

**EL COMPROMETIDO COMPLEMENTO DE PENSIONES POR
MATERNIDAD EN ESPAÑA Y SU IMPROBABLE ACOMODO A LA
NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA ANTIDISCRIMINATORIA
DE LA UNIÓN EUROPEA**

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR
*Catedrática de Universidad
Universitat de València*

*...hemos de mandar al taller a nuestras esposas,
con perjuicio de la educación de nuestros hijos,
sacrificar a estos mismos hijos a un trabajo prematuro...
os lo pedimos en nombre de nuestra dignidad ultrajada,
de nuestras mujeres arrebatadas del hogar doméstico por una necesidad impía,
de nuestros hijos creciendo ya como nosotros
bajo el peso de la ignorancia, del trabajo y la miseria.*

F. Pi i Margall (1855)
*Texto para la Exposición presentada por la clase obrera a las Cortes Constituyentes
(Constitución no promulgada de 1856)*

RESUMEN

El artículo realiza un análisis crítico del complemento de maternidad recientemente aprobado en España, que consiste en un suplemento porcentual (entre el 5 y 20 15%) de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente o viudedad a las que accedieran las mujeres. La autora llega a la conclusión de que el complemento de maternidad español podría estar en contra de la Directiva 79/7 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 *Maïstrellis*).

PALABRAS CLAVE: Maternidad, seguridad social, discriminación por género

SUMMARY

The paper makes a critical analysis of the *complement of maternity*, a social security benefit recently approved in Spain, which consists of a supplementary percentage (between 5 and 15 % of the pension) added to the women's pensions of retirement, permanent disability or widowhood. The author concludes that this benefit could be against the Directive 79/7/EEC since the Spanish legislation establishes an exclusive benefit for women in the field of social security that it is not related exclusively to the biological motherhood as Directive 79/7 requires. On the other hand, the Spanish complement of maternity could be against what is laid down in the Directive 79/7/EEC as well since the Directive establishes the obligation for member States to review the differences in the social security between men and women involved in the care of the children. The paper analyzes, in this regard, the CJEU jurisprudence which considers the women's benefits for the care of the children to be discriminatory (among others, judgments in cases *Griesmar*, *Leone*, *Roca Alvarez* or *Maïstrellis*).

KEY WORDS: Maternity, social security, gender discrimination

SUMARIO:

1. *Cuestiones preliminares: el anuncio de un complemento de maternidad a la pensión contributiva en España.*
2. *El marco de los beneficios atribuidos exclusiva o prioritariamente a las mujeres en el sistema español de seguridad social.*
3. *La contravención del complemento de pensiones por maternidad español a la Directiva 79/7.*
4. *La contravención del complemento español por maternidad a la jurisprudencia del TJUE.*

4.1. *El Asunto X: la normalización de la protección antidiscriminatoria por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social.*

4.2. *Los asuntos Griesmar y Leone: la imposibilidad de escapar a la invalidez de las normas diferenciales entre hombres y mujeres.*

1. Cuestiones preliminares: el anuncio de un complemento de maternidad a la pensión contributiva en España

El pasado 15 de Mayo el Consejo de Ministros español aprobó el Plan de apoyo a la familia, un documento ya anunciado en los tiempos del ministerio de Ana Mato, que veía finalmente la luz apenas unos días antes de las elecciones autonómicas y municipales¹. El Plan anticipaba un desembolso de 5400 millones de euros en su primer ejercicio aunque en la ley de presupuestos para 2016 no aparecían ni dicha cantidad ni dicho destino. La circunstancia se explicaba, en parte, porque la mayoría de las medidas anunciadas ya existían y se aplicaban en el momento en que se aprobó el Plan (por ejemplo, la desgravación fiscal aplicable a las familias numerosas) por lo que no se requerían para su implantación desembolsos adicionales más allá de las partidas ya existentes. En parte también se explicaba por el hecho de que el Plan estaba plagado de iniciativas, propuestas, estudios, impulsos, promociones, facilidades, apoyos y otras expresiones tan optimistas como necesitadas de escaso desembolso. Pero la medida más vistosa del Plan, y aquella que aparentemente le redimía de su escasa inversión efectiva, fue el complemento de pensión contributiva para las madres de dos o más hijos que accedieran a partir del 1 de Enero de 2016 a las pensiones de jubilación, incapacidad permanente o viudedad. La propuesta debía pasar el filtro de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados, donde fue remitida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de Junio de 2015 que lo presentó bajo el título “Medidas para reconocer la contribución demográfica de las madres trabajadoras”. El 9 de junio de 2015 se presentó en el registro de entrada del Congreso de los diputados el Informe de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas. Finalmente, *el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la seguridad social* quedó introducido en el ordenamiento español por medio de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016 (Ley 48/2015, de 29 de Octubre). Actualmente se encuentra regulado en el art. 60 de la Ley General de la Seguridad Social (RD legislativo 8/2015, de 30 de Octubre). También se reconoce en Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016 el mismo complemento para Clases Pasivas del Estado (DA 18 de la Ley de Clases Pasivas del estado, RD legislativo 670/1987, de 30 de Abril)

¹ El texto del plan puede encontrarse en <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/140515enlacefamilia.aspx>

El complemento de maternidad se configura como un incremento directamente aplicable a la pensión final, que alcanza el 5% si la madre pensionista ha tenido dos hijos, el 10% si ha tenido tres y el 15% si ha tenido cuatro o más hijos. La medida queda limitada a las madres (requisito subjetivo), tanto por maternidad de hijos naturales como adoptados, que cumplieran los requisitos mínimos para el acceso a la correspondiente pensión contributiva (requisito material), por lo que deja fuera a las madres trabajadoras que se encontraran en las situaciones de necesidad más graves, aquellas que simplemente accederían a la magra pensión no contributiva. Debe recordarse, por cierto, que las reformas recientemente operadas en el sistema de pensiones afectan particularmente a las carreras profesionales más precarias y, por ello, son susceptibles de configurar un escenario de protección social que previsiblemente empujará a más mujeres al ámbito no contributivo². Por lo demás, sin embargo, se admite que el complemento permita superar la pensión máxima, aunque en tal caso queda reducida la cuantía del complemento al 50%.

Lo más llamativo del complemento de pensiones es que parece ignorar que existe ya un marco de protección compensatoria aplicable al nacimiento y al cuidado de los hijos. En principio, existen numerosas medidas en España establecidas para compensar dicha deficiencia en relación al hecho físico de la maternidad (prestación no contributiva de maternidad, cotización efectiva durante el permiso de maternidad o la prestación de riesgo durante embarazo/lactancia -en ocasiones bonificada-, cotización ficticia de 112 días por hijo de la DA 44 LGSS...). Pero, además, existen también en el ordenamiento español medidas dirigidas directa y exclusivamente a compensar los defectos totales o parciales de cotización motivados por el acceso a permisos parentales. Se trata del sistema de cotizaciones ficticias establecido para el supuesto de excedencia por cuidado de hijos y para completar al 100% el tiempo cotizado correspondiente a los primeros dos años de reducción de jornada por cuidado de hijos (art. 180 LGSS). Este mecanismo de cotización ficticia referido al disfrute de permisos parentales resulta aplicable a quienquiera que acceda al permiso parental, sea padre, madre o acogedor. Pero el art. 180 LGSS no es el único en nuestro ordenamiento que pretende compensar los defectos de cotización por cuidado de hijos: la DA 60 LGSS atribuye días adicionales de cotización a los trabajadores/as con responsabilidades de cuidado cuando hubiera defectos de cotización en los meses previos y/o posteriores al parto, a la adopción o al acogimiento. Si se tienen en cuenta las cotizaciones ficticias del art. 180 LGSS aplicables a los defectos de cotización por permisos parentales y las cotizaciones adicionales ficticias de la DA 60 LGSS, aplicables a los casos de defectos de cotización coetáneos al parto o a la adopción, el marco resultante parece exhaustivo, más aun si se añaden las cotizaciones ficticias previstas exclusivamente para las madres en la DA 44 LGSS.

² Sobre ello traté en mi trabajo BALLESTER PASTOR, M.A., “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico”, *Temas Laborales*, 112, 2011. También, al respecto, MIÑARRO YANINI, “Algunas reflexiones en torno a la incidencia de las últimas reformas laborales y medidas de contención económica sobre el trabajo de la mujer”, *Actualidad Laboral*, 10, 2013, pág. 10 ss. Acerca de los efectos de las reformas recientes en España en las mujeres, GUAMÁN HERNANDEZ, “Mujeres, reforma y mercado de trabajo en (la) crisis”, *Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, 386, 2015

El lector benevolente podría pensar, tal vez, que el complemento de pensiones por maternidad tiene una finalidad más trascendente. El complemento serviría para compensar los perjuicios invisibles a las carreras de cotización derivados del cuidado de los hijos. En principio, no parece objetable esta finalidad si no fuera porque estos perjuicios invisibles suelen consistir en abandonos forzados por incompatibilidades horarias motivadas por la defectuosa regulación española del sistema de conciliación, o por la ralentización de las carreras profesionales o por la simple y llana discriminación por cuidado familiar. Y resulta claro que todas ellas son consecuencia de una defectuosa regulación en España de los mecanismos de conciliación y corresponsabilidad. Sigue pendiente, por ejemplo, la garantía del derecho a la adaptación de la jornada tal y como requiere la cláusula sexta de la Directiva 2010/18, de permisos parentales³.

De hecho, lo más paradójico de este complemento de pensiones por maternidad es su finalidad: se concede a las mujeres *por su aportación demográfica a la Seguridad Social* (art. 60 LGSS). En los documentos oficiales se hace referencia a perjuicios generales en las carreras profesionales de las madres, que a veces recuerdan los sacrificios generosos y gratuitos que se atribuían y esperaban de las madres durante la dictadura franquista. Si actuamos por exclusión, el complemento no va atribuido exclusivamente a los perjuicios vinculados estrictamente a la maternidad (más abajo me detendré más detenidamente en ello), por lo que su definición (complemento por maternidad) es, al menos confusa. Pero tampoco parece que pretenda compensar los defectos de cotización por cuidado familiar porque no solo se atribuye a las pensiones de incapacidad y jubilación, que requieren un tiempo de trabajo efectivo previo, sino que también se aplica a la pensión de viudedad, que no está vinculada al trabajo efectivo de la beneficiaria sino al de su cónyuge o compañero. En definitiva, una mujer que nunca haya trabajado y que se haya dedicado exclusivamente al cuidado de sus hijos accedería a este complemento de maternidad en su pensión de viudedad. El incremento serviría en general para aumentar la cuantía de la pensión de viudedad, lo que ciertamente no es injustificado, pero existen instrumentos más adecuados para dicha finalidad.

Pero el aspecto más sorprendente del complemento es su aplicación exclusiva a las mujeres. Efectivamente, la medida está pensada solamente para las madres que hubieran

³La posible falta de adecuación del ordenamiento español a la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 de permisos parentales ha dado lugar a que se presente una cuestión prejudicial al respecto por parte del Juzgado de lo Social 33 de Barcelona, Auto 136/54 de 15 de Julio de 2014. La cuestión prejudicial ha sido admitida por el TJUE (asunto prejudicial C-351/14, asunto *Rodríguez Sánchez*) y ha sido objeto de una serie de observaciones por parte de la Comisión Europea (en un informe emitido el 3 de Noviembre de 2014) en las que se constata que la contravención por parte del ordenamiento español podría existir, dado que no se asegura adecuadamente que a su regreso de un permiso parental el empresario deba tomar en consideración la solicitud de adaptación de la jornada realizada por el trabajador/a, tal y como establece la cláusula sexta de la Directiva 2010/18. No es ésta la única posible contravención del ordenamiento español a la Directiva 2010/18 de permisos parentales, tal y como refiere CABEZA PEREIRO, “¿En que debe cambiar el derecho español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre el permiso parental?”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 6, 2010

tenido al menos dos hijos, y no para los padres, aunque fueran ellos los que se hubieran encargado de su cuidado. Como se expondrá más abajo, el TJUE ha advertido reiteradamente del contenido discriminatorio que pueden tener los beneficios para el cuidado familiar atribuidos exclusiva o prioritariamente a las mujeres (asunto *Roca Alvarez* y asunto *Maïstrellis*). Asimismo, 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, establece en sus artículos 4.2 y 7.2 las posibilidades de exclusión del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres de las que disponen los Estados miembros, y es difícil incluir en ellas el supuesto español de complemento de pensiones, como en su momento se expondrá. En definitiva, el complemento de pensiones español trata aspectos particularmente sensibles relacionados con las políticas de conciliación y corresponsabilidad que parecen no haber sido adecuadamente interpretados e implementados en nuestro país.

En las páginas que siguen se analizará, primero, cual es el contexto normativo español en el que se enmarca el complemento de pensiones por maternidad. Posteriormente se estudiará cual es el alcance de la normativa y de la jurisprudencia de la Unión Europea en relación con los beneficios exclusivos o prioritarios establecidos en beneficio de las mujeres en conexión con la maternidad y el cuidado de los hijos. Servirá todo ello para alertar acerca de la contravención de la normativa española de seguridad social a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea.

2.El marco de los beneficios atribuidos exclusiva o prioritariamente a las mujeres en el sistema español de seguridad social

La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva (Ley 3/2007, de 22 de Marzo) estableció una cotización adicional exclusivamente para las mujeres en la DA 44 LGSS, que consistía en una cotización ficticia en beneficio de las que hubieran dado a luz, de 112 días completos por cada parto⁴. La cotización ficticia de la DA 44 LGSS se aplica a las mujeres trabajadoras en el momento del acceso a las prestaciones de jubilación o incapacidad permanente, atribuyéndoles el tiempo de cotización de dieciséis semanas (o 112 días) que les hubiera correspondido si hubieran estado trabajando y hubieran accedido a dicha prestación. Recuérdese que durante el tiempo de la prestación de maternidad se mantiene la cotización, que a su vez está bonificada al 100% si el empresario contrata a otro trabajador/a en sustitución de la mujer en maternidad. Por ello la cotización ficticia de la DA 44 LGSS no se aplica, al menos en su totalidad, si la trabajadora hubiera tenido cotizado el tiempo correspondiente a esas 16 semanas de permiso de maternidad. Es posible que el trabajo efectivo de la beneficiaria fuera muy

⁴*Disposición adicional cuadragésima cuarta. Períodos de cotización asimilados por parto. A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.*

anterior o muy posterior al momento del parto, pero ello es irrelevante. El legislador parte del presupuesto de que la trabajadora no hubiera podido acceder al mercado de trabajo durante este tiempo aunque hubiera querido, al menos durante las seis semanas obligatorias post parto; o que si hubiera querido (por el tiempo posterior a las seis semanas obligatorias post parto) tal vez no hubiera podido; o que si hubiera podido, en todo caso hubiera tenido derecho a un permiso de maternidad de dieciséis semanas. Adviértase, en todo caso, que la DA 44 LGSS no es una medida compensatoria del defecto de cotización por cuidado de hijos, sino una medida compensatoria por el hecho físico de la maternidad. En definitiva, la cotización ficticia de la DA 44 LGSS adquiere legitimidad como medida de titularidad exclusivamente femenina por su conexión material y temporal con la prestación de maternidad. Por lo demás, la cotización ficticia prevista en la DA 44 LGSS ha dado lugar a numerosos pronunciamientos judiciales que han ido solucionando aspectos no tratados específicamente en el precepto, como los relacionados con su aplicación a la pensión SOVI⁵ o con su repercusión en la jubilación anticipada⁶, y cuyo análisis excede del objetivo pretendido por el presente trabajo.

La legitimidad de la DA 60 LGSS⁷ es sensiblemente distinta porque no se atribuye exclusivamente a las mujeres, aunque existe cierta preferencia femenina porque en caso

⁵ Una vez el Tribunal Supremo admitió que la DA 44 se aplicaba también para el acceso a la pensión SOVI tuvo que resolver si el parto debía haberse producido necesariamente en el espacio temporal anterior a 1967 al que se atribuían las cotizaciones que permitían acceder a dicha pensión. El Tribunal Supremo estableció que el parto se debía haber producido durante el tiempo al que se refería la cotización que posteriormente se pretende hacer valer. En el caso de acceso a la pensión SOVI de las mujeres que hubieran cotizado al sistema de Mutualidades con anterioridad al año 1967 ello implica que la cotización ficticia de la DA 44 LGSS solo resulta aplicable si el parto se hubiera producido antes de 1967. Por todas, SSTs de 12 de Diciembre de 2011, rec. 589/2011 y de 18 de Noviembre de 2013, rec. 792/2013. Sobre el tema, por todos, ESTEVE SEGARRA, "Pensión de jubilación SOVI y reconocimiento de días de cotización por parto", *Aranzadi Social*, 17, 2009

⁶ Sobre el tema, por todos, MORENO PUEYO, "Días de cotización por parto y derecho a la jubilación anticipada. Interpretación de la DT 44 LGSS", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 4, 2013

⁷ DA 60 LGSS: 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional cuadragésima cuarta, en cualquier régimen de Seguridad Social y a todos los efectos salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, se computará como período cotizado aquel de interrupción de la cotización, derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. La duración de este cómputo como período cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido. Dicho período se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre. Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, a los exclusivos efectos de determinar la edad de acceso a la jubilación prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 161, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, la duración del cómputo como período cotizado será de un máximo de 270 días cotizados por cada hijo o menor adoptado o acogido. 2. En función de las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social, podrán adoptarse las disposiciones necesarias para que el cómputo, como cotización efectiva, del período de cuidado por hijo o menor, en los términos contenidos en el párrafo primero del apartado anterior, se anticipe antes del 2018, en los supuestos de familias numerosas. 3. En cualquier caso, la aplicación de los beneficios establecidos en la presente disposición no podrá dar lugar a que el período de cuidado de hijo o menor, considerado como período cotizado, supere cinco años por beneficiario. Esta limitación se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el artículo 180.1 de esta Ley.

de discrepancia sobre su disfrute se atribuye a la madre. Este precepto fue introducido por la Ley 27/2011 de 1 de Agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social⁸. Su desarrollo reglamentario se encuentra en los artículos 5, 6, 7, 8 y 9 del RD 1716/2012 de 28 de Diciembre. La DA 60 LGSS surgió como una medida para compensar las mayores dificultades que, en el nuevo contexto configurado por la Ley 27/2011, iban a afrontar las personas con carreras profesionales irregulares como consecuencia de la asunción de responsabilidades de cuidado, y se aplica a las personas (hombres o mujeres) que hubieran tenido un hijo por nacimiento, adopción o acogimiento pre-adoptivo o permanente, cuando hubieran sufrido alguna interrupción de sus carreras de cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento o tres meses anteriores a la adopción y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. La DA 60 LGSS no requiere prueba de dedicación efectiva al cuidado del hijo porque no va vinculada a permiso parental sino a la pérdida del empleo en el marco de referencia temporal establecido en torno al nacimiento, la adopción o el acogimiento. Así pues, la cotización ficticia de la DA 44 LGSS sirve para compensar la cotización perdida por la mujer por el hecho físico del parto; y la DA 60 LGSS sirve para compensar los defectos de cotización surgidos en torno al nacimiento, adopción o acogimiento de un menor, presumiblemente como consecuencia del cuidado que requieren y que puede haber repercutido en el mantenimiento del empleo, aunque el beneficiario/a queda liberado/a de la prueba de esta finalidad y ni siquiera puede ser privado/a del beneficio en caso de que se probara su no dedicación efectiva al mismo.

Aparece, sin embargo, una interesante coincidencia en la duración máxima de la cotización ficticia de la DA 44 LGSS y de la DA 60 LGSS (ambos de 112 días). Esta equiparación en la duración se produjo, sin embargo, tan solo durante el año 2013 porque a partir de ese año se ha ido incrementando progresivamente la duración máxima de la cotización ficticia hasta que en 2019 llegue a 270 días máximos por hijo (conforme a la tabla establecida en el art. 5 del RD 1717/2012). La asimilación en la duración temporal de las cotizaciones ficticias de la DA 44 LGSS y de la DA 60 LGSS es, pues, meramente coyuntural. Su diferente finalidad justifica que ambas cotizaciones ficticias sean compatibles, en ambos progenitores o en el mismo (art. 5 RD 1717/2012). Por lo demás, otra diferencia de gran relevancia entre la DA 44 LGSS y la DA 60 LGSS es su ámbito material: la cotización ficticia de la DA 60 LGSS se aplica a todas las prestaciones de seguridad social excepto al desempleo. Adviértase que de este modo la cotización ficticia de la DA 60 LGSS se aleja de la DA 44 LGSS (que solo se aplica a la pensión de jubilación y de incapacidad) y se acerca a la del art. 180.1 LGSS prevista para la excedencia por cuidado de hijos, que también tiene un ámbito material más extenso que la DA 44 LGSS. En definitiva, existe una clara relación entre la cotización ficticia de la DA 60 LGSS y la establecida para los permisos parentales en el art. 180 LGSS puesto que ambas sirven para compensar los defectos en las carreras de

⁸ Un comentario sobre el alcance de la DDAA 44 y 60 LGSS por TORRENTE GARI, “El derecho antidiscriminatorio y la falta de equilibrio parental en la protección dispensada a la natalidad y al cuidado de los hijos. A propósito de las Disposiciones Adicionales 44ª y 60ª de la Ley general de Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, 7, 2014

cotización motivados por el tiempo dedicado a los hijos, ya sea dicho tiempo efectivo (permisos parentales en el caso del art. 180 LGSS) o presunto (interrupciones de cotización en torno a la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento en el caso de la DA 60 LGSS).

Pese a los defectos que pudiera tener, no puede decirse, pues, que en el momento en que surgió el complemento de pensiones por maternidad en 2015 el ordenamiento español careciera de mecanismos compensatorios por el tiempo dedicado al cuidado de los hijos. En el Informe de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de Junio de 2015 se hace un apresurado recorrido por estos mecanismos de compensación sin conectarlos efectivamente con la medida propuesta en el Plan de 2015, como si se refirieran a algo diferente. Parece que la principal prioridad del Informe es justificar que el complemento de pensiones sea atribuido exclusivamente a las mujeres. De hecho se realiza en el Informe una cita literal de un párrafo extraído de la Recomendación 17 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo aprobado el 25 de Enero de 2011⁹, en el que se hace referencia a la necesidad de que la dimensión de género sea tenida en cuenta en la reforma de las pensiones. A continuación el informe hace una genérica mención a que en países de nuestro entorno se han adoptado medidas de “cotización demográfica”, para reconocer el esfuerzo realizado por las mujeres en el alumbramiento y cuidado de hijos. La referencia a esta cotización demográfica resulta tan preocupante como su pretendida aplicación en países de nuestro entorno, más aun cuando dichos países no se relacionan ni identifican expresamente. Existe un riesgo evidente de que más que un reconocimiento, esta cotización demográfica sea un incentivo al abandono femenino del mercado de trabajo para el cuidado de los hijos, sobre todo cuando el ordenamiento español no tiene establecidos mecanismos efectivos de conciliación efectiva y de corresponsabilidad. Si la compensación por defectos de cotización por cuidado de hijos ya existe en el ordenamiento español y si el legislador español ha renunciado a fomentar la adaptación de la jornada de trabajo para facilitar la conciliación y la corresponsabilidad, existe el riesgo de que el complemento de maternidad femenino constituya, en realidad, un instrumento de enquistamiento de la segregación.

Pese a la referencia que el Informe de la Secretaría de Estado de la seguridad Social realiza a ciertos documentos de *soft law* de la Unión Europea (Libro Blanco de 2012 y Libro Verde de 2012) existen normas de la Unión Europea y pronunciamientos del TJUE que alertan acerca de los peligros de las normativas internas que fomentan la segregación de roles y denuncian su carácter discriminatorio. La sentencia dictada en el asunto *Roca Alvarez*¹⁰, que resolvía una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional español, es buen ejemplo de ello. Como se sabe, la sentencia advirtió acerca de que los beneficios atribuidos exclusiva o preferentemente a las mujeres para el cuidado de los hijos son discriminatorios contra las propias mujeres por perpetuar roles de cuidado. Ello obligó a un cambio en el ordenamiento español en el permiso de

⁹ Cuyo texto completo puede encontrarse en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/128563.pdf>

¹⁰ STJUE de 30 de Septiembre de 2010, C-104/09

lactancia español establecido en el art. 37.4 ET que, desde 2012 es un derecho indistinto para hombres y mujeres. Además de esta discriminación contra la propia mujer que puede suponer la atribución a la mujer de los beneficios parentales, el TJUE ha establecido con rotundidad que también implica una discriminación contra el hombre. Así, en el asunto *Maïstrellis*¹¹ el TJUE ha determinado el carácter discriminatorio contra el hombre de un permiso parental al que el padre solo puede acceder cuando la madre trabaja. Este condicionamiento es contrario al carácter neutro que deben tener los permisos parentales conforme a la Directiva de permisos parentales y es también contrario a la Directiva 2006/54 porque establece diferencias en las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres. Esta sentencia es la primera que vincula las diferencias por género en los permisos parentales a la Directiva 2006/54, lo que intensifica el mandato de no diferenciación. Sirva lo expuesto para resaltar la idea de que el TJUE considera los beneficios atribuidos para el cuidado de los hijos como un espacio en el que no es admisible el establecimiento de preferencias para las mujeres.

3.Lacontravención del complemento de pensiones por maternidad español a la Directiva 79/7

El principio de igualdad entre hombres y mujeres en la seguridad social no se establece en la Directiva 2006/54, 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 (refundición), sino en 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. La Directiva 2006/54 tiene un ámbito material muy extenso, que sin embargo, expresamente excluye a la seguridad social. Este tratamiento separado tiene una larga tradición y se explica por el hecho de que la seguridad social ha sido una materia férreamente atribuida a las legislaciones internas. De hecho, la Directiva 79/7 establece más excepciones al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que la Directiva 2006/54¹². Tradicionalmente la Directiva 79/7 ha sido considerada una norma de complacencia, que raramente concluía en sentencias del TJUE en las que se reconocía la existencia de discriminación por razón de sexo. Sin embargo el estado de la cuestión actual es sensiblemente diferente a aquel en que se aprobó la Directiva 79/7: de un lado, actualmente la prohibición de discriminación por razón de sexo en la Unión Europea no se limita a los ámbitos estrictos en los que tiene competencia la Unión Europea, sino que abarca cualquier aspecto de la vida de las personas. El ejemplo más claro de ello es la Directiva 2004/113 de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al

¹¹ STJUE de 16 de Julio de 2015, C-222/14

¹² Un comentario acerca de este alcance limitado, entre otros, por TEJERINA ALONSO, “La 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. Su incidencia en la legislación española”, *Noticias de la Unión Europea*, 36, 1988, pág. 75 ss; y GUERRERO PADRON, “Justificación de la discriminación indirecta por razón de sexo en la seguridad social. Doctrina del TJCE”, en *VVAA LA igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. MT y AASS, 2005, pág. 517 ss.

acceso a bienes y servicios y su suministro. La exigencia de aplicación plena del principio de no discriminación en el ámbito de la seguridad social está, pues, plenamente justificada en la actualidad. De otro lado, empiezan a producirse con cierta normalidad, pronunciamientos del TJUE en los que se exige a los Estados miembros que corrijan su normativa de seguridad social a efectos de asegurar que no tenga contenidos discriminatorios, aplicando interpretaciones y conceptos iguales a los que serían de aplicación en el caso de que la Directiva de referencia fuera la 2006/54. Una sentencia particularmente relevante al respecto fue la dictada en el asunto *Elbal Moreno*, que fue el resultado de una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional español¹³. En ella el TJUE advirtió acerca de que los conceptos discriminatorios correspondientes a la protección antidiscriminatoria se aplican también en el sistema de la seguridad social. Ello implicaba la prohibición de discriminaciones indirectas en los sistemas de seguridad social. Otro pronunciamiento significativo del TJUE acerca de la intensidad aplicativa de la Directiva 79/7 fue la sentencia dictada en el asunto *X (infra)*. En ella el Tribunal clarificó que no caben más excepciones al principio de igualdad de trato en materia de seguridad social que las expresamente referidas en la Directiva.

La primera cuestión que debe abordarse en relación con el complemento de pensiones por maternidad español es si está incluido en el ámbito aplicativo de la Directiva 79/7. En principio, el artículo 3.1 de esta Directiva incluye la pensión de jubilación e incapacidad permanente como materias a las que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres formulado en su art. 1. La viudedad, sin embargo, sí que está excluida de la aplicación de la Directiva (art. 3.2). Descendiendo a los contenidos materiales concretos de las prestaciones incluidas en su ámbito, el art. 4.1 de la Directiva 79/7 establece lo siguiente: *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 .* Resulta evidente, pues, que el complemento español de pensiones por maternidad está incluido en el ámbito aplicativo de la Directiva 79/7, puesto que afecta a la cuantía de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente, que están incluidas en el ámbito material de la Directiva. Al establecer una cuantía superior para las mujeres

¹³STJUE de 22 de Noviembre de 2012, C- 385/11. Sobre el alcance de esta doctrina del TJUE y su repercusión en el sistema español de seguridad social, que tuvo que ser objeto de reforma para ajustarse a la doctrina del Tribunal, POYATOS MATAS, “Historia de una discriminación sexista en forma de cotizaciones. A propósito de la reforma de seguridad social de los trabajadores parciales. RD Ley 11/2013, de 3 de Agosto”, *Jurisdicción Social*, 479, 2013; y LOUSADA AROCHENA, “El trabajo a tiempo parcial en el RD ley 16/2013 de 20 de Diciembre”, *Nueva revista Española de Derecho del Trabajo*, 162, 2014. Más adelante el TJUE volvió a pronunciarse acerca de una posible discriminación indirecta del sistema español de seguridad social aunque en esta ocasión el Tribunal consideró que no concurría discriminación indirecta. STJUE de 14 de Abril de 2015, C- 527/13, asunto *Cachaldora Fernández*.

configura, en principio, y antes de entrar en el ámbito de las exclusiones permitidas por la Directiva, una discriminación directa por razón de sexo contraria a su art. 4.1.

Entrando en el campo de las exclusiones, la primera que podría resultar relevante es la establecida en el art. 4.2 de la Directiva 79/7 que establece lo siguiente: *El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.* El precepto de este modo prevé la posibilidad de que se establezcan las consabidas diferencias por razón de la maternidad. Pero la conexión de la excepción prevista en el art. 4.2 de la Directiva 79/7 y las pensiones de jubilación e incapacidad permanente del complemento de pensiones español es demasiado remota. El complemento de pensiones se configuraría como un porcentaje adicional a la pensión, por lo que su cuantía dependería del tiempo de cotización y de la base reguladora, no propiamente del tiempo transcurrido en maternidad ni de su conexión con el hecho físico del embarazo y el parto. Por cierto, debe tenerse en cuenta asimismo, que el complemento español de pensiones se aplica también a la madre adoptiva por lo que desaparece asimismo la conexión con las consecuencias del embarazo y el parto. En consecuencia, tal y como está formulado, el complemento de pensiones por maternidad está desvinculado de la maternidad como hecho físico y más parece constituir un mecanismo de compensación del tiempo dedicado al cuidado de los hijos.

Debe recordarse que los Estados miembros carecen de libertad para determinar arbitrariamente qué beneficios vienen vinculados a la maternidad y, por tanto, pueden ser atribuidos exclusivamente a las madres, y cuáles no. Al respecto el TJUE en el asunto *Hofmann*¹⁴ estableció que pueden considerarse vinculados a la maternidad solo aquellos beneficios establecidos para la protección de la condición biológica de la mujer con ocasión del embarazo y el parto, así como aquellos establecidos para proteger la especial vinculación entre madre e hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto. No pueden ser considerados, sin embargo, beneficios para la protección de la maternidad aquellos que se refieran a situaciones que concurren por igual en hombres y en mujeres¹⁵, o en padres y madres. Todo ello es referido con detalle en la sentencia del TJUE dictada en el asunto *Griesmar (infra)*.

La segunda exclusión a la igualdad de trato en la seguridad social aparece en el art. 7.1 de la Directiva 79/7: *La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación : a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación , y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones ; 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...*Más adelante, el art. 7.2 de la Directiva 79/7 establece lo siguiente: *Los Estados miembros examinarán periódicamente las*

¹⁴STJUE de 12 de Julio de 1988, C-184/83

¹⁵STJUE de 25 de Octubre de 1988, C-312/86, asunto *Comisión c. Francia*

materias excluidas en virtud del apartado 1 , a fin de comprobar , teniendo en cuenta la evolución social en la materia , si está justificado mantener las exclusiones de las que se trata. Si se pone en conexión el complemento de pensiones español y lo establecido en el art. 7 de la Directiva 79/7 resulta lo siguiente: primero, las diferencias en la prestación de jubilación admitidas por el art. 7 de la Directiva 79/7 son exclusivamente las relacionadas con el cuidado de los hijos. Legítima, pues, que la legislación de un Estado miembro otorgue beneficios a las madres frente a los padres, cuando hubieran “educado hijos”. Pero esta circunstancia no aparece en el complemento de pensiones español que se atribuye automáticamente a las madres por el hecho de serlo, independientemente de que hubiera sido el padre el encargado del cuidado. Segundo, las diferencias entre hombres y mujeres motivadas por la educación de hijos se limitan en el art. 7 de la Directiva 79/7 a la pensión de vejez, no a la de incapacidad permanente, que sí que está incluida sin embargo en el complemento de pensiones español. En definitiva, no pueden establecerse diferencias entre hombres y mujeres para el acceso a las pensiones de incapacidad permanente porque no se refiere así en la Directiva 79/7. Y, tercero, y más importante: el artículo 7 de la Directiva 79/7 no legitima las diferencias en la pensión de jubilación entre hombres y mujeres por razón del cuidado de hijos con carácter indefinido, sino que requiere a los Estados miembros para que revisen las diferencias entre hombres y mujeres a fin de eliminarlas. Por tanto, el hecho de que el ordenamiento español pretenda incorporar *ex novo* una medida como el complemento de pensiones exclusivamente para mujeres, cuando ya han transcurrido 37 años desde la aprobación de la Directiva en la que se reclamaba su progresiva revisión y eliminación resulta preocupante. Adviértase que el texto del art. 7 de la Directiva 79/7 no pretende la eliminación progresiva de las medidas dirigidas a compensar el tiempo dedicado al cuidado familiar por parte de quien se hubiera dedicado a ello. Lo que pretende el art. 7.2 de la Directiva 79/7 es que se eliminen progresivamente los beneficios para la compensación del cuidado familiar establecidos exclusivamente para las mujeres. Si un Estado miembro no revisa la legislación al respecto para eliminarla, sino que incorpora nuevas medidas diferenciales entre hombres y mujeres está incumpliendo lo establecido en el art. 7.2 de la Directiva 79/7.

En el ámbito de la Unión Europea solo Chipre y Lituania tienen mecanismos de compensación por el tiempo dedicado al cuidado de los hijos de titularidad exclusivamente femenina. Son, por cierto, previsiones antiguas. En el caso de Chipre la compensación se aplica a las madres de al menos cuatro hijos; y en el de Lituania a las madres de al menos siete hijos. El caso francés también prevé una mejora parcial de titularidad exclusivamente femenina cuyo alcance se describirá a continuación y que, por cierto, ha dado lugar a una intensa litigación. En todo caso, la mayoría de países de la Unión Europea tienen establecidos mecanismos neutros para compensar por el tiempo dedicado al cuidado de los hijos, aunque en ocasiones se establecen preferencias o presunciones a favor de las mujeres (por ejemplo, República Checa, Alemania, Italia o

Grecia)¹⁶. La tendencia de todos los países de la Unión Europea es a referir los beneficios establecidos para el cuidado de los hijos en el ámbito de la seguridad social a quienquiera de los progenitores que se encargara de su cuidado¹⁷. De hecho expresamente se ha instado la desaparición de la exclusión establecida en el art. 7.1 de la Directiva 79/7 a efectos de que tanto madre como padre puedan beneficiarse de ellos cuando asuman el cuidado de los hijos¹⁸. Esta tendencia a la neutralidad por género de los beneficios otorgados a los padres/madres se advierte claramente en normas de la Unión Europea como la Directiva 2010/18 de permisos parentales. En ella se advierte claramente acerca de la necesidad de fomentar el reparto de responsabilidades y, al efecto, se incorpora el objetivo general de que los permisos parentales sean en general intransferibles, así como la obligación concreta de que al menos un mes del permiso parental sea intransferible (cláusula 2.2.). En definitiva, la técnica conciliadora utilizada actualmente por la normativa de la Unión Europea no es precisamente el establecimiento de nuevos beneficios de titularidad exclusivamente femenina vinculados al cuidado de los hijos, sino la promoción de que los beneficios actualmente existentes sean utilizados tanto por hombres como por mujeres. La misma tendencia se advierte en la OIT¹⁹.

El caso francés, en el que parece inspirarse el complemento español de pensiones, es de particular interés. La regulación francesa en materia de beneficios por cuidado de hijos vinculados a las pensiones de vejezha adquirido trascendencia internacional a partir de las sentencias dictadas por el TJUE en los asuntos *Griesmar* y *Leone* (*infra*). En estas sentencias, sin embargo, no se trataba de mejoras de seguridad social sino de mejoras retributivas porque ésta es la naturaleza atribuible a las pensiones percibidas por los funcionarios en Francia. Sin embargo, la cuestión ha trascendido al ámbito de la seguridad social francesa, que tiene establecida desde antiguo una mejora de pensión de vejez exclusiva para las madres en el art. L 351-4 del código de seguridad social francés. La mejora en seguridad social consistía en una cotización ficticia de dos años. Pero, una vez levantada la liebre en el ámbito de los funcionarios con las cuestiones prejudiciales planteadas al respecto ante el TJUE, comenzaron a plantearse reclamaciones de padres incluidos en el sistema de seguridad social, que se habían dedicado al cuidado de sus hijos y que querían beneficiarse de la mejora de cotización establecida exclusivamente para las mujeres en el artículo L 351-4 del código de

¹⁶Las referencias a los países mencionados proceden de COMMISSION'S NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELDS OF EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUALITY BETWEEN MEN AND WOMEN, *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC as amended by Directive 96/97/EC*, pág. 7 http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/2007-social_security_en.pdf

¹⁷Un estudio al respecto por PFAU-EFINGER, "New policies for caring family members in European Welfare States", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, volume 32, nº 1, 2014

¹⁸COMMISSION'S NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELDS OF EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUALITY BETWEEN MEN AND WOMEN, *Report ... (supra)*, pág. 7 refiere lo siguiente: *On the basis of this it could be concluded that this derogation of Directive 79/7 could be abolished and that in principle both men and women should qualify for this type of advantages. An appropriate transitory regime may be necessary in some countries.*

¹⁹Por ejemplo en su documento OIT, *Trabajo decente y cuidado compartido. Hacia una propuesta de parentalidad*, Ginebra, Ed. OIT, 2013

seguridad social francés. Estas reclamaciones se presentaron ante la Alta Autoridad de lucha contra las discriminaciones y por la igualdad que se pronunció en varias ocasiones reclamando del Gobierno la modificación de la normativa a efectos de que se extendiera la mejora de cotización también a los padres²⁰. El legislador francés se negó, en principio, a corregir en este sentido el sistema de mejora femenino alegando que aquellas sentencias del TJUE no resultaban aplicables a los sistemas de seguridad social sino solo al de funcionarios. Sin embargo, la *Cour de Cassation* francesa se pronunció rotundamente en sentencia de 19 de Febrero de 2009 acerca del derecho de los hombres que hubieran dedicado tiempo al cuidado de sus hijos a la mejora prevista para tal finalidad en el código de seguridad social francés para las mujeres²¹. Previamente la *Cour de Cassation* francesa ya se había pronunciado en su sentencia de 21 de Diciembre de 2006 acerca de que las exclusiones paternas resultaban contrarias al art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos²². A la altura de 2010²³ resultaba necesaria en Francia, pues, una reforma normativa que corrigiera la atribución femenina de esta mejora y que la extendiera también a los padres, lo que se produjo por medio de la reforma operada en el artículo L 351-4 del código de seguridad social francés por medio de la Ley 2013-404 de 17 de Mayo de 2013. Esta nueva regulación divide la mejora de cotización tradicional de dos años en dos tramos de un año cada uno. El primero, de un año, permite mejorar la cotización de las madres para compensar la incidencia sobre su vida profesional de la maternidad y el embarazo (así se refiere expresamente en el texto de la norma), razón por la que se atribuye exclusivamente a las mujeres. El segundo tramo, también de un año, se establece para compensar los defectos de cotización motivados por la educación y cuidado de los hijos y puede recaer, por tanto, tanto en la madre como en el padre. La nueva norma configura asimismo los mecanismos aplicables para el supuesto de que no hubiera acuerdo acerca del progenitor en el que debe recaer el beneficio en su segundo tramo.

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que la legislación francesa ha salvado la adecuación a la Directiva 79/7 del tramo de un año de cotización ficticia atribuida exclusivamente a las madres haciendo expresa referencia en su texto a que se formula para compensar los perjuicios aparejados al embarazo y a la maternidad. Esta referencia y su duración máxima de un año le permiten acomodarse a la excepción prevista en el art. 4.2 de la Directiva 79/7 (protección de la maternidad). Pero el legislador francés

²⁰Por todos, pronunciamientos de 3 de Octubre de 2005 (deliberaciones 2005-43) y de 27 de Octubre de 2008 (deliberaciones 2008-237)

²¹FERRON, “Dès le 1er avril prochaine, la majoration de la durée d’assurance pour la retraite, jusqu’à lors réservée aux mères de famille pour chacun de leurs enfants, pourra se partager avec les pères”, *Le Particulier* 1044, 2010

²²MASSE-DESSEN y LANQUETIN, “Report of France”, en COMMISSION’S NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELDS OF EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUALITY BETWEEN MEN AND WOMEN, *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC as amended by Directive 96/97/EC*, pág. 44

²³Por entonces se estaba produciendo también una reforma integral en el sistema de seguridad social francés que finalmente concluyó en un aumento progresivo de la carencia requerida para acceder a la pensión de jubilación y en un aumento de la edad ordinaria de acceso. Al respecto, PANIZO ROBLES, “La reforma de las pensiones en el ámbito de la Unión Europea”, *Foro de Seguridad Social*, 25, 2012, pág. 34 ss

comprende inmediatamente que el segundo tramo de la cotización ficticia francesa, dedicado al cuidado de los hijos, no puede mantenerse exclusivamente para las madres, sino que debe extenderse también a los padres. Si se pone en conexión esta reciente regulación francesa con el complemento de pensiones por maternidad anunciado en España las discordancias resultan evidentes: el nuevo complemento español difícilmente puede quedar vinculado a la maternidad cuando ya existe otro sistema de cotización ficticia previsto en la DA 44 LGSS con esa finalidad. Además, no se han previsto en España las cautelas francesas, que limitan el tiempo de cotización ficticia a un tiempo máximo de un año, que parece una duración razonable para quedar vinculado al hecho físico de la maternidad.

4.La contravención del complemento español por maternidad a la jurisprudencia del TJUE

4.1.El Asunto X: la normalización de la protección antidiscriminatoria por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social

La Sentencia dictada en el Asunto X²⁴ ha tenido una gran trascendencia en el ámbito de la protección antidiscriminatoria²⁵ porque ha extendido a la seguridad social, un ámbito generalmente entendido como blindado, los contenidos y conceptos clásicos de la protección antidiscriminatoria por razón de sexo. La cuestión prejudicial provenía de un órgano jurisdiccional finlandés que cuestionaba la acomodación del sistema de cálculo de una indemnización por accidente de trabajo incluida en el sistema de seguridad social finés cuya cuantía concreta venía determinada, entre otros factores, por la esperanza de vida del beneficiario. Aplicando los correspondientes cálculos actuariales ello implicaba que los hombres percibían una prestación de menor cuantía que las mujeres. La sentencia concluye que dicha diferenciación constituye una discriminación directa por razón de sexo en el ámbito de la seguridad social, contraviniendo lo establecido en la Directiva 79/7. Varios argumentos en su fundamentación jurídica sirven para sustentar el fallo²⁶: En primer lugar, el TJUE advierte de que no pueden existir más excepciones al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito de la seguridad social que los expresamente referidos en la Directiva 79/7. Recuerda, pues, que el mecanismo de protección antidiscriminatoria dispensado por la Directiva 79/7 no difiere del correspondiente al resto de Directivas antidiscriminatorias. En consecuencia, dado que la aplicación de factores actuariales no está expresamente referido como justificativo de eventuales tratos diferenciados en el texto de la Directiva 79/7, su aplicación en el sistema de seguridad social finés contraviene lo establecido en ella. Y ello a pesar de que el art. 9.1.h de la Directiva 2006/54 admite la aplicación de factores actuariales para la determinación de las prestaciones en los sistemas profesionales de

²⁴STJUE de 3 de Septiembre de 2014, C-318/13

²⁵Un interesante análisis acerca del alcance y trascendencia de la sentencia dictada en el asunto X, por JACQMAIN y WUIAME, “Gender based actuarial factors and EU gender equality law. There is the respect that makes calamity of so long life”, *European Equality law review*, 1, 2015, pág. 14 ss

²⁶Sintetizados y comentados por JACQMAIN, “Égalité entre travailleurs féminins et masculins –autres discriminations. Article 19 TFUE”, *Journal de droit européen*, 9, 2015

seguridad social. En el asunto *X* el TJUE se limita a aplicar lo establecido en la Directiva 79/7, atendiendo a las materias expresamente excluidas de su aplicación, sin operar extensiones restrictivas de otras Directivas. En segundo lugar, la sentencia dictada en el asunto *X* califica la discriminación como directa, lo que impide cualquier justificación basada en su carácter objetivo, razonable y proporcionado. Como se sabe, este tipo de justificaciones solo procede en el caso de las discriminaciones indirectas. De este modo, como había previamente señalado el TJUE en el asunto *Test-Achats*²⁷ (que invalidó la aplicación de factores actuariales en el acceso a bienes y servicios), no resulta posible justificar en el mayor impacto económico la aplicación de los mismos.

La sentencia dictada en el asunto *X* elimina definitivamente el blindaje que tradicionalmente había tenido el ámbito de la seguridad social en el marco de la protección antidiscriminatoria y obliga a una nueva lectura de la Directiva 79/7. Del mismo modo, al aplicar lo establecido en una sentencia referida a la aplicación de otra Directiva antidiscriminatoria (asunto *Test-Achats*) parece poner en marcha un proceso de homogeneización de contenidos que puede servir para extender muchas de las sentencias dictadas en aplicación de la Directiva 2006/54 a lo establecido en la Directiva 79/7. En todo caso, lo establecido en el asunto *X* en relación con el complemento de pensiones por maternidad español supone que no pueden aplicarse más excepciones que las previstas expresamente, algo que ya se daba por hecho pero que conviene recordar cuando el marco es la seguridad social. Más arriba ya se ha expuesto que el complemento por maternidad español no entra en ninguna de ellas. Y, siguiendo con lo establecido en el asunto *X*, ni siquiera resultaría admisible una justificación objetiva y razonable para la diferencia porque el complemento español constituye una discriminación directa.

4.2. Los asuntos *Griesmar* y *Leone*: la imposibilidad de escapar a la invalidez de las normas diferenciales entre hombres y mujeres

Todos los asuntos planteados ante el TJUE que implicaban una diferencia de trato entre padres y madres por razón del cuidado de hijos han terminado en sentencias en las que se declaraba la existencia de discriminación directa. Así ha sucedido con relación a los permisos parentales atribuidos preferentemente a las madres en los asuntos *Roca Alvarez* y *Maïstrellis*. Quedan ya muy lejos en el tiempo otros pronunciamientos del TJUE en los que se legitimaban las diferencias atribuidas a las madres en el disfrute de beneficios de guardería a modo de acción afirmativa²⁸. La tendencia actual es muy diferente y tiende enérgicamente hacia el disfrute indistinto de permisos y beneficios, tal y como se ha expuesto. Además, no solamente constituye discriminación por razón de

²⁷STJUE de 1 Marzo de 2011, C-236/09. La sentencia anuló el art. 5.2 de la Directiva 2004/113, sobre el acceso a bienes y servicios, lo que supuso que no era posible establecer factores actuariales para justificar diferencias entre mujeres y hombres en el ámbito contractual. Ello implicó la reforma masiva de las normativas sobre seguros de los Estados miembros.

²⁸STJUE de 19 de Marzo de 2002, C-476/99, asunto *Lommers*

sexo la atribución diferenciada de beneficios vinculados al cuidado de los hijos (discriminación directa) sino también aquellas ventajas destinadas a compensar el tiempo dedicado al cuidado de los hijos configuradas de tal modo que primen el acceso a ellos de la mujer (discriminación indirecta). Este fue el tema de los asuntos *Griesmar*²⁹ (discriminación directa) y *Leone* (discriminación indirecta)³⁰, que juzgaron la adecuación a la normativa de la Unión Europea de sendos mecanismos compensatorios de los defectos de cotización vinculados al cuidado de los hijos en Francia. En tanto en cuanto la materia sometida al juicio del TJUE en ambas ocasiones es idéntica a la del complemento español de pensiones por maternidad procede su estudio en este momento. Téngase en cuenta, sin embargo, que en los asuntos *Griesmar* y *Leoneno* se planteaba la contravención a la Directiva 79/7 de seguridad social, sino al principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres. Y ello porque, como expresamente se estableció en el asunto *Griesmar*, la pensión establecida para los funcionarios en Francia tiene este carácter³¹. Esta precisión adquiere una especial trascendencia porque si las pensiones en cuestión son retribución y no propiamente una prestación de seguridad social no resultan aplicables las excepciones al principio de igualdad entre hombres y hombres contenidas en la Directiva 79/7. Sin embargo, como seguidamente se expone, lo resuelto en ambas sentencias tiene un gran interés para terminar de configurar el contexto contrario a la diferencia entre hombres y mujeres en materia de beneficios parentales. Ambos pronunciamientos adquieren una especial trascendencia en su aplicación a las mejoras de seguridad social por cuidado de hijos en el ámbito de la seguridad social porque la cuestión antidiscriminatoria en este ámbito comparte contenidos y conceptos de la protección antidiscriminatoria general. Así puede derivarse de lo establecido en el Asunto X.

En el asunto *Griesmar* el TJUE entró a valorar el eventual carácter discriminatorio contra los hombres que podía tener una cotización ficticia atribuida a las funcionarias que hubieran sido madres en el momento en que accedieran a la pensión de jubilación. La cotización ficticia ascendía a un año de cotización por cada hijo. El beneficio se concedía automáticamente a las madres de hijos por parto aunque se ampliaba también a las madres adoptivas en caso de que se cumplieran otros requisitos (básicamente, un tiempo mínimo dedicado a su cuidado). Lo relevante de esta regulación era su total exclusión a los padres, aunque efectivamente se hubieran dedicado al cuidado de los hijos. La justificación aportada por el Gobierno francés para mantener la legitimidad de esta medida resulta particularmente interesante por sus similitudes con las justificaciones aportadas por el Gobierno español para la creación del complemento de pensiones por maternidad. Constaba expresamente en el párrafo 51 de la sentencia

²⁹STJUE de 29 de Noviembre de 2001, C-366/99

³⁰STJUE de 17 de Julio de 2014, C-173/13

³¹El TJUE llegó a esta conclusión en el párrafo 34 del asunto *Griesmar* dado que la pensión de jubilación de los funcionarios franceses se percibe en función directa del tiempo de servicios prestados y siendo calculada su cuantía en atención a la retribución que el interesado percibía en los últimos seis años de actividad. No consideró el TJUE que era relevante para enervar esta naturaleza retributiva el hecho de que las pensiones derivaran de la ley de presupuestos anuales y no implicaran mecanismo alguno de capitalización (párrafo 37)

dictada en el asunto *Griesmar* lo siguiente: *El Gobierno francés explica, por su parte, que la bonificación controvertida en el procedimiento principal se reserva a las funcionarias con hijos en razón de una realidad social, es decir, las desventajas que sufren estas funcionarias en la evolución de su 'carrera profesional debido a la función preponderante que se les atribuye en la educación de los hijos. Dicha bonificación está destinada, por tanto, a compensar las desventajas a las que se enfrentan las funcionarias con hijos en su vida profesional, aunque no hayan dejado de trabajar para cuidarlos.* Pero el TJUE no consideró suficiente esta justificación del Gobierno francés por no venir referida a la protección de la maternidad sino al cuidado de los hijos, una actividad que puede ser llevada a cabo tanto por madres como por padres. En el párrafo 52 señala el TJUE lo siguiente: *Por una parte, el artículo L. 12, letra b), del código no presenta ningún elemento que establezca una relación entre la bonificación prevista y las eventuales desventajas profesionales derivadas del permiso de maternidad. Ni siquiera exige que los hijos que dan derecho a la bonificación hayan nacido en un momento en que la madre fuese funcionaria.* Una vez desvinculado el beneficio de la maternidad argumenta el Tribunal lo siguiente en el párrafo 53 de la sentencia: *Las explicaciones ofrecidas por el Gobierno francés sobre la finalidad del artículo L. 12, letra b), del código no sólo confirman que no existe relación entre la bonificación controvertida en el procedimiento principal y el período que sigue al parto durante el que la madre disfruta de un permiso de maternidad y está ausente del servicio, sino que destacan, por el contrario, que dicho beneficio está relacionado con otro período, es decir, el consagrado a la educación de los hijos.* A partir de todo ello concluye la sentencia que la atribución exclusiva de la cotización ficticia a la mujer funcionaria que accediera a la pensión constituye una discriminación por razón de sexo. La traslación de las argumentaciones vertidas por el TJUE contra la cotización ficticia de las funcionarias en el asunto *Griesmar* al complemento de pensiones por maternidad español es perfectamente visible y no requiere de mayores comentarios: no existe justificación para atribuir exclusivamente una mejora en las prestaciones de vejez que surja como compensación por el cuidado de los hijos.

En el asunto *Leone* el TJUE rizó el rizo y completó el panorama de la atribución de mejoras relacionadas con el cuidado de los hijos, obligando a los Estados miembros a comprobar los efectos perjudiciales para los hombres que normas aparentemente neutras pudieran tener en el disfrute prioritario de tales beneficios en las madres. Tras el pronunciamiento del TJUE en el asunto *Griesmar* se alteró la legislación francesa sobre pensiones de los funcionarios³² de modo que el tiempo de cotización ficticia de un año por nacimiento o adopción quedó atribuido a cualquiera de los progenitores. Surgía, entonces, el problema de conectar dicha cotización ficticia al cuidado efectivo del hijo. Bajo el anterior sistema el cuidado efectivo se presumía a la madre por el hecho de serlo, y esa fue precisamente la razón de que fuera declarado contrario a la normativa de la Unión Europea. La corrección de este mecanismo en 2003 supuso que el derecho pasaba a reconocerse a favor del progenitor que hubiera interrumpido su actividad

³²Por medio del Decreto 2003-1306, de 26 de Diciembre de 2003

laboral al menos durante dos meses por hijo por alguna de las siguientes razones: permiso de maternidad, permiso de adopción, permiso parental por cuidado de un menor o excedencia por cuidado de un hijo menor de ocho años. Esta es la legislación sometida a cuestión prejudicial ante el TJUE por presumiblemente contener una discriminación indirecta por razón de sexo.

La sentencia dictada en el asunto *Leone* es compleja por varias razones accidentales: primero, porque surgió a partir de una reclamación de indemnización de un funcionario frente al Estado por no haber traspuesto adecuadamente la normativa de la Unión Europea, y no propiamente a partir de una reclamación de disfrute del beneficio; segundo, porque su fundamento fue el Derecho originario de la Unión Europea (por entonces art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea, posteriormente transformado en el actual art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y no una Directiva; y, tercero, porque en la sentencia dictada en el asunto *Leoneno* solo se planteó la adecuación a la normativa de la Unión Europea de la mejora de pensiones de los funcionarios establecida en la norma francesa de 2003, sino también la posibilidad de jubilación anticipada a los funcionarios que hubieran interrumpido su actividad para el cuidado de los hijos, tal y como había quedado regulada tras ser modificada en 2004³³. También analizaba la sentencia el reconocimiento exclusivamente a las madres cuando hubieran dado a luz durante sus años de estudio. A efectos de reconducir el presente análisis estrictamente a los aspectos que tengan conexión con el complemento de pensiones español por maternidad ninguno de estos temas será tratado a continuación, ni siquiera con relación a la jubilación anticipada, aunque ciertamente el tema de las diferencias en las edades de jubilación han sido objeto de enorme interés jurisprudencial y doctrinal³⁴.

El TJUE detectó inmediatamente en el asunto *Leone* que la cotización teórica establecida en la norma francesa de 2003 tenía un sistema de atribución automática para las madres que no concurría necesariamente en los padres, a los que se les exigía, por tanto, una prueba de dedicación al cuidado del hijo de mayor intensidad. Ello ocurría porque el permiso de maternidad, atribuido a las madres y de carácter obligatorio para éstas, se contabilizaba para el acceso a la cotización ficticia. Ello implicaba que una madre, por el simple hecho de serlo, ya cumplía los requisitos para acceder al beneficio de pensiones establecidos pero no ocurría lo mismo en el caso de los padres. Además, este tipo de permisos a los que debía acceder el padre para tener derecho al complemento de pensión implicaba un evidente perjuicio en su carrera profesional que

³³Art. L 24, apartado I, punto 3º del código de pensiones de funcionarios, tal y como había sido modificado por la Ley 2004-1485 de 30 de Diciembre de 2004

³⁴No solo el TJUE se ha pronunciado en varias ocasiones en torno a la jubilación anticipada a diferentes edades para hombres y mujeres (por todas, STJUE de 11 de Abril de 2013, C-401/11, asunto *Soukupová*, en relación a la excepción prevista en el art. 7.1 de la Directiva 79/7), sino también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, STEDH de 17 de Febrero de 2011, *Andrle v. República Checa*, rec. nº 6268/08). De hecho los pronunciamientos de ambos Tribunales sobre la cuestión generan interesantes cuestiones doctrinales por su posible traslación. Por ejemplo, con relación a la STEDH de 17 de Febrero de 2011, JACQMAIN, “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1-9-2010 a 31-8-2011”, (traducción LOUSADA AROCHENA), *Aequalitas*, 29, 2011, pág. 8 y 9

no se producía en el caso de la madre que accedía al permiso de maternidad. Y ello porque durante el permiso parental por cuidado de menor o durante la excedencia por cuidado de hijo menor de ocho años, conforme a la legislación francesa, ni concurre retribución ni se produce en beneficio del trabajador ningún tipo de cotización que pueda repercutir en su futura pensión. Sin embargo, en el caso del permiso de maternidad la madre tiene derecho a retribución compensatoria y a que ese tiempo se considere cotizado a efectos de futuras prestaciones.

Una vez constatada la discriminación indirecta por razón de sexo a partir de la detección del impacto adverso en el colectivo de hombres, el TJUE en el asunto *Leone* procede a analizar las posibles justificaciones del beneficio que, de pasar el filtro de la proporcionalidad, podrían servir para enervar la existencia de discriminación. Las reflexiones que, al respecto, realiza el TJUE son de particular interés porque sirven para configurar el marco de lo que, en el ámbito de la Unión Europea, se considera legítimo para compensar los perjuicios aparejados al cuidado de los hijos. La mayor parte de la fundamentación de la sentencia va dirigida a negar justificación para compensar los defectos de cotización por el cuidado de hijos al mecanismo de jubilación anticipada. Expresamente señala la sentencia en su párrafo 102 lo siguiente: *Lo mismo puede decirse de una medida como la jubilación anticipada con pensión de disfrute inmediato, por cuanto esta medida, que se limita a favorecer un final anticipado de la carrera profesional, tampoco puede aportar ningún remedio a los problemas que pueden encontrar los funcionarios durante su carrera profesional ayudándoles en esta carrera ni garantizar de este modo, concretamente, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional.*

Pero tampoco la cotización ficticia establecida en la norma francesa de 2003 para los funcionarios logra pasar, a juicio del TJUE, el filtro de justificación y proporcionalidad para enervar su consideración como discriminación indirecta. De un lado (párrafo 66 de la sentencia), la cotización ficticia francesa para los funcionarios establece un tiempo fijo de atribución de cotización (un año), independientemente del tiempo efectivo dedicado al cuidado de cada hijo (puesto que el permiso de referencia puede haber sido menor o mayor a un año), lo que le hace perder justificación como medida dirigida a compensar la cotización perdida por el cuidado dedicado a los hijos. De otro lado (párrafo 71), la cotización ficticia atribuida a las mujeres que hubieran sido madres durante su etapa de estudiantes implica su concesión a una persona que no ha interrumpido su carrera profesional y que, por lo tanto, no ha podido sufrir los inconvenientes vinculados. Lo más llamativo de estas argumentaciones del TJUE es que no se consideran admisibles las compensaciones genéricas y de cuantía predeterminada aplicables por los perjuicios abstractos que sufrieran las mujeres derivados del tiempo dedicado al cuidado de los hijos. Requiere el Tribunal, al contrario, que las compensaciones atribuidas con esta finalidad tengan una conexión directa con el tiempo efectivo dedicado al cuidado. Trasladando esta consideración al complemento de pensiones por maternidad español resulta claro que dicha conexión no concurre, puesto que la cuantía del complemento en cuestión es un porcentaje fijo (5%, 10% o 15%) de

la pensión resultante, independientemente del tiempo dedicado efectivamente al cuidado del menor. En todo caso, sirvan estas reflexiones del TJUE en el asunto *Leone* para reforzar la escasa justificación del complemento de pensiones por maternidad español, aunque tal reflexión no es necesaria para concluir en que contraviene la normativa de la Unión Europea. Tal y como se ha expuesto más arriba, el complemento español no constituye una discriminación indirecta sino directa, y por lo tanto no admite (ni requiere) análisis de justificación y proporcionalidad.

En definitiva, 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.