

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA

Criterio de gestión: 11/2021

Fecha: 4 de mayo de 2021

Materia: Complemento para la reducción de la brecha de género.

ASUNTO:

El artículo 1 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, da nueva redacción al artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), estableciendo el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

El complemento por maternidad correspondiente a la anterior redacción del citado artículo 60 del TRLGSS se mantiene en vigor conforme a la disposición transitoria trigésima tercera del TRLGSS.

CRITERIO DE GESTIÓN:

Con el objeto de homogeneizar la gestión de los centros gestores en la aplicación de la nueva redacción del artículo 60 del TRLGSS, se establecen las siguientes pautas de actuación:

1. El actual apartado 3 del artículo 60 del TRLGSS dispone que *“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.**”*

De la Exposición de Motivos del citado Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero se infiere que, al igual que ocurría con el complemento por maternidad, tampoco en el complemento para la reducción de la brecha de género el bien jurídico protegido es el hecho del parto -ya que incluso los hombres pueden percibirlo si reúnen determinados requisitos-, sino el reflejo que en el ámbito de las pensiones de ambos progenitores pueda ocasionar las tareas de cuidados de los hijos derivadas del nacimiento o adopción.

En consecuencia, procede exigir que se adquiriera la personalidad civil, sin que quepa aplicar lo dispuesto en el artículo 8 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, mediante el que cabe computar un feto que no llega a adquirir personalidad siempre que hubiera permanecido en el seno materno ciento ochenta días.

Sin embargo, aun cuando deba exigirse personalidad civil, la expresa mención a nacer “*con vida*” que se añade en la nueva regulación del artículo 60 del TRLGSS parece indicar que, con independencia de la fecha en que el nacimiento se haya producido, debe atenderse a la nueva redacción del artículo 30 del Código Civil, conforme a la cual “*la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.*” Decae así la posibilidad de atender a la redacción del citado precepto del Código Civil vigente hasta el 22 de julio de 2011, conforme a la cual sólo se reputaba nacido el feto que tuviera figura humana y viviese veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

Por lo tanto, **para el cómputo de los hijos a efectos del complemento para la reducción de la brecha de género, será necesario que hayan nacido con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, con independencia de la fecha en que se haya producido el nacimiento.**

2. Conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 60 del TRLGSS, “*Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:*

(...)

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

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

(...)”

En relación con la condición 1ª de letra b) del apartado 1 del citado artículo cabe hacer las siguientes precisiones:

- 2.1** En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, se exige que exista una falta de cotización de más de 120 días entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha, se

cuestiona si dicho vacío de cotización debe ser un periodo continuo o puede ser el resultado de la suma de periodos alternos sin cotizar.

Puesto que el objetivo del complemento para la reducción de la brecha de género es tratar de paliar el perjuicio en la carrera de cotización de los interesados y su repercusión en su derecho a pensiones y dicho perjuicio se produce igualmente si la falta de cotización tiene lugar en un mismo periodo ininterrumpido o en periodos sucesivos y, teniendo asimismo en cuenta que la norma no indica la necesidad de que el periodo sin cotización sea un periodo ininterrumpido, cabe concluir que **el requisito podrá entenderse cumplido siempre y cuando se alcancen los días sin cotización requeridos dentro del periodo establecido, resultando indiferente la forma (en un mismo periodo ininterrumpido o en periodos sucesivos) en que se produzca ese vacío de cotización.**

- 2.2** Según el artículo 60.1 del TRLGSS el complemento para la reducción de la brecha de género se reconoce por haber *“tenido uno o más hijos”*. Asimismo, la letra a) del apartado 3 del citado artículo señala que *“cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento”*.

Aunque la norma no señala expresamente que deban tenerse más de 120 días sin cotización por cada hijo, se considera que **debe exigirse dicho vacío de cotización por cada uno de los hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994**, ya que por cada uno de ellos puede reconocerse un complemento para la reducción de la brecha de género.

En todo caso, **se excepcionan los periodos de parto, adopción o acogimiento múltiple**, en los que el mismo vacío de cotización computará a efectos de considerar cumplido este requisito para beneficiarse del complemento correspondiente a cada uno de los hijos.

Nada impide que, de tenerse más de 120 días sin cotización por un hijo y cumplirse los demás requisitos, **pueda reconocerse un complemento por uno solo de los hijos, denegándose el complemento correspondiente a otro hijo, si por este último no se reúnen los requisitos necesarios.**

- 2.3** Según el apartado 1 del artículo 60, *“(…) Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos: (...)”*

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

1.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres

años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer. (...)”

Conforme a una primera interpretación del precepto anterior, cabría entender que los requisitos de *“haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento”* y *“tener más de 120 días sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento de su hijo y los 3 años posteriores al nacimiento”*, son dos requisitos distintos, de forma que, aunque se produzca esa falta de cotización de 120 días, no se podría acceder al complemento si no hay una interrupción del alta en la Seguridad Social. Esta interpretación consideraría, además, que *“haber visto afectada su carrera profesional”* también equivaldría a *“haber interrumpido”* su carrera profesional.

Sin embargo, también sería posible una segunda interpretación, conforme a la cual el requisito contenido en la letra b) de haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento se concretaría y se entendería cumplido siempre que se reúnan las condiciones posteriores que se establecen para cada caso. Es decir, la letra b), por sí sola, no concretaría lo que se entiende por interrumpir o ver afectada la carrera profesional, por lo que para ello habría que atender a las condiciones 1ª, 2ª, 3ª y 4ª subsiguientes para ver si se da esa interrupción o afectación de la carrera profesional. De seguirse este planteamiento resultaría que bastaría con tener más de 120 días sin cotización dentro del periodo establecido para entender que se cumple el requisito exigido, ya que esos días sin cotización dentro del periodo marcado implicarían que se produce la “afectación en la carrera profesional” que marca la norma.

La norma no indica que deba existir un alta previa que se extinga o se interrumpa, ya que junto con la interrupción se habla de *“afectación de la carrera profesional”*, pudiendo ésta consistir precisamente en una falta de alta por no poder acceder a un puesto de trabajo en el periodo marcado.

Una lectura detallada del precepto permitiría concluir que la norma pretende ser flexible. Esta flexibilidad se observa en el hecho de que, pese a que la letra b) habla de interrupción o afectación de la carrera profesional *“con ocasión del nacimiento”*, el periodo que se marca en la condición 1ª no empieza con el nacimiento del menor sino 9 meses antes, por lo que la falta de cotización anterior al mismo también se tiene en cuenta para considerar cumplido el requisito. Se pretende subsanar la falta de actividad laboral 9 meses antes del nacimiento hasta 3 años después, que lastra la carrera de cotización y en consecuencia las futuras pensiones.

La falta de cotización durante los 120 días que establece la norma no tiene por qué ser consecuencia de un trabajo que se extingue, sino que puede ser resultado de la falta de un alta por la imposibilidad de acceder al mercado laboral. Haber accedido al mercado laboral tardíamente por razón del cuidado de los hijos, aunque posteriormente no se haya visto interrumpida la carrera profesional una vez que se

logra acceder a un puesto de trabajo, no implicaría que el interesado no se haya visto afectado por el nacimiento, ya que esa incorporación tardía al mercado laboral también lastra la carrera profesional y conlleva la falta de cotización y el perjuicio en las pensiones que se pretende subsanar con el complemento para la reducción de la brecha de género, tal y como se expone en el Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2020.

La letra b) establece que esa interrupción o afectación en la carrera profesional se produce “con arreglo a las siguientes condiciones”, por lo que puede entenderse que éstas definen dicha interrupción o afectación. En razón de lo expuesto, **para entender que se cumple el requisito exigido bastaría con tener más de 120 días sin cotización dentro del periodo establecido, sin que tenga que producirse necesariamente una interrupción con posterioridad al alta** para entender que la carrera profesional del interesado se ha visto afectada por el nacimiento.

- 2.4** Se cuestiona cómo actuar en aquellos casos en los que no han transcurrido 24 meses desde el nacimiento o adopción hasta la fecha del hecho causante de la pensión.

Según la condición 2ª del artículo 60.1.b) del TRLGSS, una de las formas de comprobar que los hombres han visto afectada su carrera profesional con ocasión de nacimiento o adopción de un hijo es 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.

En aquellos casos en los que no se reúnen las bases de cotización requeridas para determinar que la suma de las mismas sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, por causar el interesado derecho a una pensión antes de que transcurran veinticuatro meses más desde el nacimiento o adopción, no se cumple el literal de la norma, que establece una comparación de bases de cotización por un número concreto de meses.

Tampoco parece que este supuesto guarde relación con la finalidad del complemento para la reducción de la brecha de género que se desprende del Preámbulo del citado Real Decreto-ley 3/2021, esto es subsanar de alguna forma el perjuicio en la carrera de cotización ocasionado por el nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de las tareas de cuidado, ya que la carrera de cotización no se vería afectada por dichas tareas de cuidado, sino por la edad (en caso de acceso a una pensión de jubilación) o por motivo de una incapacidad (en caso de acceso a una pensión de incapacidad permanente).

Por tanto, no se cumpliría la condición 2ª del artículo 60.1.b) del TRLGSS para el acceso al complemento para la reducción de la brecha de género.

- 3.** La disposición transitoria trigésima tercera del TRLGSS establece lo siguiente:

«Quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo.»

La percepción de dicho complemento de maternidad será incompatible con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro.

(...)»

Por otra parte, el artículo 163 del TRLGSS, en la redacción dada por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, señala lo siguiente:

«1. Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente.»

En caso de que se cause derecho a una nueva pensión que resulte incompatible con la que se viniera percibiendo, la entidad gestora iniciará el pago o, en su caso, continuará con el abono de la pensión de mayor cuantía, en términos anuales, con suspensión de la pensión que conforme a lo anterior corresponda.

No obstante, el interesado podrá solicitar que se revoque dicho acuerdo y optar por percibir la pensión suspendida. Esta opción producirá efectos económicos a partir del día primero del mes siguiente a la solicitud.»

Ambos preceptos se complementan, de forma que **la Entidad gestora, conforme al artículo 163 del TRLGSS, puede reconocer el más beneficioso (sin que sea necesario que los interesados se manifiesten expresamente por un complemento u otro con carácter previo a su reconocimiento), sin perjuicio de la facultad del interesado de poder optar expresamente por el otro si así lo desea.**

4. El artículo 60.3 del TRLGSS establece que el complemento para la reducción de la brecha de género tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva. Asimismo, el apartado c) del artículo 60.3 del TRLGSS determina que *“el complemento será satisfecho en catorce pagas, junto con la pensión que determine el derecho al mismo.”*

Por otra parte, el punto 5 del artículo 60 establece que, *“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.”

Por todo lo anterior, se concluye que la naturaleza jurídica que otorga el Real Decreto-ley 3/2021 al complemento para la reducción de la brecha de género es la de pensión pública contributiva sujeta a las mismas características en cuanto a nacimiento, suspensión y extinción que la pensión a la que complementa. Por tanto, **procede abonar el complemento en proporción al pago inicial de la pensión de que se trate, cesando desde dicho momento el pago del complemento por maternidad que se venía percibiendo.**

En línea con esta interpretación cabe señalar, como ejemplo, el apartado f) del artículo 60.3 del TRLGSS, referido al derecho al complemento por totalización de periodos de seguro a prorrata temporis en aplicación de normativa internacional, que establece la percepción del complemento de forma prorrateada, aplicado a la pensión a la que acompaña.

5. El punto 2 del artículo 60 del TRLGSS determina que *“el reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor (...)”*.

Asimismo, la condición 4ª del artículo 60.1.b) establece que *“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”*.

El derecho al complemento de maternidad percibido por la madre que, en razón del derecho del otro progenitor al complemento para la reducción de la brecha de género, se haya extinguido o haya visto disminuida su cuantía, no podrá reactivarse por el fallecimiento del otro progenitor, ya que el derecho al complemento se determina en el momento en que se produce el derecho a la pensión contributiva, momento en el que se verifica el cumplimiento de los requisitos necesarios.

6. El tercer párrafo de la disposición transitoria trigésima tercera del TRLGSS establece:

“(...) En el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 de esta ley o de la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde 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 dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta”.

En caso de que el otro progenitor tenga hijos en común con dos madres beneficiarias del complemento por maternidad, y se compruebe que cumple los requisitos para acceder al complemento para la reducción de la brecha de género por los hijos comunes a ambas beneficiarias del complemento de maternidad, la cuantía máxima que podrá alcanzar el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género deberá repartirse proporcionalmente entre el número de hijos comunes con cada una de las madres y dicha cuantía se deducirá de los complementos por maternidad que aquéllas venían percibiendo.

Ejemplo: En el caso de un hombre que tenga cinco hijos en total con dos beneficiarias del complemento por maternidad distintas, procederá dividir la cuantía máxima a percibir (limitada a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo o hija) entre los cinco hijos. El resultado se multiplicará por el número de hijos que cada madre tenga en común con el otro progenitor -tres hijos en un caso y dos en el otro- y la cantidad obtenida será la que se deduzca del complemento por maternidad que venían percibiendo.

Esta información ha sido elaborada teniendo en cuenta la legislación vigente en la fecha que figura en el encabezamiento y se presta en virtud del derecho previsto en el artículo 53, letra f), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, advirtiéndose que dicha información no produce más efectos que los puramente ilustrativos y de orientación.