegiadamente” femenina del complemento ha sido censurada radicalmente por la reciente STJUE, de 15 de mayo de 2025, asuntos C-623/23 y C-626/23.

2.1.2. La integración de las lagunas de cotización en la pensión de jubilación

La ampliación del periodo de cotización tomado en consideración para el cálculo de la pensión contributiva de jubilación, llevado a cabo por la reforma de 2011 (Ley 27/2011), pasando progresivamente de 15 años (180 meses) a 25 años (300 meses) en el año 2022¹⁷, vino acompañada de nuevas reglas restrictivas para la integración de las lagunas de cotización en el cálculo de la pensión de jubilación (también en el cálculo de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común). Reglas restrictivas conforme a las cuales los meses sin obligación de cotización no se integrarían todos mediante el 100% la cotización mínima por ley, tal y como venía sucediendo con anterioridad, sino tan solo los primeros

¹⁴ Así lo establece para las cotizaciones ficticias del 237 LGSS la modificación del artículo 60.1 LGSS operada por el Real Decreto-ley 2/2023. Y para las cotizaciones ficticias del artículo 236 LGSS el Criterio de gestión 32/2021, de 23 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, incomprensiblemente no incorporado en la modificación legal efectuada por el referido Real Decreto-ley 2/2023.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Pueden consultarse en el siguiente enlace: [BM202401.pdf](#)

¹⁷ Artículo 209.1 LGSS y disposición transitoria 8ª LGSS producto de la reforma de 2011 (Ley 27/2011).

48 meses (4 años), y para el resto de meses la integración sería mediante el 50% de la cotización mínima, con el consiguiente perjuicio para los pensionistas¹⁸.

Esa regla restrictiva permanece formalmente en vigor tras el Real Decreto-ley 2/2023, si bien con profundas modificaciones materiales a tenor de la disposición transitoria 41ª LGSS introducida por la norma de urgencia de 2023. Modificaciones materiales dirigidas a la reducción de la brecha de género, con radical distinción entre las mujeres y los varones, lo que a todas luces constituye una genuina acción positiva para las mujeres¹⁹. De ahí su tratamiento en esta sede.

Para las mujeres la mejora consiste en la ampliación de la integración de las lagunas de cotización conforme al 100% de la cotización mínima durante un año más, es decir, durante los meses 49 a 60. Asimismo, entre los meses 61 a 80 la integración en lugar de limitarse al 50% de la cotización mínima, tal y como dispone el artículo 209.1.b) LGSS, se incrementa hasta el 80%. Puesto que no se exige a las mujeres no ya la dedicación al cuidado de la prole, sino ni siquiera la existencia misma de prole, la finalidad del beneficio para las mujeres consiste en la disminución de la brecha de género en la pensión de jubilación por cualesquiera motivos que dicha brecha pueda venir ocasionada, siempre en relación con las lagunas de cotización, incluido el cuidado de los hijos, pero también otros factores como la mayor exposición a los periodos de crisis económica, etc. Así aparece en la exposición de motivos del Real decreto-ley 2/2023 (apartado D).

Para los varones, en cambio, la ampliación de la integración de las lagunas de cotización en los términos antes expresados para las mujeres, más allá de lo ya previsto por el artículo 209.1.b) LGSS, viene condicionada, en primer lugar, por la existencia de algún hijo y, en segundo lugar, por el perjuicio profesional efectivo consecuencia del nacimiento y el cuidado de al menos uno de los hijos. Perjuicio profesional en los mismos términos ya vistos para el complemento para la reducción de la brecha de género asociado a la pensión de jubilación, con distinción entre los hijos nacidos o adoptados antes o después del 1 de enero 1995. En cualquier caso, no sería necesario el acceso al complemento para la reducción de la brecha de género para la aplicación del beneficio de la ampliación de la integración de las lagunas de cotización.

A diferencia del complemento para la reducción de la brecha de género, la acción positiva a que se viene haciendo referencia ahora podría ser de aplicación, en su caso, a los dos progenitores de un mismo hijo en común, de sexo diferente o del mismo sexo, siempre que en el caso de los varones concurriera el perjuicio profesional mencionado en el anterior párrafo.

¹⁸ Artículo 209.1.b) LGSS fruto de la reforma de 2011.

¹⁹ Disposición transitoria 41ª LGSS introducida por el artículo 1.41 del Real Decreto-ley 2/2023.

VIVERO SERRANO, *Seguridad Social y ...*, cit., 73 ss., y GONZÁLEZ COBALEDA, *El nuevo marco sobre la Brecha de Género y la integración de las lagunas de cotización: un lento camino para las trabajadoras por cuenta propia*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 2023, núm. 37, 93 ss. Asimismo, aunque con una perspectiva más amplia, MALDONADO MOLINA, *La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, 2023, núm. 475, 9 ss.

Adviértase que esta acción positiva solo está expresamente pensada para la pensión de jubilación y no así para la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común. La razón es que no pueden compararse los periodos de cotización tomados en consideración para el cálculo de ambas pensiones, de 25 años en la pensión de jubilación²⁰ y de tan solo ocho años en la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

En caso de cambio registral de sexo, pasando del sexo masculino al sexo femenino, no está del todo claro si la acción positiva que se viene estudiando se aplicaría solo para las lagunas de cotización a partir del cambio registral de sexo, o bien para cualesquiera lagunas de cotización, posteriores o anteriores al cambio registral de sexo. El artículo 46.4 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, apuntaría a la aplicación del beneficio propio de las mujeres solo para las lagunas de cotización posteriores al cambio registral de sexo, aunque está por ver tanto la interpretación de la norma en cuestión por la Administración de seguridad social como, sobre todo, por los jueces y tribunales.

Antes de cerrar este apartado, resulta necesario aludir al novedoso mecanismo de integración de determinadas lagunas de cotización para el cálculo de la pensión de jubilación en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA) mediante la modificación del artículo 322 LGSS. Un mecanismo que, a diferencia del que se acaba de presentar no contempla diferencia alguna entre las mujeres y los varones y ello pese a la existencia también en el RETA de una notable brecha de género en la pensión de jubilación²¹. Algo difícil de explicar. De forma sorprendente, la acción positiva para las mujeres que se acaba de presentar tendrá que esperar para entrar en vigor nada menos que hasta el 1 de enero de 2026, a la luz de la disposición final 10ª del Real Decreto-ley 2/2023. ¿Dónde está la extraordinaria y urgente necesidad del artículo 86.1 CE?

2.2. Las acciones positivas ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo

Antes de recordar brevemente los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre las acciones positivas para las mujeres en materia de seguridad social, conviene recordar que el Derecho español de origen interno es notablemente más favorable a las acciones positivas que el Derecho de la Unión Europea, lo que a la postre se refleja, expresa o implícitamente, en los pronunciamientos dichas altas cortes, nada refractarias a las acciones positivas.

²⁰ Artículo 209.1 LGSS y disposición transitoria 4ª.7 LGSS producto de la reforma operada por el Real Decreto-ley 2/2023.

²¹ Véase la información que aparece en el siguiente enlace, corroborada por las estadísticas oficiales del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: <https://www.epe.es/es/activos/20220309/brecha-pensiones-asalariados-autonomos-supe-ra-13342560>.

Por lo pronto, el artículo 9.2 de la Constitución española, que reconoce la perspectiva material o sustancial de la igualdad, no solo otorga cobertura genérica a las acciones positivas, sino que adicionalmente acoge una postura proactiva, de promoción de las actuaciones de los poderes públicos tendentes a la consecución de la igualdad material.

Postura proactiva de la Constitución española que tiene fiel reflejo en la legislación ordinaria tanto con carácter general en el artículo 6.7 de la Ley 15/2002 como de forma mucho más clara, y por lo que a las específicas medidas de acción positiva para las mujeres se refiere, en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 3/2007. Acciones positivas para las mujeres que cuentan también con cobertura *ad hoc*, desde la reforma operada en la disposición adicional 37ª LGSS por el Real Decreto-ley 2/2023, en el ámbito de la seguridad social contributiva.

Ni que decir tiene que las acciones positivas para las mujeres no son una patente de corso para los poderes públicos o para los particulares. Además de la obligada naturaleza coyuntural, las acciones positivas tienen que someterse a los límites provenientes de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad. Literalmente: “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” (art. 11.1 Ley Orgánica 3/1007). Y en términos muy parecidos: “Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan” (art. 6.7 Ley 15/2002).

Puesto que en el Derecho español de origen nacional las acciones positivas para las mujeres no solo están permitidas, sino que adicionalmente se benefician de diferentes mandatos de corte promocional, el juego limitativo de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad es relativamente laxo, contando los poderes públicos (y los privados, en su caso) responsables de la introducción de medidas de acción positiva para las mujeres con un notable margen de confianza, mayor si cabe en el ámbito de la seguridad social, donde es de sobra sabido que el legislador opera con un sobresaliente margen de manobra a juicio del Tribunal Constitucional.

Lo apenas dicho puede fácilmente apreciarse en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que afectan al complemento por maternidad o aportación demográfica, al complemento para la reducción de la brecha de género y al primero tras el reconocimiento del segundo para la madre de los mimos hijos en común.

Sobre el complemento por maternidad o aportación demográfica tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional antes de que lo hiciera el TJUE en diciembre de 2019. Ahora bien, no hubo pronunciamiento sobre el fondo de las cuestiones de inconstitucionalidad al no admitirse estas por razones procesales, por falta de adecuada fundamentación²². Lo cierto es que si el Tribunal Constitucional hubiera querido censurar dicho

²² AATC 61/2018, de 5 de junio, y 106/2019, de 2 de octubre.

complemento por considerarlo contrario al derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo a buen seguro lo habría hecho, sin que el impedimento procesal resultase insalvable.

La STS, 4ª, 29-6-2023, rec. 2808/2022, es la primera de una larga serie que afronta la compleja relación entre el anterior complemento por maternidad o aportación demográfica, mantenido como derecho transitorio a extinguir para sus beneficiarios a fecha 3 de febrero de 2021, y el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género. Confirma el Tribunal Supremo la plena y literal aplicación de la disposición transitoria 33ª LGSS producto del Real Decreto-ley 3/2021, que regula dicha relación compleja. Ninguna duda cabe de que la disposición transitoria 33ª LGSS es una acción positiva para las mujeres pues otorga una indiscutible preferencia al posterior complemento para la reducción de la brecha de género, altamente feminizado, sobre el anterior complemento por maternidad o aportación demográfica, de titularidad indistinta para mujeres y varones tras la STJUE, de 12 de diciembre de 2019 a la que después se hará referencia. La contundencia con la que el Tribunal Supremo aplica la acción positiva para las mujeres de la disposición transitoria 33ª LGSS, sin plantearse en momento la constitucionalidad o no de la norma legal, es una muestra muy reveladora de la generosidad con la que el Derecho español de origen nacional contempla las acciones positivas para las mujeres.

Por último, el complemento para la reducción de la brecha de género pudo haber sido rechazado por el Tribunal Supremo antes de que se pronunciara el TJUE. En lugar de hacerlo, el Tribunal Supremo se limitó a suspender la tramitación del correspondiente recurso de casación a la espera del TJUE²³. Espera que debe interpretarse como una manifestación de no beligerancia frente a esta acción positiva para las mujeres.

3. Las acciones positivas en el Derecho de la Unión Europea

Mientras el Derecho interno español se muestra propicio a las acciones positivas para las mujeres en materia de seguridad social, con una apuesta legislativa decidida en los últimos años y con un Tribunal Constitucional y un Tribunal Supremo nada beligerantes, el Derecho de la Unión Europea representa el polo opuesto. Corresponde ahora diseccionar este polo opuesto distinguiendo entre el marco normativo y la jurisprudencia del TJUE, la general y la específica de seguridad social.

²³ ATS, 4ª, 4-4-2024, rec. 4933/2022.

3.1. El marco normativo de la Unión Europea y la jurisprudencia general del TJUE

A diferencia de lo que sucede con el Derecho español de origen nacional, el Derecho de la Unión Europea no dispone de un reconocimiento de corte promocional o proactivo de las acciones positivas, limitándose a la mera y pasiva previsión de su existencia en los ordenamientos nacionales y exclusivamente por razón de sexo (y de discapacidad en el art. 26 CDFUE), aunque sin llegar a utilizar la expresión “para las mujeres”, sustituida por la más neutra “sexo menos representado”²⁴. Así sucede en el Derecho originario con los artículos 157.4 TFUE y 23 CDFUE.

La lógica pasiva del Derecho originario de la Unión Europea se traslada al Derecho derivado, el Derecho antidiscriminatorio articulado mediante diferentes directivas, que van más allá de la igualdad entre mujeres y hombres y abarcan también otros factores antidiscriminatorios como el origen racial o étnico, la edad, la discapacidad, la religión o convicción y la orientación sexual. En lo que aquí interesa, destaca la previsión del artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Para el Derecho de la Unión Europea en materia de acciones positivas para las mujeres o para otros colectivos desfavorecidos, la inexistencia de un reconocimiento de corte promocional se traduce en una lógica pasiva, en la que el enjuiciamiento de las acciones positivas emprendidas por los Estados miembros pierde autonomía y se subordina a la compatibilidad o no con la correspondiente causa de discriminación prohibida. Un análisis a la fuerza restrictivo, en el que prima la tutela antidiscriminatoria y las medidas de acción positiva se miran con más desconfianza que cautela. Y, por supuesto, sin rastro de acciones positivas para las mujeres protagonizadas por la propia Unión Europea.

Lo apenas dicho puede fácilmente apreciarse en la jurisprudencia del TJUE sobre las acciones positivas para las mujeres en el ámbito del acceso al empleo, la promoción profesional y la conciliación de la vida familiar y laboral desde el asunto *Kalanke* en el año 1995 hasta el asunto *Maïstrellis* en el año 2015, pasando por otros asuntos entre medias: *Marschall*, *Badeck*, *Abrahamsson*, *Lommers*, *Bribeche* y *Roca Álvarez*²⁵. De hecho, los artículos 157.4 TFUE y 23 CDFUE son en buena medida la respuesta a la jurisprudencia previa

²⁴ Este enfoque meramente pasivo y nada proactivo está muy presente en la reflexión de CRUZ VILLALÓN, *Las medidas de acción positiva*, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, vol. I, BOE, 2023, 342 ss.

²⁵ SASTRE IBARRECHE, *La acción positiva para las mujeres en el derecho comunitario*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2004, núm. 6; SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE*, en *Femeris*, 2019, núm. 2, 50 ss.; PUMAR BELTRÁN, “Acciones positivas para las mujeres en el empleo y la seguridad social: apuntes de derecho europeo”, en *Iustitia et Pulchritudo*, 2022, núm. 2, 9 ss.; CRUZ VILLALÓN, *Las medidas de ...*, cit., 337 ss.; y HERNÁNDEZ LINÁS, *La aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las acciones positivas en favor de la mujer trabajadora*, en MARTÍN GUARDADO (dir.), *Reflexiones y propuestas para el liderazgo femenino* Aranzadi, 2023, 289 ss.

del TJUE, aunque sin que con posterioridad a esos preceptos del Derecho originario la jurisprudencia del TJUE haya dado un salto cualitativo y dejado de ser cautelosa y restrictiva.

3.2. La jurisprudencia específica del TJUE sobre las acciones positivas en materia de seguridad social

Si las acciones positivas para las mujeres en el ámbito del empleo y la ocupación son contempladas por el TJUE con suma desconfianza, todavía peor es la mirada cuando las acciones positivas se proyectan en el campo de la seguridad social.

Al fin y al cabo, 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, no contiene precepto alguno que se refiera a las acciones positivas, seguramente por tratarse del “último mohicano” del primigenio Derecho antidiscriminatorio europeo en expresión del abogado general *Bobek*²⁶.

Lo más curioso es que la propia Directiva 79/7 legitima numerosas desigualdades de trato en las materias mencionadas en el artículo 7.1. Diferencias de trato, eso sí, que no responden a la razón de ser de las acciones positivas para las mujeres, sino a una visión paternalista de la seguridad social, propia de una época pasada en la que el trabajo a título lucrativo era muy mayoritariamente cosa de hombres y solo marginalmente de mujeres. Luego, las diferencias de trato amparadas por la Directiva 79/7, algunas favorables para las mujeres y otras desfavorables, no eran sino una manera de perpetuar un mercado laboral marcadamente masculino y solo marginalmente femenino.

Es verdad que nada impediría que algunas de las exclusiones del principio de igualdad de trato del referido artículo 7.1 pudieran emplearse en la actualidad con una filosofía distinta de la del pasado, dando cabida a genuinas acciones positivas para las mujeres. El problema son las estrecheces que imponen las materias del artículo 7.1: por ejemplo, permitirían acciones positivas sobre la edad de acceso a la pensión de jubilación, pero no sobre la cuantía de la pensión, salvo por el tiempo dedicado de manera real a la educación de la prole. Adicionalmente, las acciones positivas genuinas amparadas en el artículo 7.1 tendrían que ser anteriores a la entrada en vigor de la Directiva 79/7, o bien posteriores a la misma, pero siempre que guardaran conexión estrecha con diferencias de trato previas a la entrada en vigor. Y antes de la entrada en vigor de la Directiva 79/7 las acciones positivas para las mujeres en el campo de la seguridad social simplemente no existían como tales.

La mirada del TJUE refractaria a las acciones positivas para las mujeres en materia de seguridad social quedó claramente representada en dos asuntos relativos al Derecho francés, los asuntos *Griesmar* del año 2001 y *Leone* del año 2014²⁷. Y nada ha cambiado desde

²⁶ Conclusiones (párrafo 94) del abogado general *Michael Bobek* en el asunto C-450/18 que concluiría con la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, presentadas el 10 de septiembre de 2019. Puede consultarse en el siguiente enlace: *CURIA - Documentos*

²⁷ LOUSADA AROCHENA, *Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género*, en *Femeris*, 2019, núm. 2, 39 ss.

entonces a la vista de los dos asuntos sobre el Derecho español de los que pasa a darse cuenta a continuación.

3.2.1. El complemento por maternidad o aportación demográfica ante el TJUE: la Sentencia de 12 de diciembre de 2019

No es este el lugar adecuado para llevar a cabo un estudio exhaustivo de la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, que puso patas arriba el régimen legal español del complemento por maternidad al declarar la titularidad exclusivamente femenina contraria a la Directiva 79/7. Análisis exhaustivo ya realizado hasta la saciedad²⁸. Solo se pone el foco en el estudio de la referida sentencia y previamente de las Conclusiones del abogado general *Bobek*, de 10 de septiembre de 2019, desde el prisma de las medidas de acción positiva para las mujeres del artículo 157.4 TFUE.

La posible justificación de la titularidad exclusivamente femenina del complemento por maternidad o aportación demográfica como medida de acción positiva amparada en el artículo 157.4 TFUE tuvo en las Conclusiones de la Abogacía General una enorme importancia, apreciable desde la propia introducción, cuando en el correspondiente párrafo se afirmaba que se le planteaba al TJUE el reto de seguir el mismo enfoque de interpretación restrictiva de las medidas de acción positiva del 157.4 TFUE llevado a cabo en las sentencias *Griesmar* y *Leone*, o bien apartarse del mismo y avanzar hacia un planteamiento más ambicioso y moderno²⁹.

Ante semejante reto, el TJUE empezó con buen pie al considerar, bien es cierto que de forma más implícita que explícita³⁰, teóricamente aplicable el 157.4 TFUE en el ámbito de las genuinas prestaciones de seguridad social, las de carácter generalista y público sometidas a la Directiva 79/7, extendiendo así el ámbito de aplicación de ese decisivo y moderno precepto del Derecho originario de la Unión Europea (igualdad sustancial y medidas de acción positiva para alcanzarla) más allá del concepto estricto de “retribución” del 157.2 TFUE, comprensible solo de las prestaciones especiales y corporativas (privadas o públicas) de seguridad social, las que en la confusa terminología europea se denominan “prestaciones profesionales de seguridad social”, las de los artículos 1.c) y 2.1.f) de la Directiva 2006/54, precisamente las discutidas en las sentencias *Griesmar* y *Leone*.

El buen inicio respecto del juego justificativo del 157.4 TFUE se quedó simplemente en eso, pues el Alto Tribunal europeo decidió, sin apenas argumentación, no apartarse en

²⁸ VIVERO SERRANO, *Del complemento por...*, cit., 30 ss., y LOUSADA AROCHENA, *Seguridad Social pública y discriminación sexista en la Jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea y su aplicación en España*, en VICENTE PALACIO (COORD.), *Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia social*, Atelier, Barcelona, 2023, 301 ss. Asimismo, los autores mencionados en la nota núm. 12.

²⁹ Párrafo 3 de las Conclusiones.

³⁰ Nada dijo de forma expresa la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, sobre el particular (párrafos 64 y 65), aunque implícitamente aceptase en este punto la tesis de la Abogacía General, ampliamente expuesta en los párrafos 84 a 101 de las Conclusiones.

absoluto de la jurisprudencia *Griesmar* y *Leone*³¹, tal y como se había vaticinado tempranamente por la doctrina científica española³². Pese a los notables esfuerzos vertidos en las Conclusiones de la Abogacía General para apartarse de la interpretación restrictiva de las sentencias *Griesmar* y *Leone*, defendiendo, en la línea del criterio mantenido por la Comisión Europea, el empleo de las medidas de acción positiva para la compensación de las desventajas profesionales sufridas por las mujeres en su pasado laboral, lógicamente proyectadas hacia el futuro en las pensiones contributivas de seguridad social³³, la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, solo admitió restrictivamente la compensación vía acciones positivas de las desventajas profesionales sufridas por las mujeres de forma sincrónica, durante su vida laboral, excluyendo de plano cualquier compensación diacrónica, desde el pasado hacia el futuro, con concreción en el importe de las prestaciones de seguridad social en el momento de su reconocimiento³⁴.

Es verdad que las Conclusiones de la Abogacía General finalmente, y de nuevo comparando el criterio de la Comisión Europea, no admitieron la justificación excepcional de la titularidad exclusivamente femenina del complemento por maternidad por la vía de las medidas de acción positiva del 157.4 TFUE, debido a la no superación en el caso concreto del imprescindible juicio de proporcionalidad³⁵.

En fin, se crítica aquí que el TJUE no siguiera el planteamiento posibilista de las Conclusiones de la Abogacía General en materia de medidas de acción positiva del 157.4 TFUE³⁶. De haberlo hecho, y aunque el resultado final hubiera coincidido con el de las Conclusiones de la Abogacía General y el de la Comisión Europea, como contrapartida habría podido contar el futuro legislador español con una muy útil argumentación sobre el posible juego justificativo de las medidas de acción positiva para las mujeres del artículo 157.4 TFUE, y no ya en las Conclusiones sino en la propia STJUE, de 12 de diciembre de 2019.

En cualquier caso, la indudable influencia de algunos argumentos de las Conclusiones de la Abogacía General sobre las acciones positivas del artículo 157.4 TFUE en la configuración legislativa del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género de titularidad “privilegiadamente” femenina tiene un especial reflejo en la exposición de motivos o preámbulo del Real Decreto-ley 3/2021.

³¹ Parágrafos 64 y 65 de la Sentencia.

³² BALLESTER PASTOR, *El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea*, en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*, 2016, núm. 6, 87 ss., sin mención alguna de las medidas de acción positiva del artículo 157.4 TFUE.

³³ Parágrafos 102 a 112 de las Conclusiones.

³⁴ Parágrafo 65 de la Sentencia.

³⁵ Parágrafos 115 a 122 de las Conclusiones.

Un análisis más detallado del juicio de proporcionalidad llevado a cabo por el abogado general Bobek, compartido grosso modo, puede verse en VIVERO SERRANO, *Del complemento por ...*, cit., 44-45.

³⁶ Comparte la interesante lectura de las medidas de acción positiva efectuada por las Conclusiones de la Abogacía General, MOLINA NAVARRETE, *Brecha de género ...*, cit., 188 ss.

No puede cerrarse este epígrafe sin dejar constancia del difícil escenario legislativo que tenía ante sí el TJUE, el callejón sin salida creado por el legislador español en el año 2015. En efecto, se le puede achacar al TJUE la utilización de unas argumentaciones con escasa o nula sensibilidad de género. Se le puede achacar igualmente no haber aprovechado mejor el camino de las medidas de acción positiva del artículo 157.4 TFUE, hábilmente despejado por las Conclusiones de la Abogacía General. No se le puede imputar, en cambio, la solución alcanzada, la declaración de incompatibilidad de la titularidad exclusivamente femenina del complemento por maternidad o aportación demográfica con el Derecho de la Unión Europea, representado por la Directiva 79/7.

3.2.2. El complemento para la reducción de la brecha de género ante el TJUE: la Sentencia de 15 de mayo de 2025

“El hombre es el único animal que tropieza dos veces con la misma piedra” dice el conocido proverbio presente en diferentes lenguas latinas. Pues el legislador español de urgencia del año 2021 hizo bueno el proverbio y demostró su descarnada humanidad.

También la había demostrado años antes el legislador francés tropezando dos veces con la misma piedra del TJUE (asuntos *Griesmar* de 2001 y *Leone* de 2014). Tropiezos por partida doble, el de los legisladores francés y español, con un elemento en común, a saber, acciones positivas para las mujeres en materia de pensiones de seguridad social.

Era un secreto a voces que el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género difícilmente podría superar el cicatero filtro del TJUE. Era un secreto a voces al menos desde que meses atrás se supo que no habría ni conclusiones de la Abogacía General ni vista oral. Y el secreto a voces se ha confirmado plenamente el día de san Isidro Labrador, una vez pronunciada en audiencia pública la STJUE, de 15 de mayo 2025, asuntos C-623/23 y C-626/23, que considera que el referido complemento, de titularidad “privilegiadamente” femenina (*de iure* y no solo *de facto*), no es compatible con la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, no encontrando cobijo en los artículos 157.4 TJUE y 23 CDFUE.

La STJUE, de 15 de mayo de 2025, resuelve dos de las tres cuestiones prejudiciales presentadas por jueces y tribunales españoles³⁷. Sentencia tan esperada como relevante y de ello dan buena cuenta los tres *briefs* publicados por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social apenas hecha pública la sentencia del Alto Tribunal europeo³⁸.

³⁷ Asuntos prejudiciales acumulados C-623/23 y C-626/23, Melbán y Segamo, provenientes del Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona y del TSJ de Madrid, respectivamente. Sobre estas cuestiones prejudiciales, MALDONADO MOLINA, *Las cuestiones prejudiciales sobre el complemento para la reducción de la brecha de género*, *Briefs AEDTSS*, núm. 37/2024.

No se ha encontrado en el buscador oficial InfoCuria Jurisprudencia la cuestión prejudicial supuestamente planteada por el Juzgado de lo Social número 5 de Santander (Auto de 27 de febrero de 2024), que sí se menciona, en cambio, en el *ATS*, 4ª, 4-4-2024, rcud 4933/2022.

³⁸ VIVERO SERRANO, *El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género fulminado por el TJUE*, *Briefs AEDTSS*, núm. 54/2025; MOLINA NAVARRETE, *Los hombres del Tribunal de Justicia y el “mito del varón discriminado”*: ¿punto

Tiempo habrá de acometer un análisis en profundidad del pronunciamiento del TJUE y de sus consecuencias, unas muy evidentes y otras no tanto. Ahora toca centrarse por encima de todo en la explicación de la perplejidad que el fallo del TJUE a buen seguro habrá provocado en la comunidad jurídica española.

Resulta difícil de aceptar, de ahí la generalizada perplejidad, que una auténtica acción positiva para las mujeres, como es el complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género, que cuenta con un amplio respaldo político (Versión 2020 del Pacto de Toledo y programa de gobierno PSOE-SUMAR), que tiene un incuestionable y proactivo fundamento normativo en el Derecho interno español (arts. 9.2 CE, 11 Ley Orgánica 3/2007, 6.7 Ley 15/2022 y d. a. 37ª LGSS) y que, de una u otra forma, no se ha encontrado con la beligerancia ni del Tribunal Constitucional (AATC 61/2018 y 106/2018, relativos al anterior complemento por maternidad) ni del Tribunal Supremo (STS, 4ª, 29-6-2023, rcud 2808/2022, y ATS, 4ª, 4-4-2024, rcud 4933/2022), no haya sido capaz de superar el enjuiciamiento del TJUE.

Por mucho que cueste aceptarlo, hay que entender que en materia de acciones positivas para las mujeres en el ámbito de la seguridad social el Derecho interno español es mucho más avanzado que el Derecho de la Unión Europea, siendo este marco normativo (arts. 157.4 TFUE y 23 CDFUE y Directiva 79/7) mucho menos propicio que el marco interno español. Y, lo que es más importante, con un TJUE que a la altura del año 2025 sigue sin creer en las acciones positivas para las mujeres que se traduzcan en un incremento del importe de las pensiones y una disminución de la brecha de género prestacional. Y no se olvide que el TJUE es un tribunal “pretoriano”, que crea Derecho. Y eso vale tanto cuando gusta como cuando disgusta.

Las acciones positivas para las mujeres como manifestación avanzada de la profundización de la perspectiva de género en materia de seguridad social exigen un diseño legal extremadamente equilibrado, una muy cuidadosa combinación entre ingredientes conservadores y atentos al Derecho antidiscriminatorio europeo, nada propicio en lo que a las acciones positivas para las mujeres se refiere, e ingredientes más audaces e innovadores, que permitan realmente una profundización de la todavía incipiente perspectiva de género en el ámbito de la seguridad social, avances cualitativos, absolutamente necesarios para que la igualdad acabe siendo real y efectiva (art. 9.2 CE).

El legislador español de urgencia del año 2021 (con una pobre reforma parcial en el 2023 a través del Real Decreto-ley 2/2023) decidió apostar fuerte, no escatimando ingredientes audaces en el diseño del complemento para la reducción de la brecha de género, muy en particular mediante la titularidad “privilegiadamente” femenina y solo marginalmente masculina. Pero el legislador de urgencia no se conformó con esa audacia controlada y

ciego” para la perspectiva de género?, Briefs AEDTSS, núm. 55/2025; y MORENO ROMERO, STJUE de 15 de mayo de 2025, sobre el complemento para la reducción de la brecha de género: ¿y ahora qué? El derecho y del deber del sistema de seguridad social a defenderse, Briefs AEDTSS, núm. 57/2025.

fue mucho más allá, asumiendo un riesgo rayano en la temeridad. Se asumió un riesgo temerario mediante la exigencia para los progenitores varones de la prueba de un perjuicio profesional cualificado ligado al nacimiento y el cuidado de cada hijo, sin que el ejercicio por los varones de los típicos derechos de conciliación de la vida familiar y laboral garantizase por sí solo el acceso al complemento, condicionado inexplicablemente a la percepción de una pensión contributiva de seguridad social de importe inferior a la correspondiente pensión de la madre del mismo hijo en común. ¿Por qué?

Asimismo, no se comprende que se aprovecharan materiales del derruido complemento por maternidad que fueron censurados no solo por la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, sino también por las muy avanzadas consideraciones del abogado general *Bobek* en sus Conclusiones previas a esa sentencia. Se trata de la exclusión de las madres beneficiarias de pensiones asistenciales y de las madres beneficiarias de pensiones contributivas causadas con anterioridad al 1 de enero de 2016, precisamente las más afectadas por la brecha de género por el momento en que desarrollaron o intentaron desarrollar su carrera profesional. Incluso, la exclusión de las madres de un solo hijo beneficiarias de pensiones contributivas causadas antes del 4 de febrero de 2021, fecha de entrada en vigor del nuevo complemento. Eso por no hablar de la inclusión de las madres pensionistas por viudedad, sin coherencia alguna desde la perspectiva de la reducción de la brecha de género. E igualmente incoherente desde esa perspectiva resulta la atribución del nuevo complemento a las madres beneficiarias de pensiones máximas, en las que por definición la brecha de género prestacional resulta imposible.

En definitiva, aunque al legislador de urgencia español del año 2021 no se le pueda imputar el mismo desaliño que al legislador del año 2015, lo cierto es que en el diseño del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género primaron claramente las aproximaciones política, sociológica y axiológica sobre la jurídica, relegando la técnica normativa necesaria para la superación del enjuiciamiento del TJUE. Y es que no basta con querer combatir la odiosa brecha de género en materia de pensiones, como no basta tampoco con la audacia de afrontar la lucha mediante una genuina acción positiva para las mujeres, siendo igual de importante diseñar técnicamente esa acción positiva de conformidad con las formas jurídicas que más posibilidades tengan de salir airoso ante el TJUE, dando por seguro el cuestionamiento prejudicial.

Para la sentencia del TJUE que ahora se comenta el solo hecho de exigir a los varones unos requisitos relacionados con el perjuicio profesional derivado del nacimiento y el cuidado de cada hijo, que no se aplican a las mujeres, sin necesidad de añadir otras consideraciones críticas como las expuestas, condena irremediabilmente al legislador español del año 2021. Una condena en la que el TJUE demuestra no poca pereza argumentativa. De hecho, la STJUE, de 15 de mayo de 2025, sigue a pies juntillas los argumentos de la previa STJUE, de 12 de diciembre de 2019, la que tumbó el complemento por maternidad. Empieza considerando que la titularidad “privilegiadamente” femenina del complemento para la reducción de la brecha de género constituye una diferencia de trato contraria al artículo 4.1 de la Directiva 79/7 y a partir de ahí rechaza todas las posibles justificaciones de la diferencia de trato en perjuicio de los varones. Rechaza la justificación del artículo

4.2 de la Directiva 79/7 al no estar realmente en juego una tutela ligada a la maternidad stricto sensu. Rechaza la justificación del artículo 7.1.b) al no existir conexión necesaria entre el reconocimiento del complemento y la previa dedicación efectiva a la educación de la prole. Y, por último, rechaza la justificación más compleja, la del juego de las acciones positivas para las mujeres al amparo del artículo 157.4 TFUE, y del artículo 23 CDFUE, claramente inspirado en el anterior precepto del Derecho originario de la Unión Europea. Al igual que sucedió con la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, el Alto Tribunal europeo decide, sin apenas argumentación, no apartarse en absoluto de la jurisprudencia *Griesmar* y *Leone*. Pese a los notables esfuerzos vertidos en las Conclusiones de la Abogacía General, en septiembre de 2019, para apartarse de la interpretación restrictiva de las sentencias *Griesmar* y *Leone*, defendiendo, en la línea del criterio mantenido por la Comisión Europea, el empleo de las medidas de acción positiva para la compensación de las desventajas profesionales sufridas por las mujeres en su pasado laboral, lógicamente proyectadas hacia el futuro en el momento de reconocimiento de las pensiones contributivas de seguridad social, la STJUE, de 15 de mayo de 2025, solo admite restrictivamente la compensación vía acciones positivas de las desventajas profesionales sufridas por las mujeres de forma sincrónica, durante su vida laboral, excluyendo de plano cualquier compensación diacrónica, desde el pasado hacia el futuro, con concreción en el importe de las pensiones en el momento de su reconocimiento.

Una lástima que el TJUE no haya querido explorar el terreno posibilista descubierto por las Conclusiones del abogado general *Bobek* en septiembre de 2019. De haberlo hecho la discusión habría girado en torno a la concreta configuración de la acción positiva para las mujeres diseñada por el legislador español en el año 2021, con superación o no de las exigencias de temporalidad y de proporcionalidad que toda acción positiva ex artículo 157.4 TFUE a la fuerza ha de reunir.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona, la C-623/23, el TJUE considera que el hecho de que el reconocimiento para el padre del complemento para la reducción de la brecha de género comporte la pérdida de ese mismo complemento para la madre es perfectamente compatible con la Directiva 79/7, exactamente lo mismo que cuando suceda lo contrario, el reconocimiento del complemento para la madre y la pérdida sobrevenida del complemento para el padre. Yes que el criterio legal español de titularidad simultánea única del complemento por cada hijo en común es ajeno al enjuiciamiento del TJUE, que lo considera una materia de competencia exclusiva de la jurisdicción española.

¿Y ahora qué? Lo más importante, no repetir los numerosos errores políticos y administrativos cometidos tras el “derrumbe” del anterior complemento por maternidad, con una litigiosidad todavía inagotable años después del seísmo con epicentro en Luxemburgo. En este sentido, hay que aprobar cuanto antes un criterio de gestión que contenga la litigiosidad y dificulte que los bufetes *low cost* hagan su agosto como lo hicieron años atrás con el anterior complemento, al tiempo que dificulte que la creatividad judicial acabe reconociendo el complemento para ambos progenitores, algo en lo que el TJUE elude entrar por ser ajeno a su competencia. Un reconocimiento judicial del complemento para ambos

progenitores que sería claramente *contra legem*, aunque no faltarán ejemplos de activismo judicial en dicho sentido.

Se trata de aprovechar un elemento del diseño legislativo no cuestionado por el TJUE en su sentencia de 15 de mayo de 2025, esto es, el carácter único del complemento, cuya titularidad solo puede corresponder simultáneamente a uno solo de los progenitores del mismo hijo en común (art. 60.3.a] LGSS), siendo el vigente criterio legal de atribución el de la pensión (o de las pensiones de ser varias) de inferior cuantía. De esta manera, la mayoría de las personas beneficiarias seguirán siendo mujeres al ser en promedio sus pensiones más bajas, actuando así el complemento como una acción positiva para las mujeres de naturaleza indirecta.

Evidentemente, ese criterio solo resultaría de aplicación en el momento en que ambos progenitores fuesen titulares de una pensión contributiva susceptible de complemento. Mientras tanto, la Administración de la seguridad social debería reconocer, sin necesidad de judicialización, las solicitudes presentadas por varones padres de uno o más hijos, siempre que en el momento del hecho causante de la pensión contributiva del padre la madre no fuese ya pensionista con derecho al complemento. Y una vez que la madre también lo fuese, habría que recurrir a la asignación única del complemento conforme al criterio citado.

4. ¿Qué futuro para las acciones positivas?

Parece evidente que el futuro de las acciones positivas para las mujeres en materia de seguridad social no se juega tanto en el Derecho español de origen interno, con el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo como guardianes, como en el Derecho de la Unión Europea, con el filtro definitivo y prevalente del TJUE.

¿Tienen futuro las acciones positivas para las mujeres a la vista de la STJUE, de 15 de mayo de 2025? No, pero con matices. No las genuinas acciones positivas, las directas o *de iure*, cuando se proyecten sobre el importe de las pensiones y en el momento mismo de su reconocimiento.

A este respecto, haría bien el legislador español, de urgencia a ser posible, en derogar antes del 1 de enero de 2026, fecha de su entrada en vigor, la acción positiva para las mujeres introducida por el Real Decreto-ley 2/2023 y ubicada en la disposición transitoria 41ª LGSS, consistente en un régimen privilegiado para las mujeres (no necesariamente madres) de integración de las lagunas de cotización en el momento del cálculo de la pensión de jubilación. De no hacerlo así sería solo cuestión de tiempo un tercer tropiezo con la misma piedra del TJUE.

Igualmente, no debería el legislador español empeñarse en seguir luchando contra el refractario e inamovible marco normativo de la Unión Europea. Es evidente que el TJUE no ha querido abrir la mano con las acciones positivas en materia de importe de las pensiones de seguridad social, sin mencionar siquiera las posibilidades exploradas en septiembre

de 2019 por las Conclusiones del abogado general *Bobek*. Sería ilusorio pensar, al menos a corto plazo, en un drástico cambio de pensamiento dentro del TJUE.

Por otro lado, muchos países de la Unión Europea no tienen ningún interés en modificar el “último mohicano” del Derecho antidiscriminatorio europeo, la Directiva 79/7, pues les permite mantener *sine die* unas históricas diferencias de trato (desfavorables o favorables para las mujeres, según los casos y los países) presentes en sus ordenamientos de seguridad social, que quedan vedadas para países como España, sin esas mismas diferencias históricas. Y si no es previsible en los próximos años una modificación de la Directiva 79/7, el específico marco jurídico europeo atinente a la seguridad social no puede ser más hostil para las acciones positivas para las mujeres, no contempladas ni expresa ni implícitamente en la Directiva 79/7. Al contrario, las diferencias históricas que la Directiva 79/7 permite perpetuar están inspiradas en un modelo de mercado laboral en el que el trabajo es cosa de hombres y solo marginalmente de mujeres.

Debería el legislador español renunciar a las acciones positivas directas o *de iure* y conformarse con las menos atractivas políticamente acciones positivas indirectas o *de facto*. El caso, sin ir más lejos, de las medidas de seguridad social (y laborales también) en el terreno de la conciliación de la vida laboral y familiar, cuya mejora en los últimos años, por ejemplo, a través del Real Decreto-ley 2/2023, ninguna duda cabe de que forman parte de la profundización de la perspectiva de género en materia de seguridad social³⁹.

Tras la STJUE, de 15 de mayo de 2025, el criterio de atribución del complemento único para la reducción de la brecha de género en vigor, el del importe inferior de las pensiones susceptibles de complemento, juega a favor de las mujeres. Y lo mismo sucedería si se introdujera legalmente otro criterio más, el del ejercicio de los típicos derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, o bien la salida del mercado laboral con ocasión del nacimiento y el cuidado de la prole. Hay muchas posibilidades que el legislador podría manejar para beneficiar más a las mujeres que a los varones sin apenas riesgo de tropiezo europeo.

Con todo, y sin salir del campo de las acciones positivas para las mujeres indirectas o *de facto*, con un enorme potencial en aras de la profundización de la perspectiva de género en materia de seguridad social, para los progenitores futuros sería conveniente idear un mecanismo distinto, que continuase teniendo como finalidad principal la reducción de la brecha de género en materia de pensiones de seguridad social, pero que además extendiera sus efectos a la reducción de la brecha de género en el resto de prestaciones contributivas de seguridad social como la incapacidad temporal, el desempleo, etc. Asimismo, debería cumplir ese nuevo mecanismo una función de incentivo de la natalidad, vital para la sostenibilidad de cualquier sistema de reparto como el sistema español de seguridad

³⁹ GONZÁLEZ ORTEGA Y BARCELÓN COBEDO, *El Real Decreto-ley 2/2023: las reformas en materia de ámbito subjetivo, prestaciones y sostenibilidad del sistema*, en *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 105, 16-17.

social. Por último, sería muy útil que cumpliera también ese nuevo mecanismo una finalidad de fomento de la corresponsabilidad parental en el ejercicio de los típicos derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, tan del gusto de la Unión Europea.

El mecanismo en cuestión, aquí tímidamente esbozado⁴⁰, tendría que girar en torno al incremento ficticio de las cotizaciones por cada hijo computable y durante algún tiempo (a determinar), de manera que las cotizaciones reales de uno de los progenitores se verían incrementadas mediante el correspondiente plus ficticio, con financiación general o tributaria. Y esas mayores cotizaciones no solo afectarían en el futuro lejano al cálculo de las correspondientes pensiones contributivas de seguridad social, sino que desplegaría sus efectos desde el primer momento en caso de acceso a cualesquiera prestaciones contributivas de seguridad social como la incapacidad temporal, el nacimiento y cuidado de menor, el desempleo, etc. Los progenitores desde el primer momento percibirían la utilidad de sus cotizaciones sociales ficticiamente incrementadas con cargo al Estado.

Debería tratarse de un derecho de titularidad neutra, aunque previsiblemente y durante mucho tiempo la mayoría de las personas beneficiarias serían mujeres. El criterio principal de atribución a uno solo de los dos progenitores debería conectarse con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. En caso de ejercicio de esos derechos por parte de ambos progenitores o de ausencia de ejercicio por ambos, quizá el acuerdo entre los progenitores debería ser el criterio a seguir. Y en ausencia de acuerdo, atribución para el progenitor con cotizaciones más bajas en el momento del nacimiento o de la adopción. Y, a modo de cierre, de resultar las cotizaciones idénticas, atribución del beneficio a las mujeres (y si ambas fuesen mujeres, atribución excepcional para las dos, al 50%).

Por último, cabría incluso acudir a una genuina acción positiva para las mujeres mediante la titularidad privilegiadamente femenina, supeditada exclusivamente al no ejercicio por parte de los varones de los típicos derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. Ciertamente, una medida de acción positiva así configurada tendría el riesgo de tropezar de nuevo con la misma piedra del TJUE, aunque aparentemente la jurisprudencia europea en torno al artículo 157.4 TFUE daría cobertura a una medida así, constituyendo un beneficio profesional para las mujeres de carácter sincrónico, desplegado en el momento del perjuicio profesional al que en promedio las mujeres están mucho más expuestas que los hombres con motivo del nacimiento y la educación de la prole.

⁴⁰ VIVERO SERRANO, *Del complemento por ...*, cit., 236 ss.

