

El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

The maternity allowance: poor management and correction of the Court of Justice of the European Union

FRANCISCA MORENO ROMERO

PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Resumen

El mal llamado complemento por maternidad, que nació en el año 2016 con ordenación y financiación sumamente criticadas por todos, llevaba inserto el sello con la fecha de su probable defunción. Ese día parece haber llegado con la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), que ha determinado que la norma es contraria al Derecho de la Unión en razón a que constituye una discriminación directa para los hombres pensionistas con dos o más hijos, biológicos o adoptados. Ahora solo falta que el gobierno suspenda su aplicación y reelabore su contenido. En el presente trabajo, se analiza la sentencia referida, así como toda la problemática que ha surgido en torno al complemento por maternidad durante los años de su aplicación, lo que da una idea de sus diferentes dimensiones, no siempre coincidentes y no siempre justificables.

Abstract

The poorly named maternity allowance, which was launched in 2016 and whose planning and financing was highly criticised by all, was stamped with the date of its probably demise. That day seems to have arrived with the publication of the judgment of the Court of Justice of the European Union, of 12 December 2019 (Case C-450/18), which found that the rule is contrary to Union law on the grounds that it directly discriminates against male pensioners with two or more children, whether biological or adopted. Now all that remains is for the government to suspend its application and rework its content. In this work, the above-mentioned judgment is analysed, as well as all the problems that have arisen surrounding the maternity allowance during the years of its application. This gives an idea of its different dimensions, which are not always coincidental or justifiable.

Palabras clave

Complemento de maternidad; discriminación por razón de sexo; brecha pensionable

Keywords

Maternity allowance; sex discrimination; pension gap

1. NACIMIENTO, MALA IMAGEN Y ANUNCIADA MUERTE DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD

La disposición final segunda de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, añadió al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, el artículo 50 bis por el que, con efectos de 1 de enero de 2016, se introdujo en la acción protectora del sistema la Seguridad Social el complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social, aplicable a las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente de las que sean titulares las mujeres que hayan tenido dos o más hijos biológicos o adoptados, en los términos previstos en el referido precepto. La ordenación del complemento está hoy recogida en el artículo 60 del LGSS.2015, (LGSS o TRLGSS).

La ordenación contenida en el artículo 50 bis del TRLGSS.94 se ha integrado como artículo 60 del vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS.15). En los términos de la Enmienda n.º 4.242 del Grupo Parlamentario Popular a la LPE.16 que dio origen a la incorporación del complemento por

maternidad, su objetivo principal es “reconocer, mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad”. Asimismo, busca “valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres”. En la misma línea, persigue “eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, cumpliendo en este sentido también las Recomendaciones de la Unión Europea” y “dar concreción a los objetivos generales que atienden a las familias y al entorno en el que se desarrolla la vida familiar, en cumplimiento del Plan Integral de Apoyo a la Familia” aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2015.

La imagen que la doctrina proporcionó del complemento por maternidad –que debe ser completada con los análisis económicos¹, y sin perjuicio de los múltiples elementos que podrían determinar su inconstitucionalidad, fue preocupante. Sin ánimo de ser exhaustiva, se afirmaba que “...no estaban todas las pensionistas contributivas (faltaban las contributivas de orfandad por incapacidad y a favor de familiares) , no estaban² las pensionistas no contributivas, dejaban fuera a las madres del baby boom, a las madres con un solo hijo, a las jubiladas voluntariamente...”, se advertía sobre su “ineficacia como política natalista, su limitado impacto y desigualdad territorial para la compensación de la brecha salarial ...” e igualmente se reconocía que “a pesar de su apariencia y vistosidad, la norma entraba en directa contradicción con lo establecido en la normativa de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE”³. A todo lo anterior se añadía una crítica de configuración de importante calado, al advertir que “...la estricta estructura contributiva –porcentaje sobre la pensión, que se calcula sobre la base reguladora y el tiempo de cotización–, produce efectos elitistas antisolidarios, ya que premia básicamente a las mujeres que tuvieron mayores oportunidades de empleo y mayores salarios”, ante lo cual se considera que “... hubiera sido más razonable aplicar una cuantía fija ponderada y, desde luego, financiar la medida mediante el sistema impositivo y no con las cotizaciones sociales”⁴.

Identificado el marco normativo regulador del complemento por maternidad en el TRLGSS y en TRLCP y su problemática, es necesario realizar la siguiente precisión:

Según la sentencia TJUE de 12 de diciembre de 2019 (JUR 2019, 335076) (asunto C-450/18) «la directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la

¹ Dos trabajos relevantes desde la perspectiva económica son los de BONELL RUIZ, R. y DEVESA CARPIO, J.E. “El complemento por maternidad de las pensiones de la seguridad social en España”, *Economía española y Protección Social*, ISSN-e 2386-379x, ISSN 1889-5956, núm. 9, 2017, págs. 117-157; GRANELL, R. y SALVADOR, C. (2020): “Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias”, CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 98, 287-322. DOI: 107203/CIRIEC-E.98.13570, págs. 286 y ss.

² Detrás de los silencios de la norma está, como afirma PERÁN, “la invisibilidad del conjunto de trabajos productivos y reproductivos vinculados a los cuidados para el sostenimiento de la propia vida, y las condiciones necesarias para un desarrollo humano sostenible”. PERÁN QUESADA, S. “La singular aplicación del complemento por maternidad a la pensión de viudedad desde la perspectiva de género”, II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral, Vol. 2, 2018, pág. 349.

³ Las afirmaciones han sido recogidas de los trabajos siguientes: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Complemento por maternidad y pensiones contributivas. Las olvidadas madres del Baby Boom y las madres de hijos únicos”, en *Revista Internacional de la Protección Social*, N.º 1, Vol. IV (2019), págs.1-2. GRANELL PÉREZ, R. y SALVADOR CIFRE, C., Complemento demográfico por maternidad (CDM): objetivos, resultados y consecuencias. Recuperado de <https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=25EEB&paper_id=129> 2018. BALLESTER PASTOR, Mº A. “El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea”. *Revista Jurídica de Derechos Sociales (Lex Social)*, Vol. 6, núm. 1 2016, cit., TORTUERO PLAZA, J. L. “De la solidaridad intergeneracional al riesgo del fraude piramidal”. *RTSS.CEF*, 429, 2018, págs-122-123.

⁴ La valoración y propuesta es de TORTUERO PLAZA, J. L. “De la solidaridad intergeneracional al riesgo del fraude piramidal”. *RTSS.CEF*, 429, 2018, págs-122-123

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 (art. 60 TRLGSS.15)⁵, 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»⁶.

La doctrina contenida en la referida sentencia, que inmediatamente analizaremos, tiene un importante impacto y alcance sobre la ordenación jurídica del complemento por maternidad, su dimensión de género y, en definitiva, sobre la función que en materia de pensiones tiene el complemento entendido como acción positiva⁷.

Como veremos, el planteamiento de cuestiones prejudiciales sobre algunos de los elementos de ordenación, ante el TJUE habían sido anunciados con megafonía de estridentes decibelios, sobre todo tras la bendición de TC en Auto Pleno 114/2018, de 16 de octubre de 2018 y con dos votos particulares de gran interés y de fundamentación que confirmaban el anuncio. Probablemente, era también anunciada la decisión del TJUE⁸, como en su día lo puso de manifiesto la doctrina de forma clara y rotunda⁹, al advertir que “...entra en directa contradicción con lo establecido en la normativa de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE”¹⁰.

⁵ Parece lógico pensar que la doctrina del TJUE respecto a la discriminación entre hombres y mujeres será aplicable también en la concesión del complemento a los pensionistas de clases pasivas, aunque formalmente solo se ha producido para los regímenes del sistema de Seguridad Social. La misma lógica hace suponer que la respuesta legislativa rectificadora o reordenadora impactara sobre ambos sistemas al igual que fue su implantación.

⁶ Interesantes comentarios de urgencia sobre la STJUE pueden verse en MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. LABORUM*, núm. 22 (1er Trimestre 2020), págs. 13-24. MOLINA NAVARRETE, C. “Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 2020, págs. 188-201.

⁷ Especialmente crítico es MOLINA NAVARRETE al considerar que “el TJUE no solo infravalora una realidad de histórica discriminación fáctica por la atribución social del rol principal en el trabajo de cuidar no remunerado, relegándola en el trabajo remunerado, sino que omite su deber de integrar también él, en su juicio, la perspectiva de género, puesto que así se lo exigiría el artículo 9 del TFUE (también fruto de la citada IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas, Beijing, 1995...). MOLINA NAVARRETE, C. “Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género?... cit. pág. 189.

⁸ Así lo recuerdan también MONEREO y RODRÍGUEZ afirmando que “No ha sorprendido, ni tampoco era difícil adivinar el fallo a la cuestión prejudicial planteada, decisión por lo demás que se comparte y que ya había sido cuestionada por algún sector de la doctrina científica. Este complemento por maternidad o aportación demográfica responde a una política de legislar “a borbotones” y “aluvional”, más preocupada del impacto mediático de la medida elegida que de una nítida y coherente protección a la familia¹⁸, a la maternidad, a la lucha contra la denominada “brecha de género”, a la natalidad o la denominada compensación aportación demográfica que estamos contemplado. MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)”...cit. Pág. 20.

⁹ BALLESTER PASTOR, M. A. “El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea”. *Revista Jurídica de Derechos Sociales (Lex Social)*, Vol. 6, núm. 1 2016, pág. 72-93, donde afirma que “...el complemento de pensiones por maternidad español ni puede considerarse un complemento por maternidad, ni atiende adecuadamente a la compensación de los defectos de cotización por cuidado de hijos, ni sigue instrucción de la Unión Europea, ni concuerda con la tendencia actual en los países de nuestro entorno. Al contrario, constituye una propuesta que se asienta en presupuestos ya superados y que entra en directa contradicción con lo establecido en la normativa de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE” (pag. 93)... “... la conclusión de que el complemento de maternidad español podría estar en contra de la Directiva 79/7 (...)

2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

La sentencia del TJUE aquí analizada se ocupa de una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado español (Juzgado de lo Social núm. 3 de Gerona). En ella se plantea la posible vulneración del principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y por la Directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición de la Directiva 2002/73 que, a su vez, modificó la Directiva 76/207), respecto del establecimiento de la normativa nacional (art. 60.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)) que reconoce un complemento de pensión –en concreto, pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad– por aportación demográfica a la Seguridad Social, en exclusiva a las mujeres (siempre que hayan tenido, al menos, dos hijos biológicos o adoptados).

2.1. Problema suscitado: hechos y antecedentes

Al sr. WA le fue reconocida por el INSS una pensión de incapacidad permanente absoluta del 100 % de su base reguladora, mediante resolución de 25 de enero de 2017. El actor presentó reclamación administrativa previa contra la mencionada resolución alegando que, al ser padre de dos hijas, debía ser beneficiario del complemento de pensión establecido por el art. 60.1 de la LGSS, aumentando con ello un 5 % la correspondiente base reguladora de la prestación.

El INSS desestimó la reclamación previa argumentando que la legislación recoge expresamente que el complemento solicitado se concede exclusivamente a mujeres que cumplan con el requisito de ser madres de, al menos, dos hijos y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente, jubilación o viudedad en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social.

Ante la negativa del INSS al reconocimiento de lo solicitado mediante reclamación previa, el actor presentó recurso contencioso contra la resolución de 25 de enero de 2017, ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gerona, solicitando el reconocimiento del complemento de pensión por aportación demográfica.

2.2. Cuestión prejudicial

El órgano judicial remitente plantea dudas acerca de la aplicación del apartado primero del art. 60 LGSS que reconoce el complemento de pensión controvertido a las mujeres que hayan tenido, al menos, dos hijos biológicos o adoptados, debido a su aportación demográfica a la Seguridad Social. En concreto, la indeterminación se suscita sobre el hecho de que los hombres queden excluidos de la percepción de tal complemento ello, aunque presenten igual situación a los efectos, que las mujeres, por cuanto le plantea dudas sobre la conformidad de esta norma nacional con el Derecho de la Unión.

dado que establece un beneficio exclusivo para las mujeres en el ámbito de la seguridad social que no está relacionado exclusivamente con la maternidad biológica. De otro lado, el complemento de maternidad español podría estar en contra de lo establecido en la Directiva 79/7 puesto que ésta establece la obligación de que los Estados miembros revisen las diferencias en la seguridad social entre hombres y mujeres vinculadas al cuidado de los hijos. El trabajo analiza, al respecto, las sentencias dictadas por el TJUE que consideran discriminatorios los beneficios establecidos a las mujeres para el cuidado de los hijos en ámbitos diferentes a la Seguridad Social (entre otros, sentencias dictadas en los asuntos *Griesmar, Leone, Roca Alvarez* o *Maistrellis*)¹⁰.

¹⁰ En el acuerdo PSOE con Unidas Podemos, de 30 de diciembre, figura el acuerdo de revisar el complemento por maternidad «para hacerlo más equitativo y evitar la perpetuación de roles de género». Puede consultarse en la pág. 14 del acuerdo. <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>

Argumenta el Juzgado que el concepto de aportación demográfica a la Seguridad Social contemplado en el art. 60.1 LGSS es predicable tanto de mujeres como de hombres, puesto que la procreación y la responsabilidad en el cuidado, atención, alimentación y educación de los hijos son predicables de toda persona que tenga la condición de madre o padre. De esta forma, la interrupción del trabajo como consecuencia del nacimiento o adopción o bien, por el cuidado de los hijos puede perjudicar por igual a hombres y mujeres, con independencia de la aportación demográfica a la Seguridad Social.

En este espacio es donde el Juzgado se plantea que pudiese existir una diferencia de trato injustificada en favor de las mujeres y en perjuicio de los hombres que se encuentren en una situación idéntica.

Por otro lado, en opinión del juzgado remitente, la procreación implica un mayor sacrificio en la práctica para las mujeres, tanto a nivel personal como profesional. Los sacrificios biológicos y fisiológicos evidentes en caso de embarazo no solo actúan en detrimento de las mujeres en su esfera física sino también en la laboral y en sus legítimas expectativas de promoción en el ámbito profesional por lo que, como decimos, entiende el juzgado que en base a ello podría justificarse la aplicación de lo dispuesto por el art. 60.1 LGSS, en la medida en la que estaría destinada a proteger a las mujeres de las consecuencias derivadas del embarazo y la maternidad.

Ante estos dos espacios de posible contradicción, el Juzgado de lo Social nº. 3 de Gerona decide suspender el procedimiento y plantear ante el Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“¿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 aquélla, refundida por la Directiva 2006/54, una ley nacional (en concreto, el art. 60.1 LGSS que reconoce la titularidad de un 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?”

2.3. Preceptos relevantes y observaciones previas

El órgano jurisdiccional remitente plantea y enfoca la cuestión de interpretación de la norma nacional controvertida –cuestión prejudicial planteada–, a la luz de lo establecido por el art. 157 TFUE y lo recogido por la Directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Dicho lo cual, el TJUE, tras establecer que tiene potestad para proporcionar al órgano remitente todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar el concreto asunto, procede, a partir de los datos aportados por el juzgado español, a extraer los elementos de Derecho de la Unión que requieren una interpretación en relación con el objeto del litigio.

En base a ello, el Tribunal de Justicia determina que la pensión contributiva de incapacidad permanente de la que es beneficiario el actor en el litigio principal no está incluida en el concepto de retribución en el sentido recogido por el art. 157 TFUE (apartados 1 y 2), ni en el de la Directiva 2006/54.

En el primer caso, art. 157 TFUE, porque no pueden incluirse en el concepto de retribución allí recogido “los regímenes o prestaciones de Seguridad Social, como las pensiones de jubilación, regulados directamente por la Ley, sin que haya existido ningún tipo de concertación dentro de la

empresa o de la rama profesional interesada, y que son obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores”¹¹. Junto a ello, el propio artículo 60.1 LGSS recoge que el complemento de pensión objeto del litigio tiene a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva.

Recuerda el Tribunal, que “las consideraciones de política social, de organización del Estado, de ética, o las razones de carácter presupuestario que influyeron o pudieron influir en que el legislador nacional estableciese un determinado régimen no pueden prevalecer si la pensión solo afecta a una categoría particular de trabajadores”, sin embargo, el TJUE ante los datos que posee no ve indicio alguno que establezca que la pensión contributiva de incapacidad permanente sobre la que versa el litigio afecte, como se ha mencionado, únicamente a una categoría particular de trabajadores.

Respecto de la Directiva 2006/54, de su artículo 1, párrafo segundo, letra c), en relación con su art. 2, primer apartado, letra f), se desprende que tal Directiva no se aplica a los regímenes legales regulados por la Directiva 79/7, 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.

Y es precisamente en esa Directiva 79/7 donde queda comprendido el complemento de pensión controvertido, al formar parte de un régimen legal de protección, en este caso, ante el riesgo de invalidez (art. 3.1. a)).

1. Normativa europea relevante.

- a) Directiva 79/7/CEE, 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. En concreto,

- Artículo 1

La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3 , del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social , denominado en lo sucesivo « principio de igualdad de trato».

- Artículo 3.1.

- La Directiva 79/7 se aplicará:

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

[...]

– invalidez,

[...].

- Artículo 4, apartados 1 y 2.

Apartado 1.

¹¹ Apartado 28 STJUE, de 12 de diciembre de 2019.

- “El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:
- El ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos.
- La obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones
- El cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

Apartado 2.

- El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.
- Artículo 7. Apartado 1 b)
- 1. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:
 - (...)
 - b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos ; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos ;

2. Normativa nacional relevante.

a) Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. En concreto,

- Artículo 60. Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.

1. Se reconocerá 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.

Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala:

- a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.
- b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento.
- c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.

A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente.

2.4. Doctrina básica

El Tribunal manifiesta en su fundamentación sobre el fondo de la cuestión planteada y como elemento básico que, en virtud de lo recogido por el art. 4.1 (tercer supuesto) de la Directiva 79/7, el principio de igualdad de trato 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.

Sobre este principio básico del Derecho de la Unión se han de valorar las circunstancias del caso concreto en litigio que provocan la cuestión prejudicial. En este sentido, la controversia se centra en el cálculo del importe total de la pensión de incapacidad permanente de un hombre que ha tenido dos hijas y que solicita la percepción del complemento de pensión establecido en la norma nacional en litigio.

Esta norma, art. 60, apartado 1, de la LGSS concede a las mujeres, con motivo de su aportación demográfica a la Seguridad Social, un complemento de pensión siempre y cuando hayan tenido, al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias, entre otras, de pensiones contributivas de invalidez permanente en cualquier régimen de la Seguridad Social. Dicho lo cual, si un hombre se encuentra en idéntica situación no puede ser beneficiario de este complemento de pensión. De ello se deriva un trato menos favorable a los hombres que han tenido, al menos, dos hijos biológicos o adoptados. En este sentido, entiende el Tribunal de Justicia que este trato menos favorable, basado exclusivamente en el sexo puede ser constitutivo de una discriminación directa en el sentido del mencionado art. 4.1 de la Directiva 79/7.

Es conocida la reiterada jurisprudencia del TJUE que establece que esta discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes¹².

Llegados a este punto, el Tribunal pasa a comprobar si la diferencia de trato entre hombres y mujeres a la que acabamos de referirnos, establecida por la norma nacional en controversia está referida a categorías de personas que se encuentran en situaciones comparables. Cuando hablamos de situaciones comparables no se requiere que las situaciones sean idénticas, basta con que sean análogas¹³, debiéndose apreciar las situaciones de manera específica y concreta y teniendo en cuenta todos los elementos que las caracterizan, fundamentalmente a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional.

Con estos mimbres, el TJUE pasa a analizar el objetivo perseguido por el art. 60.1 LGSS, esto es, recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social. Señala en este sentido el Tribunal que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres, por tanto, esa aportación demográfica a la Seguridad Social no puede justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión controvertido.

Preguntado el Gobierno español por el TJUE acerca del objetivo perseguido por la aplicación del complemento de pensión en cuestión, respondió aquél argumentando que tal complemento no consiste únicamente en recompensar a las mujeres que hayan tenido, al menos, dos hijos por su aportación demográfica a la Seguridad Social, sino que también fue concebido como

¹² La propia sentencia se refiere a su jurisprudencia en este sentido: sentencias de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-342/93, EU:C:1996:46, apartado 16, y de 8 de mayo de 2019, Praxair MRC, C-486/18, EU:C:2019:379, apartado 73.

¹³ Sentencia de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/16, EU:C:2018:492, apartado 41 y jurisprudencia citada

una medida destinada a minorar la brecha de género existente entre las pensiones de las mujeres y de los hombres, producida a consecuencia de sus distintas trayectorias laborales. De esta forma, según el Gobierno español, se trata de garantizar el reconocimiento de pensiones adecuadas a las mujeres que ven reducida 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.

A partir de los datos ofrecidos, el Tribunal de Justicia reconoce como objeto del art. 60.1 LGSS, siquiera de forma parcial, la protección de las mujeres en su condición de progenitor. Sin embargo, esa cualidad de progenitor, según el Tribunal, es predicable tanto de hombres como de mujeres determinando que las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos¹⁴. En concreto, añade el Tribunal, el hecho de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, con carácter general, son ellas las que asumen esa tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, como consecuencia de ello, pueda sufrir iguales desventajas en su carrera profesional.

Los datos estadísticos que muestran las diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las pensiones de los hombres no resultan suficientes para llegar a la conclusión de que mujeres y hombres no se encuentran en una situación comparable en su condición de progenitores, en referencia al complemento de pensión controvertido¹⁵.

El TJUE se hace eco de la posibilidad de la existencia de excepciones a la prohibición de toda discriminación por razón de sexo, esto es, las recogidas en el art. 4.2 de la Directiva 79/7, donde se señala que el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por motivo de maternidad. Como consecuencia de lo establecido por este precepto, se reconoce la legitimidad de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por un lado, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, por otro.

Dicho todo ello, el Tribunal advierte que el art. 60.1 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 periodo que sigue al parto. Es más, la disposición no exige que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar cuando tuvieron a sus hijos, por lo que no se exige el requisito de que hayan disfrutado de un permiso de maternidad, como decimos. Tanto es así, que podría ser beneficiaria de tal complemento la mujer que haya dado a luz antes de acceder al mercado laboral, cuestión que deja en evidencia la desvinculación entre la percepción del complemento y la relación directa con el impacto de la maternidad en la carrera profesional.

A partir de estas circunstancias declara el TJUE que el complemento controvertido en el litigio principal no está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la excepción a la prohibición de discriminación recogida en el art. 4.2 de la Directiva 79/7.

Por otro lado, analiza el Tribunal la potestad establecida por el art. 7.1 b) de la Directiva 79/7, a saber, que la aplicación de dicha Directiva no obsta la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y/o la adquisición del derecho a las prestaciones después de periodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos. En este sentido, señala que el art. 60.1 LGSS no supedita la concesión del complemento de pensión a la educación de los hijos o a la existencia de periodos de interrupción debidos a su educación, por lo que lo previsto en este precepto no es aplicable a una prestación como el complemento en cuestión.

¹⁴ Véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 56, y de 26 de marzo de 2009, Comisión/Grecia, C-559/07, no publicada, EU:C:2009:198, apartado 69

¹⁵ Así lo apunta el Abogado General en el punto 66 de sus conclusiones presentadas ante el Tribunal.

Por último, respecto del art. 157.4 TFUE que 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 adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas con el fin de facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o las destinadas a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. Pues bien, este precepto no puede aplicarse a la norma nacional en controversia puesto que el complemento de pensión se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión pero no aporta, a los ojos del Tribunal, remedio alguno a los problemas que pueden encontrar a lo largo de su carrera profesional, ni parece que con su reconocimiento se puedan compensar las desventajas a las que están expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando la plena igualdad entre mujeres y hombres en la vida profesional.

Por todo ello, el Tribunal de Justicia señala que la norma nacional controvertida en el litigio principal constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por ello, prohibida por la Directiva 79/7.

2.5. Parte dispositiva

Consecuencia de todo lo visto, el TJUE dispone que la normativa española 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, debe interpretarse en el sentido de establecer que es contraria a la Directiva 79/7, 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.

2.6. Aportaciones de interés realizadas por el Abogado General en el asunto de referencia

Resulta interesante atender finalmente a algunas de las cuestiones planteadas por el Abogado General en relación con la controversia planteada en el litigio principal, pues dejan de manifiesto la necesidad de replantear de forma global el complemento de pensión “por aportación demográfica” contenido en la normativa española de Seguridad Social. Fundamentalmente, en el sentido de indicar que los objetivos alegados por el Gobierno español y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social para adoptar la medida, no avalan, por no producirse, la implantación de este complemento en las condiciones y circunstancias en que está previsto.

En este sentido, resultan destacables las siguientes cuestiones:

- la medida controvertida no se aplica a las pensiones no contributivas, que pueden verse más afectadas por la brecha de género, teniendo en cuenta que es más probable que las mujeres de las generaciones anteriores ni siquiera alcancen el número de años necesario para solicitar pensiones contributivas (apartado 118 de las Conclusiones).
- La medida únicamente se aplica a las pensiones que comenzaron a pagarse en 2016, excluyendo por tanto a las mujeres pertenecientes a las generaciones que más probablemente se han visto afectadas por la brecha de género. En mi opinión, este hecho genera una disonancia tan fuerte entre el objetivo (oficialmente declarado) de la medida y los medios elegidos para su ejecución que la hace inadecuada para lograr ese objetivo declarado (apartado 119).
- La medida controvertida no cumple el requisito de necesidad. El artículo 60, apartado 1, de la LGSS se basa en el criterio exclusivo y automático del sexo. Solo se aplica a las mujeres y no admite ningún tipo de consideración de la situación de los hombres que se encuentren en situaciones comparables. No existe la posibilidad

de aplicar la misma medida a los hombres que se han visto afectados por interrupciones de sus carreras profesionales o por la reducción de cotizaciones relacionadas con la educación de sus hijos (apartado 120).

3. SUSPENSIÓN, REPLANTEAMIENTO E INCIERTO FUTURO DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD

Afirmar que el legislador deberá abordar una ordenación diferente, como ya ha anunciado el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones durante su primera intervención en la Comisión de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el Congreso de los Diputados, entra dentro de lo obvio, con minúsculas pero también, y ahora con mayúsculas, entra dentro de lo necesario y de urgencia inminente (en diciembre de 2019), suspender la aplicación del artículo 60 del LGSS hasta su nueva configuración. No estábamos preparados y no hemos sabido reaccionar, a pesar de la relativa sencillez de incluir la medida suspensiva en cualquiera de los Reales Decretos Leyes aprobados desde diciembre.

Mientras se aborda la nueva ordenación ya se ha producido el primer reconocimiento del complemento por maternidad a un hombre pensionista de jubilación. En efecto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias núm. 44/2020, Sala de lo Social, Sección 1, de 20 de enero de 2020, Rec.: 850/2018, aplicando doctrina europea, inaplica la restricción por razón de sexo contenida en el artículo 60 del LGSS y, considerando que el demandante –viudo y padre de cuatro hijos biológicos– reúne las condiciones para acceder al complemento, esto es, ser pensionista de jubilación contributiva y tener más de dos hijos/as, procede la aplicación de la escala c) del referido precepto.

La sentencia del TSJ de Canarias no es más que la cabeza del iceberg, cuya magnitud teórica puede derivarse de los datos existentes respecto a las mujeres que perciben el complemento¹⁶,

¹⁶ Los datos del Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social a 30 de diciembre de 2019 eran los siguientes:

El total de mujeres pensionistas con complemento asciende a 646.971, de las cuales 353.705 son pensionistas con dos hijos; 177.366 son pensionistas con tres hijos y 115.900 son pensionistas con cuatro o más hijos.

Por tipología de pensión la distribución es la siguiente:

Las pensiones de Incapacidad permanente con complemento ascienden a 58.361, de las cuales 42.326 son pensionistas con dos hijos; 12.243 son pensionistas con tres hijos y 3.792, son pensionistas con cuatro o más hijos.

Las pensiones de jubilación con complemento ascienden a 274.320, de las cuales 169.502 son pensionistas con dos hijos, 73.416 son pensionistas con tres o más hijos y 31.402 son pensionistas con cuatro o más hijos.

Las pensiones de viudedad con complemento ascienden a 314.290, de las cuales 141.187 son pensionistas con dos hijos, 91.1707 son pensionistas con tres hijos y 80.706 son pensionistas con cuatro o más hijos.

Las previsiones de gasto han sido analizadas por BONELL y CARPIO, concluyendo que “Esta medida puede llegar a incrementar el gasto en pensiones de jubilación un 2,30 %, dentro de unos 60 años, momento en que se haya estabilizado, al compensarse las nuevas incorporaciones con la disminución de las generaciones anteriores. Cuando se alcance el punto de equilibrio, en euros constantes de 2014, y suponiendo un incremento del gasto en pensiones del 2,5 %, la cuantía que habría que destinar al CM para la prestación de jubilación podría alcanzar unos 2.600 millones de euros y si lo extrapolamos a todas las prestaciones, con las necesarias cautelas, podría ascender hasta los 3.700 millones de euros”. BONELL RUIZ, R. y DEVESA CARPIO, JE. “El complemento por maternidad de las pensiones de la seguridad social en España”, *Economía española y Protección Social*, núm. 9, 2017, cit. Pág. 152.

De interés son las matizaciones aportadas por GRANELL, R. & SALVADOR al afirmar que “el gasto total de prestaciones correspondiente al complemento, según los datos de la MCVL-2016, habría ascendido a 64.303.802 € en el año 2016. Este importe es prácticamente el doble al estimado para el primer año de aplicación por Bonell y Devesa (2017), que era de 32.582.247 € y también superior al estimado inicialmente por el MESS (2015), que ascendía a 51.616.278 €. El motivo de nuestras divergencias es que los otros trabajos no contaban todavía con datos de la MCVL-2016, viéndose obligados a realizar estimaciones menos precisas. El gasto del primer año de aplicación, que supone en torno al 0,05 % del gasto total presupuestado en pensiones contributivas (118.942 millones de €), se irá incrementando a medida que se vayan acumulando las altas que se vayan produciendo en los años siguientes. Bonell y Devesa (2017) estiman que cuando el complemento se establezca, 60 años después de su implantación, puede suponer más del 2 % del gasto público en pensiones”. GRANELL, R. & SALVADOR, C. (2020): “Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, 98... cit. Pág. 299.

acrecentado por el mayor número de hombres pensionistas y sus pensiones más elevadas. En definitiva, elevando la brecha de género y provocando un gasto para el sistema inasumible.

Dejar las cosas como están, que es lo que está ocurriendo, supone que cada padre pensionista (y cada padre solicitante de pensión) que cumpla los requisitos, pueda solicitar su complemento —el que lo sepa y pueda, generando una especie de sálvese quien pueda— que seguramente será denegado por el INSS, incluida la reclamación previa, y recurrida ante los Juzgados de los Social que ya estarán dictando sentencias favorables o no y, a su vez, recurridas o no, con sucesivas decisiones de los TSJ, también recurridas o no; generándose en todo este devenir una fotografía confusa, desigual, desafortunada e irritante. Si la foto no es lo suficientemente distorsionante en sí misma, se ve incrementada por cada decisión diaria de la entidad gestora, que reconocerá pensión con complemento a las mujeres y reconocerá pensión sin complemento a los hombres.

Es urgente, aunque llegue tarde, la suspensión del artículo 60 del LGSS, en tanto se rediseña el modelo.

En todo caso, de la Sentencia del TJUE integrada en su reiterada doctrina sobre la materia se desprenden criterios a los que debe someterse una nueva ordenación del complemento o figura similar, siendo el fundamental, que coincide con su vicio de ordenación¹⁷, evitar la inexistencia de un vínculo directo y específico entre la medida de ventaja en el disfrute de pensiones públicas y las desventajas *de facto* derivadas de la cualidad de madre de la trabajadora para aplicar la opciones comunitarias de acciones positivas, como ya ha planteado la doctrina¹⁸.

La incertidumbre sobre su futuro viene motivada por la situación actual donde España, Europa y el mundo están inmersos en las consecuencias de la pandemia provocada por la Covid.19. La aconsejable y conveniente suspensión y/o su imprescindible replanteamiento abrirá posiblemente opciones vinculadas a la nueva situación económica.

¹⁷ “...el complemento de pensión [...] se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión [...], sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera [...] (SSTJUE de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, apdo. 65, y 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13, apdo. 101).

¹⁸ Estas pautas son planteadas por MOLINA NAVARRETE y MONEREO y RODRIGUEZ en los trabajos citados, págs. 200 y ss. y 21 y ss., respectivamente.