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)

A new disagreement on Spanish Social Security Benefits in the European Courts: The Maternity Support Supplement should not only apply to women (Regarding the European Court of Justice Judgement of 12 December 2019, set forth in case C-450/18, Equal treatment of men and women in matters of Social Security)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DIRECTOR DE LA REVISTA DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL UNIVERSIDAD DE MURCIA
SUBDIRECTOR DE LA REVISTA DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM
SECRETARIO GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

Pensar es rechazar, eliminar, “seleccionar”. La disponibilidad excesiva suprime precisamente la selección; para ella todo es importante, lo que equivale a poner al mismo nivel catástrofes y fruslerías”

EMIL CIORAN¹

El año 2019 cerró con un nuevo pronunciamiento judicial contrario a un aspecto de nuestra normativa de Seguridad Social, en este caso, relativo al denominado “complemento por maternidad de las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social” –art. 60 LGSS–, también conocido como “complemento por aportación demográfica”. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 12 de diciembre de 2019, ha venido a considerar que “La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa

¹ CIORAN, E.: *Cuadernos 1957-1972* (1997), trad. Mayka Lahoz Berral, Barcelona, Tusquets Editores, 2020, pág. 523.

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”.

Es un nuevo fallo de tribunales europeos contrario a nuestras disposiciones (e interpretaciones) sobre Seguridad Social. Recuérdense recientes decisiones del TJUE, como: a) Caso Concepción Salgado González contra INSS, sobre cálculo de las pensión de jubilación STJUE (Sala Primera), sentencia de 21 febrero 2013²; b) Caso Isabel Elbal Moreno contra INSS, STJUE (Sala Octava) sentencia de 22 noviembre de 2012, sobre período de cotización exigible a trabajadores a tiempo parcial³; c) Caso INSS contra J.C.R., STJUE (Sala Décima), 28 de junio 2018, sobre pensión de jubilación y su cálculo⁴; y d) Caso INSS y TGSS contra José Blanco Marqués, STJUE (Sala Décima), 15 de marzo de 2018, sobre compatibilidad del incremento en la pensión de IPT con la pensión de otro estado miembro de la UE⁵. O también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como: a) Caso Manzanas Martín contra España, STEDH (Sección Tercera), 3 abril de 2012, sobre denegación de pensión de jubilación y consideración de discriminación por razón de religión⁶; y b) Caso Muñoz Díaz contra España, STEDH (Sección 3ª), sentencia de 8

² Análisis de la normativa nacional en virtud de la cual la cuantía teórica de la pensión de jubilación del trabajador por cuenta propia, migrante o no, se calcula invariablemente a partir de las bases de cotización de ese trabajador en un período de referencia fijo anterior al pago de su última cuota en ese Estado, a las cuales se aplica un divisor fijo, sin que resulte posible adaptar ni la duración de este período ni este divisor con el fin de tomar en consideración el hecho de que el trabajador en cuestión ha ejercido su derecho a la libre circulación.

³ Análisis de la Directiva 79/7/CEE, en relación con la normativa nacional que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.

⁴ Análisis del acuerdo sobre libre circulación de personas CE-Suiza y su incidencia en el modo de cálculo de la pensión de jubilación en relación normativa nacional que obliga a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial con este país a satisfacer cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización de forma que, al calcular el importe teórico de su pensión de jubilación, la institución competente de dicho Estado miembro equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en ese mismo Estado miembro y solo toma en consideración, a efectos de ese cálculo, las cuotas abonadas en el marco de dicho convenio, incluso cuando, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, dicho trabajador hubiera cotizado en el Estado miembro en cuestión con arreglo a bases superiores, frente al trabajador sedentario, que no hizo uso de su derecho de libre circulación, y tienen la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

⁵ El TJUE considera compatible la acumulación del incremento del 20 por 100 de la pensión de incapacidad permanente española al cumplimiento de los 55 años con la pensión de jubilación reconocida en otro Estado miembro. La cláusula de suspensión prevista por la normativa española exige una previsión específica de incompatibilidad con la pensión lucrada en el extranjero no aplicable al complemento por IPT según Luxemburgo, por no estar incluido en el anexo IV, parte D, del Reglamento 1408/71.

⁶ Se denegó la pensión de jubilación a pastor evangélico, quién a pesar de la integración del colectivo de pastores de la iglesia evangélica en el régimen general de la Seguridad Social, no pudo cumplir el requisito del período de cotización mínima exigido, posibilidad reconocida a los sacerdotes católicos: trato de favor a los sacerdotes católicos frente a los pastores evangélicos, lo cual resulta contrario al carácter aconfesional del Estado.

diciembre 2009, denegación de pensión de viudedad a matrimonios celebrados por rito gitano⁷.

La “historia” de este controvertido complemento por maternidad podría resumirse así:

A) El Consejo de Ministros celebrado el 5 de junio de 2015 acordó remitir a la Comisión del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados una propuesta para reconocer la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que compatibilizan su carrera laboral con la maternidad. Esta propuesta consistía en introducir un complemento adicional a la cuantía de las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente de las mujeres que hubieran tenido dos o más hijos. Suplemento que tendría su eficacia para las pensiones causadas a partir de 1-1-2016. Se recordaba que dicha propuesta estaba ya incluida en el Plan Integral de Apoyo a las Familias 2015-2017, aprobado por el Gobierno en Consejo de 14 de mayo de 2015. El porcentaje adicional de la pensión contributiva para las mujeres que tuvieron hijos tenía la siguiente escala: 5% por haber tenido dos hijos; del 10% en el caso de tres hijos; y del 15% para cuatro o más hijos. Su operatividad era la siguiente, una vez calculada la nueva pensión de acuerdo a las reglas de cálculo para cada prestación, se aplica el porcentaje correspondiente en función del número de hijos. El resultado entonces será el importe de la pensión incrementado en esa cantidad. Se indicaba que dicho complemento se dirigía especialmente a las mujeres con carreras de cotización suficientes para generar una pensión, “es decir, mujeres trabajadoras y con residencia continuada en España” –de la nota informativa subsiguiente del Consejo de Ministros-. Se entendía que el efecto de la medida es acumulativo. Así, en 2017 se benefician las altas de pensionistas en 2016 que siguen vivas más las altas propias del ejercicio; en 2018, las altas de pensionistas de 2016 y 2017 que siguen vivas más las producidas en el año, y así sucesivamente:

TIPO DE PRESTACIÓN	2016	2017	2018	2019
Jubilación	45.882	88.914	128.100	165.773
Incapacidad Permanente	18.618	38.047	54.278	70.613
Viudedad	58.857	114.990	168.447	219.119
TOTAL BENEFICIARIAS	123.357	241.951	350.825	455.504

La razón o justificación de la propuesta era responder a “una cotización demográfica que reconoce el esfuerzo de las mujeres trabajadoras con hijos en forma de un incentivo económico que contribuya a cerrar la brecha de género a la hora de generar pensiones”. Con ello se reconocería la aportación de las familias como elemento clave para la sostenibilidad futura del sistema de pensiones. En lo remanente a su financiación, este lo sería con cargo al Presupuesto de la Seguridad Social. Se recordaba además que con ello se estaba atendiendo a la Recomendación 17^a del Pacto de Toledo que reclamaba reconocer el esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social y que la medida da respuesta a las

⁷ Hubo discriminación basada en el no reconocimiento de los efectos civiles de esa celebración: existencia de buena fe en la demandante sobre la validez de su matrimonio reforzada por el reconocimiento oficial de su situación por las autoridades al darles un libro de familia, la consideración de familia numerosa por sus seis hijos y la cotización durante diecinueve años del marido a la Seguridad Social: existencia de una expectativa legítima al reconocimiento de la pensión: derecho de las minorías a ser tratadas de forma diferente para favorecer su integración social.

Recomendaciones de la Unión Europea que instan el reconocimiento de la natalidad como eje de futuro del Sistema en el marco de una “Política de Familia”, de forma que se ayude a prevenir situaciones de desprotección de la mujer ante insuficiencias de pensiones futuras.

B) En 9 de junio de 2015, la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes, presentó en la Secretaría General del Congreso de los Diputados un informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones elaborado por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social para su traslado a la Comisión de Seguimiento de los Acuerdos del Pacto de Toledo. El informe comienza exponiendo el contexto social en el que se encuentra España (proyecciones demográficas, y la brecha de género en el trabajo y su repercusión en las pensiones); la situación en los países del entorno comunitario; las medidas y prestaciones del sistema español de Seguridad Social relacionadas con la natalidad; el Plan Integral de Apoyo a la Familia; y finalmente la propuesta de un complemento por aportación demográfica de las familias como elemento clave para la sostenibilidad futura del sistema. Considerando que dicho complemento sería una *“señal clara de apoyo a la maternidad, de estímulo a la natalidad, de consideración social al esfuerzo realizado por la familia (y en particular la mujer)”*. Se entiende que además que viene a reforzar el principio de contributividad del sistema, pues solo se va a reconocer cuando en “la solicitante concurren los requisitos exigidos para generar derecho a la pensión” y viene a corregir *“la doble penalización sobre las mujeres trabajadoras como consecuencia de la maternidad”*. Proponiendo para ello la modificación del texto refundido de la LGSS/1994 y del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado y demás normas de desarrollo.

-Finalmente el complemento controvertido fue introducido en nuestro sistema de Seguridad Social por la Disposición final segunda, Uno) de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, que introdujo un nuevo art. 50 bis en la LGSS⁸ (texto refundido de 1994) y de ahí pasaría al actual art. 60 de la LGSS. El complemento se configuró de la siguiente forma:

- a) Se reconoce a mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o viudedad.
- b) Su naturaleza jurídica es de pensión pública y consiste en un porcentaje adicional aplicable a la cuantía inicial de las referidas que está en función del número de hijos (2 hijos un 5%; 3 hijos un 10% y 4 o más un 15%).
- c) Solo computarán los hijos nacidos o adoptados antes del hecho causante.
- d) Se establecen reglas específicas para determinar la aplicación de dicho porcentaje adicional para los casos de que la cuantía inicial de la pensión alcance el importe máximo de la pensión pública, cuando la cuantía inicial de la pensión causada sea inferior a los mínimos anuales, y cuando en los casos de concurrencia de pensiones; o por pensiones reconocidas en aplicación de las normas internacionales).

⁸ Se modificaría también la rúbrica de la Sección Tercera del capítulo IV, Título I de la LGSS/1994 que pasaría a denominarse *“Revalorización, importes máximos y mínimos de pensiones y complemento de maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social”*.

- e) Se veta el acceso a dicho complemento cuando se haya accedido a la pensión de jubilación por voluntad de la trabajadora y también en los casos de jubilación parcial hasta que esta no se convierta en total.
- f) En cuanto a su dinámica (nacimiento, duración, suspensión y extinción) y también actualización queda vinculado a la pensión a completar.
- g) solo se reconoce a las pensiones causadas a partir de 1 de enero de 2016, a tenor de lo previsto en la Disposición final tercera de la Ley 48/2015, de 29 de octubre.

C) En su aplicación práctica fueron produciéndose diversas controversias que inicialmente fueron resueltas vía criterios administrativos, por ejemplo: viabilidad de su renuncia para la adquisición de otra prestación de la Seguridad Social (criterio Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 18/4/2017, respuesta a consulta 8/2017); sobre si el lugar exigible para el nacimiento o la adopción debe ser en España o resulta indiferente (criterio de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 15/12/2017, respuesta a consulta 27/2017) o para el caso del reconocimiento de pensiones al amparo de normas internacionales (criterio Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 11/2/2016, respuesta a consulta 2/2016); causada pensión en 2015 en situación de no alta y solicitada desde situación de no alta en 2016, procedencia o no de su reconocimiento (criterio de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 30/5/2016, respuesta a consulta 9/2016). Lo que finalmente llevó a la consideración en 2018 de la necesidad del desarrollo reglamentario de la regulación del complemento por maternidad vía Real Decreto y así dar una cobertura legal mínima a las diversas cuestiones interpretativas surgidas en su aplicación y otras más complejas como la regulación de la situación en que el registro civil consten dos mujeres como progenitoras del mismo hijo en cuanto a la determinación de la beneficiaria del beneficio por cuidado de hijos o menores acogidos⁹, que no llegaría aprobarse, quizás motivado por la situación política española en aquellos momentos.

Quizás, las controversias más relevantes que ha tenido hasta ahora este complemento han sido en torno a los siguientes aspectos:

- a) La viabilidad de reconocer el complemento a las mujeres que acceder a la condición de pensionista de jubilación de forma voluntaria antes de la edad ordinaria, puesto que desde el punto de vista de la aportación demográfica a la Seguridad Social de la mujer es indiferente que la jubilación sea a una edad u otra, que de momento no ha encontrado una solución positiva (véase el Auto del Tribunal Constitucional 114/2018, de 16 de octubre, que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018, planteada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Barcelona)¹⁰.

⁹ Véase la memoria justificativa del proyecto de Real Decreto para la aplicación y desarrollo del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social de 6 de agosto de 2018.

¹⁰ Véase la nota informativa n.º 105/2018 del Tribunal Constitucional que recoge un resumen del motivo por el que se inadmite y también de los interesantes votos particulares al mismo.

- b) La constitucionalidad de la exclusión del complemento a las pensiones causadas antes de 1-1-2016¹¹.
- c) Su carácter discriminatorio al quedar limitado en su ámbito subjetivo a la aportación demográfica de las mujeres con exclusión de los hombres, que es el que ha dado lugar a la sentencia del TJUE que aquí se analiza¹².

La STJUE de 12 diciembre de 2019 (asunto C-450/2018) parte de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona, mediante auto de 21 de junio de 2018, recibido en el Tribunal de Justicia el 9 de julio de 2018, en el procedimiento entre WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). La petición de decisión prejudicial tenía por objeto la interpretación del artículo 157 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. El contexto en el que se planteó procedía de un litigio entre una persona, padre de dos hijas, y el INSS, en relación con la negativa a concederle un complemento a la pensión de invalidez reconocida que sin embargo si percibiría en caso de ser mujer.

De las consideraciones que hace el TJUE sobre el fondo del asunto, merecen ser reseñadas las siguientes:

A) Según el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, habida cuenta de la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, se les concede el complemento de pensión controvertido cuando hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias, de pensiones contributivas –entre ellas– la de invalidez permanente. En cambio, los hombres que se encuentran en una situación idéntica no reciben este complemento de pensión.

B) Por consiguiente, resulta que esta norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Y este trato menos favorable basado en el sexo puede constituir una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7.

C) El recordatorio de su reiterada doctrina, a saber: a) La discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes¹³; b) En tal caso, procede comprobar si la diferencia de trato entre hombres y mujeres establecida por la norma nacional controvertida en el litigio principal se refiere a categorías de personas que se encuentran en situaciones comparables; y a este respecto, la exigencia del carácter comparable de las situaciones no requiere que las

¹¹ Véase en este sentido 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.

¹² Véase la crítica al mismo de 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 los Derechos Sociales Lex Social*, enero-junio, Vol. 6 núm. 1 (2016), págs. 72-93.

¹³ Y cita en tal 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.

situaciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas¹⁴; y c) El carácter comparable de las situaciones no debe apreciarse de manera global y abstracta, sino de un modo específico y concreto, teniendo en cuenta todos los elementos que las caracterizan, especialmente a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción controvertida¹⁵.

D) Su cuestionamiento sobre los objetivos que se dicen perseguir por el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, a saber:

a) *Recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social*, señala que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres. Por ello, la aportación demográfica a la Seguridad Social no puede justificarse 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.

b) *Minorar la brecha de género* (tal y como sostenía el INSS) entre las pensiones de las mujeres y de los hombres, que se produce como consecuencia de las distintas trayectorias laborales, buscando 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. A ello, el TJUE recuerda que el art. 60.1 LGSS, tiene como objeto, al menos parcialmente, la protección de las mujeres en su condición de progenitor y ello es una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres y, por otro lado, las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos. Las desventajas profesionales de las mujeres derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas. La existencia de datos estadísticos que muestren diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las pensiones de los hombres no resulta suficiente para llegar a la conclusión de que, por lo que se refiere al complemento de pensión controvertido, las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores.

E) Pues bien, el TJUE teniendo en cuenta su propia doctrina relativa a que una excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo, establecida en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, solo es posible en los casos que se enumeran con carácter exhaustivo en esa misma Directiva¹⁶; y que también los Estados miembros tienen el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a garantizar esta protección, el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 79/7 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al

¹⁴ En tal sentido señala la sentencia de 26 de junio de 2018, MB sobre cambio de sexo y pensión de jubilación, C-451/16, EU:C:2018:492, apartado 41.

¹⁵ Véase lo indicado en la nota anterior.

¹⁶ En este sentido véanse las sentencias de 3 de septiembre de 2014, X, C-318/13, EU:C:2014:2133, apartados 34 y 35, y de 26 de junio de 2018, C-451/16, apartado 50

parto¹⁷, llega a entender que 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. Llamando la atención sobre tres aspectos: a) que se concede dicho complemento a las mujeres que hayan adoptado dos hijos, lo que indica que el legislador nacional no pretendió limitar la aplicación del artículo 60, apartado 1, de la LGSS a la protección de la condición biológica de las mujeres que hayan dado a luz; b) que 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; y c) que el artículo 60, apartado 1, de la LGSS no supedita la concesión del complemento de pensión en cuestión a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos, sino únicamente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido 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.

F) Y por ello concluye:

a) Que un complemento de pensión como el controvertido 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.

b) Que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal constituye una discriminación *directa* por razón de sexo y, por lo tanto, está prohibida por la Directiva 79/7.

c) Todo ello, sin perjuicio, de la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos; y que 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.

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

¹⁷ Véanse, en este sentido, en relación con la Directiva 76/207, las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, EU:C:1984:273, apartado 25, y de 19 de septiembre de 2013, Betriu Montull, C-5/12, EU:C:2013:571, apartado 62).

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.

En realidad, lo que le viene a decir al legislador español el TJUE es que se ha creado un complemento a una pensión que se otorga a las mujeres simplemente por el hecho de serlas y se niega a los hombres por lo mismo y que ninguna de las razones o justificaciones invocadas por la administración de la Seguridad Social española lo avalan. Y así, en este punto son muy interesantes las conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek, entre las que cabe destacar las siguientes:

1. Sobre objeto compensar los efectos en las pensiones de las desventajas que sufren las mujeres durante su vida profesional, se recuerda que la medida 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.
- Tampoco se aplica a pensiones causadas antes de 1-1-2016, excluyendo por tanto a las mujeres pertenecientes a las generaciones que más probablemente se han visto afectadas por la brecha de género.

2. Sobre el requisito de la necesidad de la medida. 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

A modo de valoración final sobre el controvertido “complemento por maternidad. El mentado complemento está necesitado de un replanteamiento general y pensarse a que se quiere que responda ya que, si este es la respuesta a *“una cotización demográfica: es decir, se tiene en cuenta el número de hijos que se aportan, clave para la sostenibilidad futura del sistema en la medida en que se trata de futuros cotizantes, y no solo la cotización económica tradicional”*¹⁹, habría que reflexionar (además de las consideraciones que hace el TJUE), sobre aspectos como, por ejemplo:

- Si se debería de vincular a persona trabajadora que ve dificultada su futura carrera de seguro y no como ahora que incluso no es preciso haber trabajado nunca (sería el caso del complemento para la pensión de viudedad).

¹⁸ Un análisis completo y exhaustivo, con contribuciones relevantes e innovadoras para esa política del Derecho coherente de protección de la familia plural, véase ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS) celebrado en Madrid en 2018, Ed. Laborum, Murcia, 2018, 888 págs.

¹⁹ Así se presenta dicho complemento como argumento general en el “Informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas”, elaborado por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y remitido a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, en fecha 9-6-2015, pág. 31.

- Sobre su injusto y limitado alcance temporal (a situaciones a partir de 1-1-2016), salvo que se piense que la dosis de Seguridad Social que se puede permitir España no lo admita.
- A si ello debe alcanzar o no a pensionistas de viudedad, teniendo en cuenta que ellos son beneficiarios derivados y que a tenor de la amplia compatibilidad que tiene dicha pensión podría suponer una sobreprotección no merecida.
- Cuando se habla de aportación demográfica se está pensando también en potenciales cotizantes, lo cual puede no llegar a ocurrir. Solo por citar un caso, piénsese en la nula aportación demográfica a la Seguridad Social española que hace una persona extranjera que ha tenido y los tiene hijos fuera de España.
- La no consideración de situaciones dignas de equiparación al número mínimos de hijos exigido de dos, por ejemplo, una persona con hijo discapacitado.
- Etcétera.

En cualquier caso, hay que realzar que el TJUE, legitima las medidas de acción positiva dirigidas a resolver las brechas de género y su acomodación con el Derecho Social de la Unión, pero rechaza la medida objeto de controversia jurídica porque, (1º) el referido complemento de pensión se dirige a realmente a proteger la maternidad en sí, siendo así que queda al margen del artículo 4.2 de la Directiva 79/7/CE 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); (2º) dicho complemento no se supedita a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo motivos por la tarea de cuidado, sino al factor demográfico sin más, lo que no se puede amparar en el artículo 7.1 de la citada Directiva 79/7/CE; (3º) el referido complemento de pensión objeto de controversia jurídica tampoco puede acogerse a las previsiones del artículo 157 del TFUE, toda vez que su finalidad explícita es otorgar un plus de pensión con carácter general exclusivamente en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión. De manera que al tratarse de atender a efectos que se aplazan a la fecha de sustitución del salario por una pensión de Seguridad Social, una vez terminada la carrera profesional (“carrera de seguro”) de la actora, en el fondo no se está poniendo una acción efectiva a las dificultades planteadas en la trayectoria de la carrera profesional. De ahí que, con acierto, el TJUE entienda que tal como está diseñado dicho complemento se capaz realmente de compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad por razón de sexo en la vida profesional. La lógica del razonamiento judicial es aplastante, puesto que lo que se viene a exigir es que las excepciones se mantengan dentro de los límites de lo apropiado y necesario para lograr el objetivo perseguido por la medida de acción positiva de que se trata. Con todo, ese complemento específico, deberá extenderse subjetivamente a todas las personas comprendidas dentro de campo de aplicación, y por consiguiente con independencia de su condición de sexo; salvo que el legislador decida suprimir dicha medida de acción positiva con efecto “erga omnes”.

Quizás habría que hacer una reflexión más amplia y si medidas como estas no deberían de estar contempladas dentro de una protección seria a la familia (que quizás sería el más idóneo) o al menos a natalidad; y desde luego en el marco de una política de Seguridad Social más integral y coherente. Si nos limitamos al fomento o atención a la natalidad, debería de replantearse la compleja protección actual (en el ámbito de la Seguridad Social), que muy esquemáticamente y sin ánimo de ser exhaustivo se refleja en el siguiente cuadro:

MEDIDAS Y PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN RELACIÓN CON LA NATALIDAD		
BENEFICIOS Y SINGULARIDADES EN LA COTIZACIÓN		
<p>-Contratos de interinidad por: descanso nacimiento y cuidado de menor, <i>riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia</i> (LO 3/2007).</p> <p>-Mantenimiento de la contratación: trabajadores sustituidos en situación de descanso por nacimiento y <i>cuidado de menor y riesgo durante el embarazo y lactancia</i> (Ley 12/2001).</p> <p>-Singularidades en la cotización de trabajadoras agrarias por cuenta ajena en situación de <i>riesgos durante el embarazo, lactancia y nacimiento y cuidado de menor</i> (Orden TMS/83/2019).</p> <p>-Particularidades en la cotización durante la situación de nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo o lactancia (RD 2064/1995)</p>		
ACCIÓN PROTECTORA		
Nivel contributivo	Medidas o Prestaciones no –directamente– económicas y que facilitan el acceso a la protección	<p>-Situaciones asimiladas al alta: excedencia para el cuidado de hijo con reserva de puesto de trabajo (art. 36 RD 84/1996).</p> <p>-Computo de cuotas durante la situación de nacimiento y cuidado de hijo, <i>riesgo durante el embarazo y lactancia natural</i>, cuidado de hijo enfermo grave (art. 165.3 LGSS).</p> <p>-Período por nacimiento y cuidado de hijo subsiguiente a la fecha de extinción del contrato o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo (art. 165.6 LGSS).</p> <p>-<i>Períodos de cotización asimilados al parto</i> (art. 237 LGSS).</p> <p>-Beneficios por cuidado de hijos o menores (art. 238 LGSS).</p> <p>-Prestación familiar –anterior no económica– (art. 239 LGSS).</p>
	Prestaciones económicas	<p><i>Complemento por maternidad en las pensiones contributivas de la Seguridad Social</i> (art. 60 LGSS).</p> <p>Nacimiento y cuidado de menor (art. 177-182 LGSS).</p> <p>-Supuesto general (art. 177-180 LGSS).</p> <p>-<i>Supuesto especial</i> (art. 181 y 182 LGSS).</p> <p>Corresponsabilidad en el cuidado del lactante (arts. 183-185 LGSS).</p> <p><i>Riesgo durante el embarazo</i> (arts. 186-188 LGSS).</p> <p><i>Riesgo durante la lactancia natural</i> (arts. 188-189 LGSS)</p> <p>Cuidado de hijo enfermo de cáncer u otra enfermedad grave (art. 190-192 LGSS).</p>
Nivel no contributivo	Prestaciones económicas	<p>Asignación económica por hijo o menor acogido a cargo acogido a cargo (arts. 352-356 LGSS).</p> <p>Prestación económica por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en casos de <i>madres con discapacidad</i> (arts. 357-358 LGSS).</p> <p>Prestación económica por parto o adopción múltiples (arts. 359-360 LGSS).</p>
<p>• En cursiva las medidas y prestaciones dirigidas exclusivamente –en principio– a quienes tengan la condición de mujer.</p>		

Y si entendemos que deben de estar comprendidas dentro de la protección a la familia tendrá que hacerse con una visión de conjunto que tenga en cuenta: una protección social, económica y fiscal de las familias (medidas relativas al empleo, sociales, tipo fiscal, servicios, vivienda, renta mínima garantizada estatal como prestación de Seguridad Social *no* contributiva, etcétera); políticas y medidas de conciliación y corresponsabilidad; de apoyo

directo al nacimiento y cuidado de hijos, de apoyo a familias con necesidades especiales (numerosas, monoparentales, con personas con discapacidades etcétera²⁰.

²⁰ Y en este punto puede servir de referencia y orientación las interesantes reflexiones recogidas en el II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, celebrado en Madrid durante los días 25 y 26 de octubre de 2018, cuyas ponencia y comunicaciones se encuentran en la siguiente publicación: *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, Ediciones Laborum, Murcia, 2018.