

La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad.

STJUE (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18).

Pilar Rivas Vallejo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

Resumen: *La doctrina emanada de la sentencia dictada en el asunto C-450/18 supone la invalidez de acciones positivas dirigidas a un solo sexo si comparativamente el otro sexo podría encontrarse en la misma situación, y, por tanto, resulta contraria al principio de no discriminación por razón de sexo establecida en el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE.*

Palabras clave: *Discriminación por razón de sexo, maternidad, pensiones, corresponsabilidad.*

Abstract: *The doctrine emanating from the sentence handed down in Case C-450/18 implies the invalidity of positive actions addressed to a single sex if the other sex could be comparatively in the same situation, and therefore is contrary to the principle of non-discrimination by reason of sex set out in article 4.1 of Directive 79/7/EEC.*

Keywords: *Sex discrimination, maternity, pensions, joint-responsibility.*

I. Introducción

El derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido, al menos, dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva por incapacidad permanente no se extiende a los hombres en idéntica situación, según la legislación española de Seguridad Social, que sostiene la viabilidad de la acción positiva, compatible con el principio de no discriminación por razón de sexo de los arts. 4.1 y 7.1 de la Directiva 2006/54/CE, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera).

Número de resolución judicial y fecha: 12 de diciembre de 2019.

Tipo y número recurso o procedimiento: Procedimiento prejudicial, asunto C-450/18.

ECLI: EU:C:2019:1075

Fuente: CURIA.

Ponente: Sr. M. Safjan

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El complemento por maternidad de las pensiones contributivas

El problema que se suscita en la sentencia, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Girona, se circunscribe a la aplicación del art. 157 del TFUE y 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, a la normativa española por la cual se aumenta la pensión de incapacidad permanente regulada en el art. 196.3 LGSS con el complemento previsto en el art. 60.1 LGSS para las mujeres que hubieran tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de la pensión en su nivel contributivo.

El complemento de la pensión, denominado “complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad social”, fue introducido en el texto de la LGSS por la disposición final segunda de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, como art. 50 bis, e integrado en el vigente Texto refundido aprobado por RD legislativo 8/2015, de 30 de octubre, como art. 60, para aquellas pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2016 (disposición final única de la Ley 48/2015), con el objeto de compensar a las madres beneficiarias de alguna de las pensiones del nivel contributivo de la Seguridad social por su contribución a la natalidad y, con ello, al sostenimiento del sistema de la Seguridad social, y, en particular, que han tenido que compatibilizar, en condiciones de absoluta precariedad social y legislativa, su carrera laboral con la maternidad (según interpreta el preámbulo al *non nato* Real Decreto para la aplicación y desarrollo del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la seguridad social^[1]), pues, “si bien es cierto que el complemento de maternidad se reconoce a las madres por su aportación demográfica, también lo es en razón a que su «carrera de seguro» se ve acortada, por las dificultades para la conciliación laboral derivadas de la maternidad” (auto del Tribunal Constitucional 114/2018, de 16 de octubre de 2018). En el citado auto, el Tribunal Constitucional sostiene que “el objetivo del complemento de maternidad es compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores” (FJ 3). Por tal razón, se aplica el criterio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía, por referencia al número de hijos nacidos (la cuantía del complemento asciende al 5, 10 o 15 por 100 del importe inicial de la pensión, según que la beneficiaria haya tenido dos, tres o cuatro o más hijos, respectivamente).

El fundamento de la norma, clave en la resolución del litigio analizado, es el reconocimiento de la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad. Sobre este propósito buscado por la norma, el preámbulo del proyecto de Real Decreto *para la aplicación y desarrollo del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la seguridad social* razona que comparte su fundamento con el objetivo derivado de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, es decir, el de *reducir las consecuencias de la discriminación sufrida históricamente por las mujeres y colaborar en la disminución de la brecha de género que desde el ámbito laboral se traslada al de las pensiones de la Seguridad Social*. Argumento en el que abunda el criterio de gestión del INSS, de la subdirección general de ordenación y asistencia jurídica, 1/2018, de 1 de febrero de 2018^[2], a tenor del cual “el complemento que nos ocupa es una medida de acción positiva que persigue, en último

término, la igualdad material entre mujeres y hombres con el objeto de evitar los efectos perjudiciales que en el mundo laboral sufren las primeras con motivo de asumir una mayor dedicación en el cuidado y educación de los hijos (brecha salarial, “techo de cristal”, mayor parcialidad en el empleo, mayores períodos de interrupción de la vida laboral por cuidados de hijos, etc.). Esta situación tiene efectos negativos directos en la promoción profesional y en las retribuciones que perciben las trabajadoras y, por tanto, efectos negativos indirectos en la cuantía de sus pensiones futuras, cuyo cálculo se va a efectuar a partir de dichas retribuciones. Por ello, la compensación va dirigida exclusivamente al colectivo de mujeres y se extiende no solo a las madres biológicas sino también por adopción”.

No habiendo terminado en norma positiva el desarrollo reglamentario aludido, algunas de sus previsiones no refrendadas continúan dejando en la oscuridad situaciones como la prevista en su art. 2.3, respecto de su aplicabilidad a las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, cuya falta de regulación expresa conduce a auténticos vacíos normativos como el que colma la STS de 22 de enero de 2020, núm. 79/2020, dictada en el RCUUD núm. 3097/2017, precisamente sobre la idoneidad de pensionistas del extinto SOVI para causar pensiones por muerte y supervivencia, que la sentencia aludida resuelve en sentido positivo.

El complemento está previsto para completar o incrementar la cuantía de las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente y viudedad de cualquier régimen del sistema de la Seguridad social, independientemente de la contingencia causante de la pensión, en el caso de las de incapacidad permanente, y del lugar del nacimiento o adopción de los hijos computables. Su cuantía se adapta al número de hijos habidos, siempre que estos hayan sido al menos dos, tanto biológicos como adoptados. Sobre esta cuestión, el criterio de gestión del INSS 1/2018, de 1 de febrero de 2018, ya citado, matiza que la prestación únicamente puede tener una titular, de suerte que, en caso de adopción, solo puede ser reconocida a la adoptante, en tanto que el art. 178.1 del código civil establece la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, lo que determina que esta nunca pueda ser cotitular del complemento y que el mismo no haya de ser distribuido en ningún caso entre dos beneficiarias. Y ello es así porque el complemento pretende paliar la discriminación de las madres trabajadoras, sin que pueda presumirse idéntica situación de la madre biológica que entrega al hijo en adopción, pese a que igualmente haya podido realizar la aportación demográfica al sistema de la Seguridad Social que justifica su creación legislativa. Esta misma previsión se desprendía del proyecto de reglamento de la prestación (art. 3.4), en el que expresamente se excluía del beneficio a la madre biológica en casos de adopción. Pero, en el supuesto de que las progenitoras de los adoptados fueran dos mujeres, el citado proyecto de reglamento de desarrollo defería a la libre decisión de ambas, de común acuerdo, la atribución del complemento a una sola de ellas. A tal fin, el art. 3.2 preveía que, de no hacerlo, la solicitante sería requerida para ello, con indicación de que, en caso contrario, se le tendría por desistida del complemento, dejando abierta la posibilidad de volverlo a solicitar.

Finalmente, el proyecto de real decreto de la prestación ofrecía algunas convenientes aclaraciones acerca del régimen jurídico de la prestación, como la posible concurrencia de pensiones (y la asignación a todas a o una sola de ellas del complemento, art. 4.2), la revalorización de su cuantía (art. 5.3), la exclusión del cómputo del recargo por omisión de medidas de seguridad en su cálculo (art. 5.4) o la determinación de la fecha de cómputo de los hijos, ligada al hecho causante (y, rompiendo con el reconocimiento prestacional de los *nasciturus*, propio de las pensiones de viudedad, los excluye del correspondiente cómputo, exigiendo que todos hayan nacido o hayan sido adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión, art. 4.1). Ello excluiría adopciones en trámite o a los ya citados *nasciturus*, en clara lógica, si se parte del fundamento último de la prestación, que es el perjuicio causado sobre la carrera laboral por el hecho de la maternidad, aunque no guardaría similar coherencia con la finalidad de compensar la contribución a la natalidad, pero no es menos cierto que la prestación nace de esta doble naturaleza y ratio, lo que justifica su privación a los casos en que no concurren ambos condicionantes. Ha sido la

doctrina judicial, no obstante, la que ha ido cubriendo tales lagunas, como la inclusión del fallecido al nacer antes de haber adquirido la personalidad civil (STSJ Canarias, Las Palmas, núm. 904/2019, de 11 de septiembre, que rechaza el reconocimiento de la prestación en tal caso; STSJ Madrid núm. 521/2018, de 24 septiembre, para admitirlo en interpretación del espíritu de la ley, ya que, argumenta, "el hecho de haber dado a luz un ser que no alcanza personalidad por considerarse como "criatura abortiva" supuso para la madre una limitación en el acceso y mantenimiento del empleo equivalente a la provocada por un parto exitoso ya que igualmente estuvo embarazada, parió y preciso descanso recuperatorio", aunque el mismo tribunal, en sentencia posterior núm. 351/2019, de 10 de abril, deniega el reconocimiento en virtud del argumento de la falta de adquisición de la personalidad, o STSJ de Aragón, núm. 168/2019, de 20 de marzo, que también reconoce el derecho al complemento como consecuencia del juego de la norma aplicable en la fecha del hecho causante -el art. 30 del C.c. antes de su modificación por la Ley 20/2011, de 21 de julio-, a tenor de la cual "la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida una vez producido el entero desprendimiento del seno materno"; o la STSJ Galicia núm. 4821/2018, de 7 de diciembre, que lo extiende incluso al aborto acontecido tras el transcurso de los primeros ciento ochenta días de gestación).

2. Los hechos

La cuestión prejudicial abordada por la sentencia analizada ya fue objeto de anteriores cuestiones planteadas por el TSJ de Canarias (Las Palmas), en auto de 7 de diciembre de 2018, o por el juzgado de lo social número 6 de Murcia, en sendas ocasiones, inadmitida la primera por auto 61/2018, de 5 de junio, y la segunda por auto del Tribunal Constitucional 106/2018, de 2 de octubre, en ambos casos por falta de fundamentación de la vulneración constitucional alegada^[3].

Los hechos que fundan la decisión del TJUE se sintetizan en el reconocimiento al demandante de la pensión por incapacidad permanente en grado de absoluta en fecha 25/1/2017, en resolución impugnada por este por considerar que le correspondía, como padre de dos hijos, el complemento por contribución demográfica, siendo tal reclamación objeto de desestimación por resolución del INSS de 9/6/2017, por tratarse de prestación únicamente prevista para mujeres beneficiarias de una prestación contributiva. Contra dicha resolución desestimatoria, el interesado presentó demanda ante el juzgado de lo social número 3 de Girona, aunque, mientras durante la sustanciación del proceso se produjo el deceso del demandante, sucediéndole en el litigio su viuda (mayo 2018).

Por parte del juzgado remitente, la duda planteada se deriva de la doble naturaleza del complemento controvertido, pues una de sus finalidades, que justifica su propia denominación, es recompensar la contribución demográfica al (deficitario) sistema de la Seguridad social mediante la procreación, atribuible a ambos progenitores. Para dar respuesta a la demanda y a la vista de la inquietud que le suscita el tema, plantea la cuestión prejudicial en los siguientes términos, vinculados al principio de igualdad retributiva y su alcance a las prestaciones contributivas:

«¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 157 [TFUE] y en la Directiva [76/207] y en la Directiva [2002/73] que modifica a aquella, refundida por [la] Directiva [2006/54], una Ley nacional (en concreto el art. 60.1 de la [LGSS]) que reconoce la titularidad del derecho a un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los hombres en idéntica situación?»

IV. Posiciones de las partes

El demandante sostiene que el principio de igualdad y no discriminación no justifica la diferencia de trato, pues, si el complemento de pensión se justifica en la contribución

demográfica del beneficiario de una prestación contributiva, también los hombres han participado en tal aportación al sistema de la Seguridad social.

El INSS, por su parte, esgrime el objetivo último buscado por la norma, que no es otro que compensar a las mujeres por las interrupciones o reducción en sus carreras profesionales y de cotización, lo que repercute negativamente en definitiva en la cuantía de sus pensiones, como consecuencia del nacimiento o adopción de hijos y su dedicación a sus cuidados, situación que afecta principalmente a las mujeres y no a los hombres. Razones de política social, la corrección de la brecha de género en las pensiones, justifican su establecimiento, avalado por el argumento estadístico relativo a los respectivos importes de las pensiones para hombres y mujeres y entre mujeres con y sin hijos.

Para el Abogado General, la existencia de datos estadísticos que muestren diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las pensiones de los hombres no resulta suficiente para llegar a la conclusión de que las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores a los efectos de lucrar el complemento en cuestión, ni tampoco es una acción positiva justificada por la protección biológica a la maternidad, pues su regulación no se vincula al efectivo abandono de la carrera profesional para el cuidado de los hijos y, por tanto, al permiso de maternidad.

V. Normativa aplicable al caso

La cuestión prejudicial se plantea sobre la base de una posible vulneración del art. 157 TFUE, que sienta el principio de igualdad retributiva por razón de sexo, extensible a toda percepción derivada del trabajo y ligada a la relación de empleo, pero no a aquellas que tengan naturaleza pública general como las pensiones públicas (STJUE de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 20 y jurisprudencia citada).

Las pensiones contributivas por incapacidad permanente, por tanto, tampoco estarían incluidas en el concepto de retribución del que parte el art. 157 TFUE, apartados primero y segundo, ni en la Directiva 2006/54, ex art. 1.2 c), de la Directiva 2006/54, en relación con el art. 2.1 f) de la misma. Por consiguiente, no sería aplicable a las mismas el principio de igualdad retributiva y sus derivaciones, como tampoco lo sería el complemento previsto en el art. 60.1 LGSS, dada su naturaleza jurídica de pensión pública contributiva.

Sin embargo, dicho complemento sí estaría comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54, al formar parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 79/7, la invalidez.

El art. 4.1.3º de la Directiva 79/7 establece el principio de igualdad de trato, que supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, en lo relativo al cálculo de las prestaciones. Aplicado al complemento de pensión previsto en el art. 60.1 LGSS puede suponer una diferencia de trato basada en el sexo contrario al art. 4.1 de la Directiva 79/7, al reconocerse únicamente a las mujeres que hayan tenido dos o más hijos en el momento de causar una pensión contributiva del sistema de la Seguridad social.

VI. Doctrina básica

1. La doctrina constitucional nacional sobre igualdad ante el sistema de la Seguridad Social y el complemento por maternidad de las pensiones

La inadecuación del complemento y de la norma que lo crea al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo proclamada en el art. 14 de la Constitución española no fue objeto de cuestionamiento en sede judicial hasta el planteamiento de la cuestión prejudicial de la que trae causa la sentencia analizada.

Pero sí fue objeto de cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona (cuestión 3307/2018), en relación a la exclusión prevista para el acceso anticipado de carácter voluntario a la pensión de jubilación al amparo del art. 208 LGSS. Cuestión rechazada por el pleno del Tribunal Constitucional en su auto 114/2018, de 16 de octubre de 2018, por el que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, por considerarla “notoriamente infundada”, ya que, “desde el prisma de un complemento de pensión que pretende compensar a las madres que de forma involuntaria y por las causas recogidas en el artículo 207 LGSS ven reducida su «carrera de seguro», la diferencia introducida por el legislador en el artículo 60.4 LGSS tiene una justificación objetiva y razonable”, y, asimismo, porque “la medida cuestionada se explica también desde la perspectiva de la sostenibilidad del sistema de pensiones, ya que la jubilación anticipada acorta el período de contribución al sistema y amplía el de disfrute de la pensión, por lo que es lógico que el legislador introduzca normas para desincentivarla” (FJ 3). En tercer lugar, y *a la vista de la limitada importancia del complemento en términos porcentuales y del amplio margen con que cuenta el legislador para regular las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, atendiendo las necesidades existentes con los medios disponibles, la diferencia de trato debe entenderse proporcionada, sin que produzca «resultados especialmente gravosos o desmedidos»* (STC 167/2016, de 6 de octubre, FJ 5).

El auto, no obstante, cuenta un voto particular que suscribe el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, que aboga por una interpretación de los confines de los legisladores en materia de Seguridad social compatible con la lógica constitucional de la cobertura del contenido esencial de los derechos fundamentales, y se sostiene sobre la ausencia de fundamento que justifique privar a una madre trabajadora de los beneficios de su contribución al sostenimiento demográfico del sistema de la Seguridad social. El segundo voto particular al auto, suscrito por la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ahonda en la dimensión de género en materia de pensiones, que es justamente la *ratio legis* de este complemento, *con el que se pretende compensar el mayor esfuerzo que ha supuesto a las mujeres compatibilizar su actividad laboral, y, por tanto, su condición de cotizantes al sistema de Seguridad Social, con la maternidad y la consiguiente aportación de nuevos posibles cotizantes a dicho sistema, de intentar moderar, por vía de este complemento, la reconocida discriminación histórica que han sufrido las mujeres trabajadoras y madres, de reducir una evidente brecha, que no sólo se manifiesta en el ámbito salarial sino también en el de las pensiones, y, por último, de establecer una medida concreta de apoyo a las familias*. Convendrá más adelante rescatar el argumentario de este voto particular en el análisis de la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019.

La doctrina que se condensa en el citado auto, y que rechaza la existencia de discriminación en la situación analizada, se pasea tanto por las diferencias de trato justificadas por normas de contenido económico o que afectan a la sostenibilidad financiera del sistema de la seguridad social como al propio núcleo de la diferencia de trato discriminatoria:

- Siendo doctrina constitucional la que atribuye al legislador un amplio margen para configurar el sistema de Seguridad Social según los recursos disponibles y las necesidades existentes, la STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 3, declara que «el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales». Por su parte, la STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6, afirma que «este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable».

- La doctrina constitucional acerca del principio de igualdad «en la ley» o «ante la ley», que impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentren en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, por lo que, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (entre muchas otras, SSTC 255/2004, de 23 de diciembre, FJ 4; 10/2005, de 20 de enero, FJ 5; 295/2006, de 11 de octubre, FJ 5; 83/2014, de 29 de mayo, FJ 7, y 149/2017, de 18 de diciembre, FJ 4).
- El principio de igualdad prohíbe al legislador «configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria» (STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 1). De tal suerte que, según sintetiza el citado auto del TC, «la doctrina del Tribunal acerca del artículo 14 CE se puede concretar en los siguientes cuatro rasgos: a) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que, a iguales supuestos de hecho, se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables, de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que se persigue con ella, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos [por todas, SSTC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3; 76/1990, de 26 de abril, FJ 9 a); 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 3; 10/2005, de 20 de enero, FJ 5, y 112/2017, de 16 de octubre, FJ 3]». Para llegar a tal conclusión, es preciso analizar *si las situaciones que se ponen en relación son iguales (juicio de comparabilidad); en caso afirmativo, si concurre una finalidad objetiva y razonable que legitime el trato desigual (juicio de razonabilidad, en clave de legitimidad y*

funcionalidad para el fin perseguido); y, por último, si las consecuencias jurídicas a que conduce la diferencia de trato son proporcionadas, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (juicio de proporcionalidad). Tales juicios se realizan en la sentencia del TJUE analizada.

2. La doctrina del TJUE

Frente a la doctrina descrita del Tribunal Constitucional español, el tribunal encargado de la interpretación de la normativa de la UE considera que los argumentos anteriormente expuestos son insuficientes para sostener la compatibilidad de la medida introducida en el art. 60.1 LGSS con el principio de igualdad y no discriminación en su dimensión europea.

El TJUE argumenta que la diferencia de trato en la regulación de una prestación pública no constituye un régimen de empleo susceptible de la aplicación de la igualdad retributiva sentada en el art. 157 TFUE, dada su naturaleza pública general y obligatoria, pero sí resulta amparada por la directiva 79/7, en cuanto a la diferencia de trato basada en el sexo (art. 4.1.3). Por el contrario, dicho precepto sí ampararía acciones positivas encaminadas a priorizar el ejercicio de actividades profesionales al sexo menos representado, o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Aplicado dicho principio a la prestación controvertida, el complemento de pensión por aportación demográfica a la Seguridad social, el TJUE considera que “la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres”, por lo que no podría justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable a los efectos controvertidos. Sin embargo, la naturaleza dual del complemento incluye un objetivo prioritario, que es el de “garantizar el reconocimiento de pensiones adecuadas a las mujeres que han visto reducida su capacidad de cotización y, con ello, la cuantía de sus pensiones, cuando por haber tenido dos o más hijos, y haberse dedicado a su cuidado, han visto interrumpidas o acortadas sus carreras profesionales”.

El análisis de proporcionalidad del objetivo perseguido por el complemento litigioso, la reducción de la brecha de género en las pensiones, no justifica, a juicio del TJUE, la diferencia de trato, puesto que la situación es comparable con la de los hombres que vean truncada o afectada su carrera de cotización como consecuencia de la asunción de las tareas de cuidado de los hijos, ya que no existe razón para rechazar que los hombres también puedan sufrir las mismas desventajas en su carrera (STJUE de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 56).

Y, si bien la aplicación de acciones positivas (permitida como excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo, establecida en el art. 4.1, de la Directiva 79/7, como *numerus clausus*), entre las que se incluyen las relativas a la protección por maternidad (protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo -SSTJUE de 12 de julio de 1984, *Hofmann*, 184/83, EU:C:1984:273, apartado 25, y de 19 de septiembre de 2013, *Betriu Montull*, C-5/12, EU:C:2013:571, apartado 62), es compatible con el principio de igualdad y la prohibición de discriminaciones directas por razón de sexo, el complemento analizado no guarda relación alguna con dicha tutela por maternidad y, por consiguiente, no se puede entender comprendido dentro de la excepción justificada que ampara la acción positiva, aunque sí lo podría estar en la regulación de ventajas en el ámbito de la pensión de jubilación.

En definitiva, el TJUE admite la aplicación de medidas de acción positiva para favorecer la posición desventajosa de las mujeres en el ámbito laboral, pero no concede el carácter de acción positiva válida a la medida derivada del art. 60.1 LGSS porque este no supedita la concesión del complemento de pensión a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a tal motivo, *sino únicamente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido al menos dos hijos*

biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social.

VII. Parte dispositiva

La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.

VIII. Pasajes decisivos

El apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 79/7 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra [56]

El artículo 60, apartado 1, de la LGSS no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto [57]

Esta disposición no exige que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos, por lo que no se cumple el requisito relativo a que hayan disfrutado de un permiso de maternidad [59]

Por consiguiente, procede declarar que un complemento de pensión como el controvertido en el litigio principal no está comprendido en el ámbito de aplicación de la excepción a la prohibición de discriminación establecida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 79/7 [60]

El artículo 157 TFUE, apartado 4, establece que, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales [64].

IX. Comentario

La doctrina sentada en la sentencia comentada supone invalidar como política de género, en su modalidad de acción positiva, el complemento de pensión introducido en el año 2015 en el art. 60 LGSS. Por otra parte, incluye un mandato claro a los legisladores españoles para que vinculen cualquier medida dirigida a compensar los perjuicios sufridos en las carreras profesionales de las mujeres a los periodos de embarazo y lactancia regulados en la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, y a perfilar su regulación de manera inequívoca hacia ámbitos exclusivos de las mujeres, como es el caso del embarazo y los periodos ligados al mismo, o, en su caso, la adopción, cuando el derecho o licencia fuera disfrutada únicamente por una mujer. De igual modo, y por lo que respecta al complemento de pensión del art. 60 LGSS, implica la necesaria redefinición de la prestación y del derecho a causarla, para acotar la situación prevista, ser mujer y haber dado a luz más de un hijo, con criterios más específicos que huyan de una realidad social constatada, especialmente considerando que su ámbito de aplicación son las pensiones, que requieren largos periodos de cotización, y que excluyan la posibilidad de que un hombre pueda encontrarse en la misma situación comparable. Asumida la dificultad de esta última condición, por no ser

razonable considerar que no existan carreras profesionales masculinas expuestas a las desventajas propias del cuidado de los hijos (v.g. padres solteros o viudos, o parejas del mismo sexo), el mandato lanzado a los legisladores españoles por el TJUE es la incorporación de la teoría o criterio del sexo infrarrepresentado en la regulación de la prestación. Dicho en otros términos, que si la finalidad perseguida es reequilibrar la posición desventajosa en materia de pensiones que sufren sistémicamente las mujeres, especialmente relacionadas con su maternidad y rol de cuidadoras, se admita la excepción de que esta situación acontezca también en hombres y que, en tal situación justificada y debidamente probada, justifique la extensión del beneficio también a ellos.

Bien, la tesis del TJUE, además de aséptica y quirúrgica, obvia una realidad histórico-social que la norma española pretendía paliar en cierta medida, y es que los menores salarios y las mayores lagunas de cotización en las carreras profesionales son patrimonio *quasi* exclusivo de las mujeres, y que en su mayor parte vienen causadas por la maternidad, identificadas de manera realista con periodos que no quedan acotados a las semanas propias de descanso por maternidad (o adopción), sino a un tiempo notablemente superior de sus vidas, condicionadas por la perpetuación de los roles de género (STSJ Madrid núm. 521/2018, de 24 septiembre).

El reduccionismo en el que incurren los miembros de la sala, los Sres. M. Safjan y L. Bay Larsen y la Sra. C. Toader, es estimar que el objetivo de la norma española se reduce a compensar por los periodos ligados al disfrute de los permisos por maternidad. Y tal reduccionismo no puede sino conducir a una conclusión tan extravagante como considerar que los hombres resultan discriminados por esta norma, porque ellos también han contribuido demográficamente, y porque, eventualmente, también podrían verse perjudicados por su condición de padres. Esta interpretación formalista lleva a la esperpéntica consideración de entender discriminatoria una medida que pretende compensar a las mujeres españolas de su tradicional exclusión del mercado laboral para asumir las tareas familiares, obviando, asimismo, el contexto histórico al que obedece la norma, que, pese al sustancial cambio social operado por el paso del tiempo y la acción de la democracia post constitucional, proyecta aún su alargada sombra sobre las carreras profesionales consideradas en buena parte de los casos pensionados a día de hoy. Y, por ende, se sitúa en un marco social muy lejano a la corresponsabilidad en los cuidados familiares que fundamentaría la tacha de discriminación de la medida, pero escasamente realista en la aun cambiante sociedad española actual.

En cualquier caso, si se piensa en que los legisladores españoles deben redefinir la prestación a la vista de la sentencia, salvo que, en la línea Diego Porras, reconsideren su apreciación hacia la misma, resulta difícil admitir que, por escaso que sea el ámbito de aplicación del complemento al espectro masculino de cuidadores que han sufrido interferencias y desventajas en su carrera profesional, la medida pueda tener el impacto esperado en quienes están a las puertas de una pensión contributiva y deban demostrar el disfrute efectivo de su permiso por maternidad y la interrupción de sus carreras laborales como consecuencia del nacimiento de sus hijos, como sugiere la sentencia comentada. Por no mencionar la difícil configuración de tal requisito, que obligaría a cuantificar el espectro temporal que habilita para el acceso al complemento. Por el contrario, la norma pensaba en el perfil que constituye hoy buena parte de las beneficiarias del mismo: titulares de la pensión de viudedad que dedicaron su vida fértil a la procreación y cuidado de hijos, quedando apartadas de la vida productiva para limitarse a la reproductiva, supuesto no parangonable con la de esos ficticios padres sacrificados a los que quiere dar cobertura el TJUE. Pero con lo que no parece del todo acorde es, precisamente, con el principio de transversalidad de género o perspectiva de género que debe guiar la interpretación de las normas previsto en el art. 9 del TFUE y que es fruto de la IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas (Beijing, 1995), incorporado precisamente en el ordenamiento jurídico español e inspirador del complemento litigioso. Si hasta el algoritmo del Sistema Austríaco de Empleo es capaz de detectar que la empleabilidad de una madre trabajadora cae hasta un veinte por ciento respecto de un hombre en las mismas circunstancias,

¿cómo no admitir la histórica desventaja de las mujeres en el mercado de trabajo como consecuencia de su rol de cuidadora?

En esta misma línea, y valorando el impacto real de esta prestación, su reconocimiento sin distinción de sexo crearía una nueva suerte de discriminación indirecta, motivada por la brecha de género en la cuantía de las pensiones, que se vería aún más favorecida por la aplicación del complemento, en cuanto este se cuantifica por referencia porcentual a la base reguladora, estadística e incontestablemente más alta en los beneficiarios de sexo masculino, salvo la proyección ventajosa de las pensiones de viudedad en el caso de las mujeres (en términos de acceso y de cuantía). En tal caso, el impacto discriminatorio habría de ser enmendado de nuevo por la jurisprudencia interna, como la que contiene la reciente sobresaliente STS

22 de enero de 2020, núm. 79/2020 (RCUD 3097/2017), que, apelando al principio de *gender mainstreaming*, introduce el criterio estadístico y se basa en criterios interpretativos finalistas para entender hábil causante de prestaciones por muerte y supervivencia a la titular de una pensión del extinto régimen del SOVI.

X. Apunte final

¿Cabría introducir la medida en formulación neutra, esperando que su impacto de género fuera evidente? Sin duda, esa reformulación a la que aboca la sentencia reseñada es posible, valorando el posible impacto de género de su introducción en términos de neutralidad de género, pero en tal caso el complemento será otro muy distinto y habrá de guardar la necesaria coherencia con el objetivo principal pretendido, que no es el que da título a la prestación (aportación demográfica), sino la compensación por las desventajas sufridas como consecuencia de la crianza de los hijos. En tal caso bastará con acreditar los altibajos padecidos a partir de la línea de la maternidad en la carrera de cotización, excluyendo los anteriores a esta fecha, pero este criterio seguirá siendo presuntivo.

Referencias:

1. ^ Disponible en http://www.mitramiss.gob.es/es/participacion/ficheros/historico/informacion-publica/2018/RD_07_20180806_textoproyecto_gabinete_social.pdf.
2. ^ Disponible en <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/5e49aed5-444c-4c92-a180-3bf83295ba54/CRITERIO+DE+GESTION+1-2018.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>.
3. ^ También ha sido planteado de nuevo escaso tiempo antes del pronunciamiento del TJUE por el juzgado de lo social número 26 de Barcelona, en auto de 28 de octubre de 2019, que, no obstante, plantea una problemática diferente que afecta igualmente al principio de igualdad y no discriminación: su aplicación temporal reducida a las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2016. Cuestión esta que ya fue asimismo formulada ante el Tribunal Constitucional por el mismo juzgado, y rechazada por el pleno de dicho previamente tribunal en su auto 89/2019, de 16 de julio de 2019, sobre el que estima constituye déficit en la formulación del juicio de relevancia por parte del órgano judicial promotor de la cuestión.