

EDITORIAL

La crisis del Covid-19 y los cambios en el Derecho del Trabajo.

ESTUDIOS

Recordando a Weimar: constitución del trabajo y democracia en la empresa. **Antonio Baylos Grau.**

Las trabajadoras del cuidado: por un futuro de trabajo decente. **María Luisa Molero Marañón.**

La nueva directiva de conciliación de los progenitores y los cuidadores: ¿otra oportunidad perdida? **Nuria Reche Tello.**

Relaciones de trabajo ante el proceso de digitalización de la economía: análisis desde una óptica de género. **Francisca Fernández Prol.**

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El complemento por maternidad en el Sistema de Seguridad Social: las compensaciones implícitas en su código genético y la erosión de una acción positiva. **Margarita I. Ramos Quintana.**

2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La STC 146/2019, de 25 de noviembre: la libertad de expresión en el marco laboral en conexión con la protección del denunciante de la Directiva 2019/1937. **Gloria P. Rojas Rivero.**

Notas a sentencias de TC

3. TRIBUNAL SUPREMO

Comentario de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cuarto trimestre de 2019. **Carmen Ferradans Caramés, Montserrat Agís Dasilva, Jaime Cabeza Pereiro, Francisca Fernández Prol y Amparo Merino Segovia.**

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTOS

Un futuro sombrío para la negociación colectiva europea. **Manuel Antonio García-Muñoz Alhambra.**

DEBATE

Hacia un modelo humanístico de seguridad y salud laboral. **Francisco Lozano Lares.**

LIBROS

REVISTA DE DERECHO SOCIAL

Editorial: La crisis del Covid-19 y los cambios en el Derecho del Trabajo.

Recordando a Weimar: constitución del trabajo y democracia en la empresa. **Antonio Baylos Grau.**

Las trabajadoras del cuidado: por un futuro de trabajo decente. **María Luisa Molero Marañón.**

La nueva directiva de conciliación de los progenitores y los cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?
Nuria Reche Tello.

Relaciones de trabajo ante el proceso de digitalización de la economía: análisis desde una óptica de género.
Francisca Fernández Prol.



La Revista de Derecho Social participa en la **International Association of Labour Law Journal (IALLJ)** de la que forman parte las siguientes revistas: Análisis Laboral, Perú; Arbeit und Recht, Alemania; Australian Journal of Labor Law, Australia; Bulletin on Comparative Labour Relations, Bélgica; Canadian Labour and Employment Law Journal, Canada; Comparative Labor Law & Policy Journal, USA; Derecho de las relaciones laborales, España; Diritti lavori mercati, Italia; Employees & Employers, Eslovenia; Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), Alemania; European Labor Law Journal, Bélgica; Giornale di Diritto del lavoro e relazioni industriali, Italia; Industrial Law Journal, Reino Unido; Industrial Law Journal, Suráfrica; International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Holanda; International Labour Review, OIT; Japan Labor Review, Japón; Labour and Social Law, Bielorrusia; Labour Society and Law, Israel; Lavoro e Diritto, Italia; Pécs Labour Law Journal, Hungría; Relaciones Laborales, España; Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale, Francia; Revue de Droit du Travail, Francia; Rivista giuridica del lavoro e della sicurezza sociale, Italia; Russian Yearbook of Labour Law, Rusia; Temas Laborales, España; Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht, Alemania.

Edita

Ediciones Bomarzo.
C/ Dionisio Guardiola 1, 4º. 02002 Albacete. (España)
Teléfono: (967) 247354. Fax: (967) 247338.
E-mail: editorialbomarzo@editorialbomarzo.es
Página web: www.editorialbomarzo.es

Imprime

Gráficas Goyza SL. Casas Ibáñez (Albacete)

Diseño y maquetación

Javier Hidalgo Romero

Suscripción Anual

(4 números) 100 euros. Extranjero 125 euros.
Precio ejemplar: 28 euros.

ISSN: 1138-8692 **Depósito Legal:** AB 337-2015

REVISTA DE DERECHO SOCIAL

89

REVISTA DE DERECHO SOCIAL

Número 89

Enero-Marzo
2020

DIRECTOR

Antonio Baylos Grau, Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Castilla-La Mancha.

SUBDIRECTOR

Luis Collado García, Abogado.

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Joaquín Aparicio Tovar, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo. Universidad de Castilla La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Carlos Alfonso Mellado, Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia.

Jaime Cabeza Pereiro, Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Vigo.

Belén Cardona Rupert, Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia.

María Fernanda Fernández López, Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Sevilla.

Rosario Gallardo Moya, Profesora Titular de Derecho del Trabajo. Universidad de Castilla-La Mancha.

José Luis Goñi Sein, Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Pública de Navarra.

Juan López Gandía, Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Politécnica de Valencia.

José Luis Monereo Pérez, Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Granada.

Margarita Ramos Quintana, Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de la Laguna (Tenerife).

Juan Terradillos Basoco, Catedrático Emérito de Derecho Penal. Universidad de Cádiz.

CONSEJO ASESOR

Jordi Agustí Julià, Magistrado Emérito del Tribunal Supremo.

María Emilia Casas Baamonde, Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid.

Laura Calafá, Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Verona (Italia).

Jesús Cruz Villalón, Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Sevilla.

Isabelle Daugareilh, profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Burdeos Montesquieu (Francia).

Eva Kocher, Profesora Derecho del Trabajo, Universidad Europea Viadrina, Frankfurt Oder (Alemania).

Juan Pablo Landa Zapirain, Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad del País Vasco.

Enrique Lillo Pérez, abogado CCOO.

Carlos Palomeque López, Catedrático Emérito de Derecho del trabajo. Universidad de Salamanca.

Francisco Pérez Amorós, Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Autónoma de Barcelona.

Jesús Rentero Jover, Magistrado Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

María José Romero Rodenas, Catedrática de Derecho del Trabajo, Universidad de Castilla-La Mancha.

Stefania Scarponi, Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Trento (Italia).

Susana Torrente Gari, Profesora Titular de Derecho del Trabajo. Universidad de Zaragoza.

Para la publicación de originales, la **Revista de Derecho Social** utiliza un sistema de revisión externa por pares, siendo los evaluadores científicos expertos en el conocimiento de las materias en las que se investiga.

SUMARIO

EDITORIAL.....	7
ESTUDIOS	
Recordando a Weimar: constitución del trabajo y democracia en la empresa. <i>Antonio Baylos Grau</i>	17
Las trabajadoras del cuidado: por un futuro de trabajo decente. <i>María Luisa Molero Marañón</i>	33
La nueva directiva de conciliación de los progenitores y los cuidadores: ¿otra oportunidad perdida? <i>Nuria Reche Tello</i>	65
Relaciones de trabajo ante el proceso de digitalización de la economía: análisis desde una óptica de género. <i>Francisca Fernández Prol</i>	91
ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA	
1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	
El complemento por maternidad en el Sistema de Seguridad Social: las compensaciones implícitas en su código genético y la erosión de una acción positiva. <i>Margarita I. Ramos Quintana</i>	121
2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
La STC 146/2019, de 25 de noviembre: la libertad de expresión en el marco laboral en conexión con la protección del denunciante de la Directiva 2019/1937. <i>Gloria P. Rojas Rivero</i>	151
Notas STC.....	167
3. TRIBUNAL SUPREMO	
Comentario de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cuarto trimestre de 2019. <i>Carmen Ferradans Caramés, Montserrat Agís Dasilva, Jaime Cabeza Pereiro,</i> <i>Francisca Fernández Prol y Amparo Merino Segovia</i>	179
NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTOS	
Un futuro sombrío para la negociación colectiva europea. <i>Manuel Antonio García-Muñoz Alhambra</i>	209
DEBATE	
Hacia un modelo humanístico de seguridad y salud laboral. <i>Francisco Lozano Lares</i>	235
LIBROS.....	257
ABSTRACT.....	263

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: LAS COMPENSACIONES IMPLÍCITAS EN SU CÓDIGO GENÉTICO Y LA EROSIÓN DE UNA ACCIÓN POSITIVA

Margarita I. Ramos Quintana

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Instituto Universitario de Estudios de las Mujeres. Universidad de La Laguna.

1. La innovación legislativa del complemento por maternidad: un mal comienzo para una pretendida acción positiva. 2. La aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social como fundamento del hecho causante del complemento de maternidad: indeterminación jurídica y controvertida finalidad. 2.1. Precedentes en la legislación de Seguridad Social de compensación por la tenencia de hijos: con acciones positivas en favor de las mujeres y como colectivo preferente. 2.2. La noción legal de *aportación demográfica* a la Seguridad Social: su discutible significado y su finalidad. 2.2.1. El nacimiento de hijos biológicos: el embarazo con abortos involuntarios y las eventuales exigencias que entrañan discriminación directa de las mujeres por causa del sexo. 2.2.2. Estereotipos sociales y culturales vinculados al género: ¿dónde empiezan y acaban las acciones positivas? 3. La jurisprudencia del TJUE en relación con las compensaciones y beneficios de Seguridad Social en exclusiva o de forma preferente para las mujeres por el cuidado de los hijos: la declaración de su invalidez jurídica. 4. La valoración del TJUE sobre el complemento de maternidad del sistema español de Seguridad Social: la erosión definitiva de la acción positiva y su impacto inmediato. 5. Conclusiones.

1. LA INNOVACIÓN LEGISLATIVA DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: UN MAL COMIENZO PARA UNA PRETENDIDA ACCIÓN POSITIVA

A partir del año 2016 entró en vigor en nuestro país una prestación contributiva inédita creada bajo la denominación de “complemento por maternidad”. Así fue establecido de conformidad con lo dispuesto en las Disposiciones finales segunda y tercera de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales del Estado para 2016. En consecuencia, el complemento por maternidad quedó introducido en el art. 60 del vigente Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) por lo que al Régimen General de Seguridad Social se refiere. Igualmente se incorporó a la DA 18ª de la Ley de Clases Pasivas del Estado, en su Texto Refundido aprobado mediante RD legislativo 670/1987, de 30 de abril). Esta medida fue presentada como compensadora de la desigualdad de las mujeres y cuyo alcance iba a quedar delimitado en torno a una prestación cuya razón de ser no era otra que recibir una compensación “*por su aportación demográfica a la Seguridad Social*”.

Dicho complemento no aparece configurado con carácter asistencial; por el contrario, presenta naturaleza jurídica de “*pensión pública contributiva*” el cual se aplica en el momento de solicitar la pensión de jubilación, incapacidad permanente o la de viudedad. El complemento consiste en “*un importe equivalente*

al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado”, en función del número de hijos biológicos o adoptados. Se aplicará de conformidad con la escala establecida en el apartado 1 del citado art. 60 LGSS que va del 5 por 100 (dos hijos), 10 por 100 (tres hijos) y 15 por 100 (cuatro o más hijos). Se admite, asimismo, que el complemento permita superar la pensión máxima, si bien en tal caso queda reducida la cuantía del complemento al 50% (art. 60.2). Dicho complemento no es susceptible de aplicación en supuestos de jubilación anticipada, siempre que esta lo sea por voluntad de la interesada y no por circunstancias derivadas de decisiones empresariales; tampoco en los casos de jubilación parcial a que se refieren los arts. 208 y 215 LGSS. No obstante, cumplida la edad que en cada caso corresponda, se asignará el complemento cuando se acceda a la jubilación plena (art. 60.4, apartados primero y segundo) y si se produjera concurrencia de pensiones, el complemento solo será aplicable a una de las pensiones de la beneficiaria siguiendo el orden de prelación contemplado en el art. 60.5 LGSS.

El precepto recogido en el art. 60.1 LGSS establece las circunstancias que dan lugar al derecho al complemento: *“se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente”*. De ese modo, aquellos hijos o hijas que nacieran o fueran adoptados con posterioridad al hecho causante de cada una de dichas pensiones no permitirían el acceso a nuevo o mayor complemento; el recálculo de la cuantía del complemento es una opción que queda proscrita en el texto legal.

Para situar el contexto dentro del cual se produce esta innovación legislativa en la acción protectora del sistema de Seguridad Social, es preciso recordar que en enero de 2016 ya se contaba con ciertas medidas encaminadas a compensar el nacimiento y cuidado de los hijos y algunas específicamente en relación con el hecho de la maternidad: desde la prestación no contributiva por maternidad (art. 181 y 182 LGSS) a la prestación por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (arts. 186 a 189 LGSS). En igual sentido, otras medidas vinculadas con la tenencia y el cuidado de los hijos con el tiempo han ido aumentando, como las que asimilan a períodos cotizados otras circunstancias, ya sea los correspondientes a períodos de excedencia por cuidado de hijos (art. 237.1 LGSS) o para completar al 100% el tiempo cotizado correspondiente a los primeros dos años de reducción de jornada por cuidado de hijos (art. 237.2 LGSS).

No es menos cierto que, tras la entrada en vigor del RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, estas situaciones vinculadas a períodos de embarazo y lactancia, permisos parentales por tener hijos –biológicos, adoptados o en situación de guarda legal con fines de adopción y acogimiento permanente–, así como por atender su cuidado, en lo que se refiere

a su protección por parte del sistema de la Seguridad Social han quedado mejor sistematizadas dentro del complejo corpus de la LGSS: Capítulo VI, “Nacimiento y cuidado del menor” y Capítulo VII “Corresponsabilidad en el cuidado del lactante”, Capítulo VIII “Riesgo durante el embarazo”, Capítulo IX “Riesgo durante la lactancia natural” y Capítulo X “Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, todos ellos dentro del Título II de la LGSS, el cual agrupa, como es sabido, el Régimen General de la Seguridad Social.

Un sector cualificado de opinión entendió que el complemento por maternidad desde sus inicios ya estuvo técnicamente mal planteado. Se dijo que en gran medida trataba de minimizar el verdadero problema persistente en nuestro ordenamiento jurídico laboral, como era el relativo a *“una defectuosa regulación en España de los mecanismos de conciliación y corresponsabilidad”*¹, si bien, es preciso puntualizar que en la actualidad y especialmente a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2019, el marco jurídico de ordenación de los derechos de conciliación y corresponsabilidad se ha visto robustecido. Sin duda, han sido introducidas nuevas técnicas e instrumentos que tratan de contribuir a hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres con criterios menos arriesgados y jurídicamente mejor concebidos. Pero ese no era el marco jurídico existente en el momento de crear la figura del complemento por maternidad.

Del análisis que se efectuará a continuación sobre las vicisitudes producidas en relación con las situaciones protegidas por la tenencia y el cuidado de los hijos puede concluirse que dicha afirmación no estaba exenta de fundamentación. Al contrario, podrá confirmarse cómo, ni por razones de verdadera compensación ni por motivos de oportunidad, el complemento de maternidad estuvo adecuadamente formulado, ya que su configuración jurídica quedó resuelta en términos de dudoso ajuste con el Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea y la interpretación que del mismo venía haciendo el TJUE.

Especialmente, porque fue construido como auténtica acción positiva que pretendía beneficiar en exclusiva a las mujeres no ya solo por la tenencia, sino, en particular, por el cuidado de los hijos, a través de un complemento cuantitativo de determinadas prestaciones –consideradas como las más relevantes dentro del sistema de protección social, particularmente por su carácter presuntamente indefinido–. Y el Tribunal de la Unión ya venía dando muestras de total severidad con acciones positivas de esta índole de ventajas y beneficios exclusivos para las mujeres. Francia había perdido ante el TJUE algunos asuntos relevantes a este respecto, lo cual pudo haber alertado acerca de la conveniencia de hacerlo de otra manera. Pero no fue así.

1 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, vol. 6, núm. 1, 2016, p. 76.

Con dicha cantidad complementaria se trataba de encontrar una fuente de lo que podría denominarse como “compensación del daño” ocasionado a las mujeres por las dificultades padecidas en el empleo y en las condiciones de trabajo derivadas de haber tenido y cuidado varios hijos a lo largo de su carrera profesional. Una medida cuya compensación era desplazada en el tiempo situándola en un momento en el cual a la mujer se le considera particularmente “vulnerable”: a) al solicitar la pensión de jubilación o incapacidad permanente cuya cesación en el trabajo es previsible, por lo que es en ese momento cuando se le ofrece un aumento en la cuantía de la prestación a modo de “gratificación”, b) o bien, al solicitar la pensión de viudedad, una circunstancia en la cual el fallecimiento del cónyuge o pareja de hecho hace presumir una situación de pérdida de ingresos en la unidad familiar, lo que parece justificar que dicha compensación tenga lugar en el momento del reconocimiento del derecho a la prestación por viudedad.

En los dos primeros supuestos y tratándose de prestaciones de carácter contributivo, el complemento aparece como plus añadido (como mejora legal directa) a las prestaciones de Seguridad social. Ello, cabe pensar, se hizo de esa manera debido a que a las mujeres se les presupone una menor participación en el mercado de trabajo y unas carreras de cotización “irregulares”, entre otros motivos, por causa de la tenencia y cuidado de los hijos. Menos se entiende haber incluido el complemento en la prestación (indefinida o temporal) de viudedad, ya que la carrera de cotización tomada en consideración es la del cónyuge o pareja fallecida, circunstancia que produce una especie de “estrangulamiento” en la idea de “mejorar” la pensión de forma directa, que es al parecer el objeto del deber de compensar.

El complemento, asimismo, al mejorar pensiones de carácter contributivo, tiene igualmente naturaleza de prestación contributiva, tal y como expresa el segundo párrafo del apartado 1 del art. 60 LGSS: *“Dicho complemento, ...tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva”*, por lo que su abono se hace con cargo a los fondos de la Tesorería de la Seguridad Social y no vía presupuestos generales del Estado.

Como se verá más adelante, en el complemento por maternidad se cumple el mal presagio popular conforme al cual *“lo que mal empieza, peor acaba”*. Ciertamente hubo un desacierto en la fórmula jurídica escogida para enarbolar una supuesta “acción positiva” en favor de las mujeres que a lo largo de su vida han tenido hijos, contribuyendo a compensar lo que se denominó como su “aportación demográfica” a la Seguridad Social. Fue hecha al margen de una jurisprudencia del TJUE que había venido precisando los términos de la igualdad de género en este ámbito dentro de la UE, contenía todos los boletos para que, en caso de que llegara a ser valorada en algún momento por dicho tribunal, corriera la misma suerte que sus predecesores u homónimos supuestos.

2. LA APORTACIÓN DEMOGRÁFICA DE LAS MUJERES A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO FUNDAMENTO DEL HECHO CAUSANTE DEL COMPLEMENTO DE MATERNIDAD: INDETERMINACIÓN JURÍDICA Y CONTROVERTIDA FINALIDAD

Se analiza a continuación el fundamento jurídico del complemento de maternidad, que el art. 60.1 LGSS recoge como figura tendente a compensar a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados *“por su aportación demográfica a la Seguridad Social”*, así como el significado de dicha expresión.

2.1. PRECEDENTES EN LA LEGISLACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL DE COMPENSACIÓN POR LA TENENCIA DE HIJOS: CON ACCIONES POSITIVAS EN FAVOR DE LAS MUJERES Y COMO COLECTIVO PREFERENTE

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en su Disposición adicional decimoctava, apartado Veintitrés, estableció una cotización adicional exclusivamente dirigida a las mujeres, introduciendo así una nueva DA 44^a en el Texto Refundido de la LGSS en la versión entonces vigente (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio). Consistía en una cotización ficticia en beneficio de las mujeres que hubieran dado a luz, de 112 días completos por cada parto. El texto de la DA establecía: *“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”*.

El vigente Texto Refundido de la LGSS, por motivos de sistematización, traslada a su actual art. 235 –dentro de su Título II, Capítulo XV, titulado *“Protección a la familia”*– el texto casi íntegro de la DA 44^a de la LGSS de 1994. No es menos cierto que en la transcripción ha habido una cierta *adaptación*, en la que se aprecia la supresión de la expresión *“en cualquier régimen de la Seguridad Social”*, aspecto que no deja de tener relevancia por cuanto el T. II solo se refiere al Régimen General, pero ha de entenderse que esta cotización ficticia no podría establecerse en detrimento de beneficiarias de alguno de los regímenes especiales que subsisten.

La cotización ficticia se venía aplicando y aun hoy se aplica a las mujeres trabajadoras en el momento de su acceso a las prestaciones de jubilación o incapacidad permanente, atribuyéndoles el tiempo de cotización de dieciséis semanas (o 112 días) que les hubiera correspondido. Puesto que durante el tiempo de per-

cepción de la antigua prestación de “maternidad” (“permiso de nacimiento y cuidado del menor” utilizado por la mujer, en la terminología legal en vigor²) es obligado mantener la cotización³, la eventual cotización ficticia del art. 235 LGSS no será necesario aplicarla, total o parcialmente, si la trabajadora –por haber concurrido en ella las circunstancias descritas actualmente en el art. 178 LGSS, que regula quiénes pueden ser beneficiarios de la prestación por nacimiento y cuidado del menor– hubiera tenido cotizado, consiguientemente, el tiempo correspondiente a las 16 semanas.

Lo que existe en el art. 235 LGSS es una presunción legal en favor de que la trabajadora se haya podido encontrar en circunstancias de no haber trabajado durante el período o períodos anteriores a la maternidad, de modo que por no poder acceder a la prestación efectiva, tampoco pudiera producirse la cotización que por dicho tiempo corresponde. Pero es necesario precisar, como ya ha sido expresado, que “no es una medida compensatoria del defecto de cotización por cuidado de hijos, sino una medida compensatoria por el hecho físico de la maternidad”⁴.

Ello explica que esa asimilación a periodo cotizado en el sistema de Seguridad Social fuera diseñada como medida dirigida de forma exclusiva a las mujeres, creando una acción positiva vinculada al hecho de la maternidad biológica, que encaja en el ámbito del Derecho de la UE conforme a lo dispuesto 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, cuyo art. 2 establece: “*El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad*”. Por otra parte, baste recordar aquí que con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico interno la LOIMH indica con qué finalidad pueden ser adoptadas, el carácter temporal, así como la razonabilidad y proporcionalidad de las acciones positivas en favor de la igualdad de las mujeres, cuando en su artículo 11 indica: “*Acciones positivas. 1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. 2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley*”.

2 El Real Decreto-Ley 6/2019 cambia la denominación de las prestaciones de maternidad y paternidad por un único concepto prestacional “*nacimiento y cuidado del menor*”. Véanse los arts. 177 a 182 de la vigente LGSS, preceptos que han quedado afectados por lo dispuesto en el citado RD-L y que ya expresan la recepción de la nueva terminología legal.

3 Siendo objeto de bonificación al 100 por 100 de cuotas el contrato de interinidad suscrito para sustituir a la madre durante el permiso de nacimiento.

4 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”, op. cit., p. 78.

En segundo lugar, ha de recordarse que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social incorporó una Disposición Adicional 60^a en el texto de la LGSS de 1994⁵. Esta DA⁶ en el proceso de refundición de la LGSS terminó yendo a parar al art. 236 del vigente Texto Refundido, el cual señala lo siguiente:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, se computará como periodo cotizado a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, aquel en el que se haya interrumpido la cotización a causa de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando tales circunstancias se hayan producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación.

El período computable como cotizado será como máximo de doscientos setenta días por hijo o menor adoptado o acogido, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización.

2. En cualquier caso, la aplicación de los beneficios establecidos en este artículo 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 237.1”.

Esta medida, sin embargo, presenta caracteres distintos ya que no se atribuye de forma exclusiva a las mujeres, sí de forma preferente cuando existan discrepan-

5 Conforme a la cual se estableció: *“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 periodo 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 periodo 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 periodo 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 periodo 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”.*

6 Su desarrollo reglamentario se encuentra en los artículos 5, 6, 7, 8 y 9 del RD 1716/2012 de 28 de diciembre (BOE del 31). Vid. los comentarios a este proceso de reformas en MIÑARRO YANINI, M., “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, p. 10 y ss.

cias entre ambos progenitores, en cuyo caso, beneficiaria será la madre: “*Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre*” (art. 236. 1, párrafo tercero). Presenta, sin duda, un carácter compensador respecto de las mayores dificultades que deberían enfrentar las personas con carreras profesionales irregulares como consecuencia de la asunción de tareas de cuidado de los hijos e hijas. Y fue concebida desde su origen con una dimensión genérica, lo cual permite que pueda ser aplicada a las personas (hombres o mujeres) que han tenido un hijo o hija por nacimiento, adopción o acogimiento pre-adoptivo o permanente, siempre que hayan sufrido alguna interrupción de sus carreras de cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o tres meses anteriores a la adopción, y hasta la finalización del sexto año posterior a tal circunstancia⁷.

La citada disposición normativa no exige acreditación de una dedicación efectiva al cuidado del hijo⁸; el motivo por el cual se adopta ese criterio no puede ser otro que su desvinculación con el permiso por nacimiento (las antiguas maternidad y paternidad). Lo que viene a corregir es la eventual pérdida del empleo –los obstáculos de ocupación en el mercado de trabajo en el umbral temporal establecido– y que conciernen al nacimiento, la adopción o el acogimiento y los cuidados correspondientes, obstáculos que pueden padecer mujeres y hombres por ocuparse de ellos. Huye el precepto normativo de atribuir dicho beneficio exclusivamente a las mujeres, por cuanto, al erigirse en un hipotético “beneficio” para ellas, daría lugar a consolidar estereotipos discriminatorios que conducirían a que los padres tuviesen más estímulos a la búsqueda de empleo y la ocupación de un puesto de trabajo, mientras que las mujeres en tales situaciones quedarían en hipotética mejor posición de sacrificar su vuelta al trabajo remunerado.

De ese modo y de forma concluyente, cabe deducir que el período de cotización ficticia –asimilación a período cotizado– que se contiene en el art. 235 LGSS tiene por objeto “compensar” la situación de desventaja producida por el parto, lo que justifica que sus destinatarias lo sean en exclusiva las mujeres; esto es, una acción positiva para combatir la posición de desventaja en el empleo y las relaciones de trabajo del colectivo social de las mujeres por el hecho biológico de la maternidad. Este tipo de acciones positivas encuentra su fundamento específico y para el exclusivo ámbito de las prestaciones de seguridad social en lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre

7 Para un análisis específico de lo dispuesto en las DA 44 y 60 LGSS, vid. TORRENTE GARI, S., “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*, núm. 7-8, 2014, especialmente, pp. 25-37.

8 Se ha señalado que “*ni siquiera puede ser privado/a del beneficio en caso de que se probara su no dedicación efectiva al mismo*”, 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”, op. cit., p. 79.

hombres y mujeres en materia de seguridad social, y así ha sido avalado por la jurisprudencia del TJUE. Dicha jurisprudencia, expresada de forma sintética, viene a indicar que no pueden existir más excepciones al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el ámbito de la Seguridad Social que los expresamente contemplados en la Directiva 79/7/CEE (art. 7.1).

Por el contrario, cuando el art. 236 LGSS establece que se contabilizará como asimilación a periodo cotizado el que corresponda *“a la 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”*, viene a corregir los vacíos de cotización que por falta de empleo y ocupación puedan producirse, precisamente, como consecuencia de la dedicación a los cuidados de los hijos. No es una medida de acción positiva en favor de las mujeres, sino una medida de carácter general que tiene por objeto tratar de minimizar los efectos sobre la carrera de cotización derivados de la dificultad para trabajar con empleo remunerado por causa de la tenencia de hijos e hijas. Sus beneficiarios son quienes se dedican a tenerlos y cuidarlos (hombres y mujeres). Como quiera que las situaciones protegidas son exactamente dos, tenencia (incluso, biológica) de una parte y cuidado de hijos, de otra, goza de todo fundamento la preferencia de la madre para utilizar la cotización ficticia en caso de discrepancia entre ambos progenitores, por cuanto que los hijos biológicos representan para las mujeres una mayor desventaja profesional constituida por el embarazo, parto y postparto.

Otro aspecto digno de atención es la inicial coincidencia en la duración máxima de la cotización ficticia que introdujeron las respectivas DA 44^a y 60^a LGSS (en ambos supuestos, alcanzaba 112 días). No obstante, a partir del año 2013, como es sabido, tal equiparación sufrió un proceso progresivo de duración máxima, de modo que a partir de 2019 lo dispuesto en la originaria DA 60^a –como ella misma advertía– cubre 270 días máximos computables por cada hijo o hija; hoy aparece igualmente reflejado en la Disposición transitoria decimocuarta del vigente Texto Refundido de la LGSS y así quedó también dispuesto en la Tabla establecida en el art. 6 del RD 1716/2012, de 28 de diciembre, ya citado. El régimen jurídico de esta situación protegida mediante la cotización ficticia está contenido en el art. 236.1 LGSS párrafo segundo, cuyo texto original debidamente adaptado dispone: *“El período computable como cotizado será como máximo de doscientos setenta días por hijo o menor adoptado o acogido, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización”*. La indicación del tope trata de asegurar que la cotización ficticia en ningún caso se erija en ventaja adicional respecto del umbral temporal objeto de consideración.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el artículo 5, apartado 2 del citado RD 1716/2012, de 28 de diciembre establece que *“Los días computables como cotiza-*

dos se asignarán a los periodos sin cotización que tengan los interesados, por no haber existido obligación de cotizar, y que estén comprendidos dentro de los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a la decisión administrativa o judicial de acogimiento preadoptivo o permanente, y la finalización del sexto año posterior a esta situación, computándose siempre estos periodos de fecha a fecha”. Por consiguiente, no hay que descartar que igualmente pueda haber situaciones de “discontinuidad” de períodos en los que haya habido cotización efectiva en los umbrales temporales reglamentariamente señalados, en cuyo caso, si hubiera “vacíos” han de ser “cubiertos” con los “días computables como cotizados” que establece el art. 6 del RD 1716/2012, eso sí, “de fecha a fecha”. No es preciso que sean íntegramente períodos de no cotización efectiva, pudiendo ser discontinuos y cuya discontinuidad habrá de ser cubierta con la cotización ficticia.

2.2. LA NOCIÓN LEGAL DE APORTACIÓN DEMOGRÁFICA A LA SEGURIDAD SOCIAL: SU DISCUTIBLE SIGNIFICADO Y SU FINALIDAD

La expresión que utiliza el art. 60 LGSS “*aportación demográfica a la Seguridad Social*” en relación con las mujeres que hayan tenido, al menos dos hijos, para erigirla en causa y fundamento del complemento que mejora ciertas prestaciones de forma exclusiva para ellas, es claramente un concepto jurídico indeterminado⁹.

La primera cuestión que se plantea es por qué no se considera aportación demográfica la tenencia de un solo hijo o hija o por qué quedan excluidas las mujeres que acceden a dichas prestaciones, pero por la modalidad no contributiva, que son más vulnerables desde el punto de vista económico y de la protección social. ¿Se está premiando, pues, únicamente a las mujeres que han cotizado de forma suficiente al sistema como para alcanzar los mínimos de carencia que permiten el acceso a las prestaciones? ¿La aportación a la Seguridad Social es en verdad “demográfica” o es “contributiva”, en la medida en que su ámbito subjetivo viene determinado por mujeres que hayan tenido carreras “suficientes” de cotización?

Sin duda, la noción legal *aportación demográfica* es realmente confusa y mal se aviene con tres circunstancias a tomar en consideración: la primera, que no parece referirse exclusivamente a los “perjuicios” sufridos por causa de la maternidad biológica propiamente dicha, la tenencia de hijos e hijas; la segunda, que no es coherente con la idea de pérdida de períodos de cotización por causa de la tenencia de esos hijos, ya que cubre no solo las prestaciones contributivas de jubilación e incapacidad permanente –las cuales exigen períodos de carencia–,

9 Ver el contenido de la Enmienda número 4.242 presentada por el Grupo parlamentario Popular en el momento de ser anunciada su creación, ofreciendo elementos de valoración del concepto *aportación demográfica*: entre otros, combatir las brechas de pensiones y compensar por las discriminaciones históricas padecidas por las mujeres en su carrera profesional por la maternidad y el cuidado de los hijos.

sino también la de viudedad –en una extensión a esta contingencia difícil de entender si fuera aquella la finalidad pretendida, puesto que esta prestación toma en consideración las cotizaciones del causante fallecido¹⁰; la tercera, en fin, que se trata de un complemento dirigido en exclusiva a las mujeres dando lugar a una acción positiva de extraña configuración, por cuanto se aparta claramente del alcance con que el TJUE ha venido indicando que deben admitirse en relación con la maternidad biológica y, sobre todo, con el cuidado de los hijos e hijas. En definitiva y, como se advirtió en su momento, más que una corrección de las desventajas producidas con ocasión de la tenencia y el cuidado de hijos, *“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”* y, al margen de las cuestiones relativas a la técnica legislativa utilizada, *“existe el riesgo de que el complemento de maternidad femenino constituya, en realidad, un instrumento de enquistamiento de la segregación”*¹¹.

Se trata de una noción legal cuyas dificultades de entendimiento e interpretación han quedado en evidencia especialmente en controversias atendidas en sede judicial, donde el debate acerca de su sentido y alcance ha obligado a efectuar indagaciones de diferente naturaleza, ya sea por motivo de su comprensión en relación con los embarazos con aborto involuntario, ya respecto de si la medida debería ser extensiva a los trabajadores varones que hayan cuidado sus descendientes directos por haber fallecido la madre.

2.2.1. El nacimiento de hijos biológicos: el embarazo con abortos involuntarios y las eventuales exigencias que entrañan discriminación directa de las mujeres por causa del sexo

Como primera cuestión a analizar, debe examinarse si *aportación demográfica* implica la tenencia de hijos e hijas nacidos vivos. Por exponerlo de forma más cruda, si el complemento solo beneficia a aquellas mujeres que tras el embarazo han logrado tener hijos o hijas vivos porque solo así pueden ser considerados como potenciales *“futuros cotizantes”* del sistema. Así ha sido interpretado en la sentencia del TSJ de Canarias, Sala de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria, de 11 de septiembre de 2019, dictada en recurso de suplicación 1311/2018¹², en un litigio en el cual la demandante había tenido tres hijos nacidos vivos y un alumbramiento de seis meses de gestación, cuyo hijo había nacido muerto¹³. La pre-

10 Excepto, como se sabe, cuando la muerte deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, supuestos en los que rige el principio de automaticidad de prestaciones y la prestación de viudedad se beneficia de su aplicación (art. 165.4 LGSS).

11 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”, op. cit., las citas textuales en p. 77 y 80 respectivamente.

12 La misma contó con un voto particular discrepante de la orientación dada a este litigio así como el sentido del fallo, formulado por la magistrada Poyatos i Matas, con una adhesión.

13 Conservando como prueba acreditativa el certificado de ingreso hospitalario y diagnóstico médico.

tensión esencial que debía atender la sentencia de suplicación era, a efectos de los incrementos de la pensión que contempla el art. 60 LGSS, considerar que la mujer tuvo cuatro hijos y no tres. Esta pretensión inicialmente fue rechazada por el Juzgado de lo social. Ni los hechos ni las pruebas o valoración de las mismas son sometidos a suplicación, tan solo el alcance interpretativo acerca de si cuando dicho precepto se refiere a “hijos biológicos” hace referencia igualmente a fetos en caso de aborto involuntario, de tal manera que los concebidos y nacidos muertos se consideren “hijos” a los efectos de la aplicación del citado precepto.

Conforme al criterio interpretativo vertido en la mencionada sentencia, si la mujer no tiene hijos nacidos “vivos” –al entender que es exigible que las mujeres aporten, de manera efectiva, potenciales futuros cotizantes a la Seguridad Social–, el complemento no puede ser reconocido. Dicho con otras palabras: cuando el hijo no nace vivo no se produce ninguna aportación demográfica de la mujer a la Seguridad Social –según el parecer de la sentencia de la Sala de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria–. Una interpretación que se extendería a supuestos de similar efecto, no solo cuando el embarazo por motivos involuntarios no ha llegado a término, sino también alcanzaría a los embarazos en los que, naciendo vivo el hijo o hija, sin embargo, muere a las pocas horas del alumbramiento. Ambas situaciones, conforme a una interpretación de tal índole, quedarían extramuros del complemento de maternidad recogido en el art. 60 LGSS siguiendo el parecer hermenéutico utilizado en la citada sentencia.

Este tipo de interpretaciones responde a una lectura absolutamente literal de la norma en cuestión y comporta elementos de valoración difícilmente compatibles con principios y valores constitucionalmente establecidos. Además, no tiene en cuenta que la norma no pretende tanto desplegar un efecto favorable sobre el hijo, sino sobre la madre, a la mujer que lo ha concebido y en cuyo proceso de gestación finalmente el hijo nace muerto. Y el complemento se dirige a la madre para que, por causa de este tipo de circunstancias vitales, se le compense por las brechas de pensiones en el sistema, brechas que solo recientemente han sido objeto de atención por el legislador, pero que en largos períodos con anterioridad provocaron fuertes desventajas económicas y prestacionales.

En un embarazo es frecuente que se produzcan alteraciones de la salud de la madre y del proceso de gestación del feto. Resulta difícilmente comprensible que el ordenamiento jurídico establezca una medida que, en sí misma considerada, comporte para las mujeres una obligación de resultado del embarazo completamente ajeno a su voluntad y que depende de circunstancias de carácter biológico. Una medida de esa índole debe ser considerada opuesta a la dignidad de la mujer, consagrada en el art. 10.1 CE, dignidad que se materializa en el respeto a sus derechos fundamentales, como es en este caso el de la integridad física y moral proclamado en el art. 15 del propio texto constitucional, el cual prohíbe los “*tratos inhumanos o degradantes*” y, sin duda, no es acorde con la exigencia de igualdad y no discriminación por causa del sexo establecida en el art. 14 CE.

Asimismo, la Constitución española proclama la igualdad como “*valor superior*” del ordenamiento jurídico (art. 1.1) y a ella y su promoción están sujetos todos los poderes públicos, los cuales deben “*remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*” (art. 9.2), deber que les obliga a combatir toda discriminación, entre otras circunstancias, por razón de sexo (art. 14). Un mandato constitucional que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres revalida, cuando en su art. 14 dispone que “*serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos: “1. El compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres”*”. A mayor precisión, en relación con la función de aplicación e interpretación de las normas jurídicas señala: “*La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*” (art. 4).

A las mujeres no se les puede pedir, bajo ninguna circunstancia, que, tras un embarazo, para la obtención de un determinado beneficio o prestación social vengan obligadas a producir hijos nacidos vivos, y menos aún bajo la consideración de que esos hijos sirvan a una utilidad futura. Toda exigencia legal o reglamentaria que comporte la obligación de alcanzar un resultado del embarazo imposible de asegurar desde el punto de vista biológico va contra la dignidad humana de las mujeres, supone un trato degradante para las mismas y comporta una discriminación directa y abrupta por causa del sexo.

Que un embarazo no llegue a buen término, produciéndose abortos involuntarios, o que el hijo o hija, por dificultades en el momento del parto, no nazca vivo, o que, en fin, muera a las pocas horas de haber nacido vivo, son aspectos frecuentes en el proceso de gestación y de la maternidad biológica. Se trata de vicisitudes que resultan por completo ajenas a la intervención de la voluntad de la madre. Por consiguiente, exigir a las mujeres que “produzcan” hijos vivos –y más aún, bajo la consideración de que estos se conviertan en futuros cotizantes del sistema de Seguridad Social– supondría haber configurado una prestación en manifiesta contravención de lo dispuesto en la Constitución española. En particular, una interpretación y aplicación de las normas bajo tal tipo de orientación se opone directamente a lo dispuesto en el art. 15 CE y sustenta una discriminación directa por razón de sexo, contraria radicalmente a lo establecido en el art. 14 CE.

Si el complemento por maternidad respondiera a una configuración de esas características, comportaría, de una parte, un sospechoso juicio previo de exigencia sobre la maternidad biológica, al obligar a las mujeres embarazadas a alcanzar un resultado cierto y objetivo: el hijo o hija nacida viva, puesto que, en caso contrario, la gestación se considera un fracaso, un embarazo “improductivo”. En segundo orden, de menor entidad en el campo de los valores jurídicos, pero no por ello puede pasarse por alto, una interpretación de esta naturaleza

resulta ciertamente extralimitada, al exigir el cumplimiento de un requisito que no está explícitamente establecido en la norma de aplicación, lo que parece un condicionante obstativo, difícilmente compatible con la naturaleza y finalidad de una medida como la recogida en el art. 60 LGSS, que es compensar por brechas salariales y brechas en las prestaciones.

Efectivamente, el citado precepto se refiere a hijos “nacidos” o “adoptados”, como condición imprescindible para poder beneficiarse del complemento contributivo; pero en ningún lugar indica la norma que esos hijos deban haber nacido “vivos”. Por lo que se refiere a la maternidad biológica, se aleja en su consideración de cualquier aproximación a lo dispuesto en el art. 30 del Código Civil, que, en todo caso, es un precepto que viene a indicar la condición que se precisa para adquirir la personalidad¹⁴. Y tampoco se exige que el hijo o hija haya tenido que vivir fuera del útero materno, tal y como era preceptivo antes de la reforma de la Disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

El parámetro de interpretación que se considera más ajustado al sistema constitucional ha de partir, sin duda, de la adecuada atención y protección de la dignidad de la mujer, que debe estar situada en el centro y vértice de la proclamación de derechos fundamentales (art. 10.1 CE), dignidad que representa nada menos que el “*fundamento del orden político y de la paz social*”¹⁵. Sin duda, ha llegado el momento de postular, como recientemente se ha hecho, la conveniencia –y urgencia, habría que añadir– de realizar una lectura e interpretación del alcance de los derechos fundamentales en clave de “*derechos fundamentales específicos de las mujeres*”¹⁶, por cuanto las interpretaciones aparentemente neutras pueden encubrir la ocultación de realidades sociales de segregación injusta y contraria al más elemental principio de igualdad. La discriminación de las mujeres en el mercado de trabajo, específicamente por causa de la maternidad biológica, no se produce única y exclusivamente cuando las mujeres embarazadas han tenido “hijos vivos”. Acontece mucho antes de ese momento y al margen de esa circunstancia “añadida”. Los obstáculos y las dificultades se producen desde el inicio del embarazo, constituyendo este por sí solo un factor causante de numerosas desventajas.

Las desventajas por causa del embarazo aparecen, en primer lugar, en el momento de acceder a un empleo en el contexto del ingreso en el mercado de trabajo remunerado: la indagación sobre el estado de fertilidad de las mujeres no se ha erradicado aun de las malas prácticas de selección de personal y, hasta hace

14 Textualmente, el art. 30 del CC establece: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

15 Ampliamente, vid. RAMOS QUINTANA, M. I., “La dignidad de la persona en las relaciones de trabajo”, en AAVV (Coords. BAYLOS GRAU, CABEZA PEREIRO, CRUZ VILLALÓN, VALDÉS DAL-RÉ), La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas, Madrid, La Ley, 2015, pp. 241-278.

16 Por todos, vid. CASAS BAAMONDE, M. E., “¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?”, Revista de las Relaciones Laborales, núm. 1, 2017, pp. 1-18.

muy poco tiempo, en nuestro ordenamiento jurídico había recibido respaldo, incluso en sede constitucional (STC 173/2013, de 10 de octubre) la no protección del embarazo con la nulidad objetiva de los desistimientos empresariales de la relación de trabajo durante el período de prueba. La presunción *iuris et de iure* del embarazo como última ratio de la decisión de interrumpir definitivamente la relación de trabajo no alcanzaba a las mujeres embarazadas durante el período de prueba, hasta que finalmente ese extremo ha quedado definitivamente derogado mediante lo dispuesto en el art. 2. Apartado Cinco del Real Decreto-Ley 6/2019 por el que se modifican los apartados 2 y 3 del art. 14 LET¹⁷.

El solo hecho de encontrarse embarazada es una circunstancia que continúa exponiendo a las mujeres a una serie de barreras incompatibles con la igualdad que la Constitución obliga a asegurar de manera efectiva. La obstaculización para ocupar un puesto de trabajo por parte de una mujer embarazada en el acceso al empleo ha quedado totalmente en evidencia en muchos casos objeto de controversia judicial, siendo merecedor de señalamiento aquí el recientemente abordado por el TJUE, en el asunto *Hakelbracht*, sentencia de 20 de junio de 2019, C-404/18, en el cual una mujer, gerente del establecimiento en una tienda de ropas belga, quien estima conveniente la contratación de una demandante del puesto embarazada frente al criterio definitivo de la empresa, que la rechaza, es finalmente objeto de represalias. La STJUE establece que existió una conexión directa entre la defensa por parte de la gerente que propuso la frustrada contratación de la mujer embarazada y la conducta empresarial verificada con respecto a ella misma un tiempo después. Finalmente, el TJUE estimará la pretensión de tutela judicial y apoyo a la persona represaliada por su defensa de no discriminación de la mujer a causa de su embarazo. Señala la sentencia que los trabajadores, distintos de la persona que ha sido discriminada por razón de sexo, deben estar protegidos en la medida en que el empresario pueda causarles un perjuicio por el apoyo prestado, de manera formal o informal, a la persona que ha sido discriminada, esto es, comprende “*a quienes defienden de alguna manera al titular del derecho*”¹⁸.

Asimismo, el embarazo es causa de perjuicios durante la relación de trabajo, de manera especial y significativa en la promoción profesional y acceso a puestos

17 El art. 14.2 LET ha quedado redactado de la siguiente manera: “2. Durante el periodo de prueba, la persona trabajadora tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.

La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”.

18 Un excelente comentario de las múltiples variables que despliega este pronunciamiento del TJUE puede verse en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La extensión de la garantía de indemnidad a testigos informales de situaciones de discriminación por razón de sexo. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 2019, C-404/2018, asunto *Hakelbracht* y *Vandenbon*”, Trabajo y Derecho, núm. 61, 2020, pp. 54-65; la cita textual en p. 64.

de mayor responsabilidad que generalmente se encuentran mejor considerados y retribuidos, en el alargamiento de la duración de contratos temporales que impiden acceder a opciones de contratación indefinida, en la pérdida de retribuciones y complementos, etc. etc. Ya se ha dicho –con toda razón– que la prohibición de discriminación por maternidad obliga a eliminar cualquier perjuicio derivado del embarazo, parto o lactancia natural, por lo que las empresas no deben sufrir perjuicio derivado de contratar mujeres, y, en su caso, deberían ser compensadas¹⁹.

Las dificultades que el embarazo produce en el ámbito específico del empleo y la ocupación, así como en las condiciones de trabajo, tienen su reflejo en los menores índices de cotización de las mujeres provocando otra brecha o *gap* negativos en los sistemas de Seguridad Social: brechas en la carrera de cotización y afectación negativa en el alcance de la acción protectora²⁰. Sin duda, las aportaciones inferiores a la cotización –en el tiempo y en la cuantía– representan un factor desencadenante de mayores niveles de pobreza de las mujeres, especialmente, en los sistemas contributivos, dando lugar a prestaciones económicas de menor cuantía que las de los varones que trabajan en actividades y puestos de similar naturaleza y valor. Los descubiertos de cotización con frecuencia están en relación directa con la menor participación de las mujeres en el mercado de trabajo, una de cuyas circunstancias determinantes lo es la maternidad biológica (embarazo, parto y postparto), a la cual se une con elevada habitualidad la mayor tasa de dedicación al cuidado de los hijos y de otras responsabilidades familiares, que siguen siendo mayoritariamente asumidas por ellas mismas.

En consecuencia, cabe concluir que la situación protegida por el complemento de maternidad ha de ser, en clave constitucional, la que deriva de los embarazos y partos, excluyendo obviamente los abortos voluntarios, donde sí que la decisión de la mujer de no continuar voluntariamente con el embarazo excluye la aplicación de la medida de compensación. La decisión de la maternidad en la sociedad actual sigue siendo un acto de la mujer que incorpora *per se* un elevado grado de riesgo en el mercado de trabajo para el acceso al trabajo y a la ocupación, a sabiendas de que potencialmente se pueden padecer conductas y recibir tratos degradantes que claramente se oponen a la igualdad real y efectiva de las mujeres. En suma, los obstáculos y las desventajas en el mercado de trabajo por causa de la maternidad biológica no se producen cuando se ha logrado tener “hijos vivos” sino que comienzan desde el inicio del proceso de gestación. Si la *aportación demográfica* a la Seguridad Social trata de afrontar las discriminaciones padecidas por las mujeres en las relaciones de trabajo por causa de la

19 LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 382.

20 Ampliando y desarrollando este tema con cifras y datos, vid. la monografía de GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación y Seguridad Social: la brecha de género en el sistema de pensiones*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015.

tenencia de los hijos e hijas, lo coherente es contemplar la maternidad biológica en toda su dimensión, temporal y material. Esas tres facetas de la maternidad biológica son las que igualmente contempla la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 porque en todas ellas “*convergen múltiples formas y manifestaciones de la discriminación que las mujeres han registrado históricamente desde los orígenes de las relaciones de trabajo asalariado*”²¹.

Esta es la construcción sobre la cual se orienta la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de 7 de diciembre de 2018, en recurso de suplicación 2819/2018, considerando como hijos nacidos los mismos que toma en cuenta la LGSS a los efectos de poder cobrar determinadas prestaciones, esto es, aquellos cuyo desprendimiento del seno materno se produce tras 180 días de gestación, no exigiendo que dicha gestación haya producido un resultado objetivo, cierto: un hijo vivo. Esta interpretación parece ajustarse en mejor medida al fundamento jurídico y la base constitucional de la expresión *aportación demográfica* de las mujeres a la Seguridad Social que subyace en la introducción del complemento por maternidad, como medida pensada para compensar las desventajas de las mujeres en sus carreras profesionales por causa de la maternidad. La vinculación de todos los poderes públicos a la “*efectividad del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y hombres*” (art. 14.1 LOIMH) resulta exigible y es “*principio informador del ordenamiento jurídico (...) que se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*” (art. 4 LOIMH).

2.2.2. Estereotipos sociales y culturales vinculados al género: ¿dónde empiezan y acaban las acciones positivas?

Al planteamiento de este interrogante se llega al examinar otra cuestión, no menos relevante, que también ha sido objeto de controversia ante los órganos judiciales del orden social. Siendo que el complemento por maternidad está configurado como medida dirigida de forma exclusiva a las mujeres que han tenido, al menos, dos hijos, cabe preguntarse si pudiera igualmente corresponder a los padres que por determinadas circunstancias se hayan visto obligados a asumir el cuidado de los hijos en solitario.

Exactamente, lo que se ha planteado en el contexto de las controversias judiciales que se analizarán a continuación, es nada más y nada menos que un asunto de gran envergadura jurídica y de trascendencia social indudable, que, en atención a la jurisprudencia ya establecida con anterioridad por el TJUE, vuelve a cuestionar si la exclusividad de las mujeres como destinatarias del complemento sería constitutiva de un trato desigual jurídicamente injustificado a los hombres. Si, al quedar excluidos en tanto potenciales beneficiarios, el complemento daría lugar a una discriminación directa por razón de sexo para ellos. Es inevitable que los términos de un debate expuesto bajo este esquema argumental se sitúan

21 RAMOS QUINTANA, M.I., “El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica”, *Trabajo y Derecho*, núm. 61, 2020, p. 13.

claramente bajo la influencia y la advertencia de una copiosa jurisprudencia del TJUE claramente opuesta a beneficios exclusivos o preferentes para las mujeres por el cuidado de los hijos; los términos en la forma en que actualmente están planteados se mueven en la esfera de una igualdad ante la ley y, por lo que a nuestro país se refiere, inducen a recordar los iniciales recursos de amparo interpuestos ante el TC en relación con la prestación de viudedad y que dieron lugar a la conocida jurisprudencia del “*varón discriminado*”²².

Esta es la situación expuesta por un hombre, padre de cuatro hijos, que en el momento de solicitar la pensión de jubilación también pidió el pago del complemento por maternidad manifestando que, al morir la madre, él había venido ocupándose del cuidado de sus hijos, razón por la que reclamó su reconocimiento ante el INSS. La resolución de la entidad gestora fue denegatoria, de modo que el solicitante se vio obligado a litigar ante los tribunales del orden social. Finalmente, la Sala de lo Social del TSJ de Las Palmas de Gran Canaria recibió en suplicación el recurso por el cual se solicita una correcta interpretación del complemento de maternidad establecido en el art. 60 LGSS.

Igual circunstancia se había producido con anterioridad en la correspondiente reclamación ante el Juzgado de lo Social número 3 de Girona en relación con la solicitud de un padre de la pensión de invalidez permanente, reclamando para sí el complemento por maternidad. El conflicto se remonta a enero de 2017 cuando el INSS reconoció una pensión por incapacidad permanente absoluta a un trabajador, quien presentó una reclamación administrativa previa contra dicha resolución alegando que, al ser padre de dos hijas, debería haber percibido un complemento de pensión del 5% de la cuantía inicial de esta prestación, al haber fallecido la madre. Sin embargo, su solicitud fue desestimada por el INSS, señalando la entidad gestora que el complemento “*se concede exclusivamente a las mujeres por su aportación demográfica a la Seguridad Social*”. Interpuesto recurso contencioso contra la resolución que había desestimado el INSS, el trabajador formuló la correspondiente reclamación ante el Juzgado de lo social.

En los dos litigios, ambos órganos judiciales procedieron de igual modo: decidieron paralizar el correspondiente procedimiento judicial y plantear al TJUE, con arreglo a lo dispuesto en el art. 267 TFUE, una cuestión prejudicial con la pretensión de que este verificara si una ordenación jurídica de esta naturaleza, configurada como acción positiva en favor de las mujeres, es contraria o no a lo dispuesto por el Derecho de la Unión Europea en materia de igualdad por razón de género en el ámbito de la Seguridad Social. En suma, se le consulta si el complemento por maternidad podría ser extendido a aquellos hombres que se encuentren en una situación vital y profesional de equivalente naturaleza y bajo similares circunstancias, imputando a la norma española el defecto de no

22 Véanse, significativamente, las primeras, SSTC 103 y 104/83, algunos de cuyos votos particulares, discrepantes del parecer mayoritario del TC, llegaron a anunciar la razonabilidad de acciones positivas en favor de colectivos sociales en posición de desventaja.

haber incorporado una cláusula de salvaguarda en favor de los padres que por ciertas razones –como las apuntadas, muerte de la madre– se hubieran ocupado del cuidado de los hijos.

Es sabido que, por término medio, las pensiones de las mujeres en España son inferiores a las de los varones. En particular, tienen menor valor económico las correspondiente a jubilación e incapacidad permanente –que son objeto del complemento de maternidad–, debido al impacto que las menores bases de cotización y las interrupciones de los tiempos de vida laboral producen en el cálculo de su cuantía. Asimismo, la pensión de viudedad, cuyo sistema de cálculo siempre comporta la aplicación de porcentajes a lo que fue la base reguladora del causante y, por tanto, compensa una disminución de los ingresos familiares debido a la muerte del cónyuge o pareja de hecho (siendo este el fundamento que a dicha pensión ha otorgado el Tribunal Constitucional²³) es igualmente objeto del complemento por maternidad, a fin de compensar la pérdida de ingresos en la unidad familiar producida tras la muerte del sujeto causante.

Por lo que hace al procedimiento judicial seguido en la Sala de lo Social del TSJ de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) mediante auto de fecha de 7 de diciembre de 2018, dictado en recurso de suplicación 850/2018, solicita al TJUE que efectúe una declaración acerca de la adecuación del complemento por maternidad a lo previsto por la normativa de la Unión Europea –al no contemplar expresamente su extensión al padre cuando este se ha ocupado del cuidado de sus hijos debido a la muerte de la madre–. Se cuestiona si se adecúa a lo dispuesto en el art. 157 TFUE (principio de igualdad de retribución), así como en la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social, y en la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Y, en fin, su coherencia o no con la jurisprudencia establecida por el TJUE en relación con esta materia. En similares términos lo había formulado en cuestión prejudicial el Juzgado de lo social número 3 de Girona mediante auto de 21 de junio de 2018 dirigido al TJUE.

Es preciso destacar la defensa que realiza el auto de la Sala de lo Social del TSJ de LPGC indicando que el complemento por maternidad no solo integra la tenencia o adopción de los hijos e hijas, sino también su cuidado y atención posterior a lo largo de la vida. Por consiguiente, señala que la falta de una cláusula de salvaguarda en el régimen jurídico configurador del complemento en favor del padre en tales supuestos pudiera resultar, paradójicamente, contraria al principio de igualdad. Su total exclusión del complemento tendría por efecto consolidar este-

23 Desde las originarias SSTC 103/83 y 104/83 hasta algunas mucho más recientes, como las SSTC 41/2013 y 81/2016.

reotipos culturales arraigados de división y segregación social del cuidado de los hijos en favor de las mujeres exclusivamente. Tales estereotipos constituyen factores objetivos de discriminación, por la vinculación exclusiva de las mujeres a los cuidados y de los hombres a la provisión de ingresos. Una interpretación de tal alcance pudiera contribuir, indica el auto dictado por la Sala, a cronificar la segregación social por roles y estereotipos vinculados al género históricamente asentada²⁴.

Ciertamente, la pretensión de preservar una cláusula de salvaguarda en las acciones positivas, entre otros efectos, para preservar la inexistencia de discriminaciones *inversas* es una construcción asentada en la jurisprudencia del TJUE, de forma muy clara expresada en el asunto *Lommers*, sentencia de 19 de marzo de 2002, C-476/99: *“el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva [Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976] no se opone a una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida en favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asumen solos la guarda de sus hijos”*.

El asunto aquí tratado conduce, de nuevo, a la necesaria delimitación de las situaciones protegidas por la prestación contributiva del complemento por maternidad. Si se tratara de la maternidad propiamente dicha lo que el complemento compensa (embarazo, parto y postparto en el caso de la maternidad biológica), no parece que la exclusión del padre pudiera comportar un trato manifiestamente discriminatorio, por cuanto la acción positiva resulta justificada y necesaria debido a las brechas y sesgos por razón de sexo existentes en el sistema de seguridad social ya indicados, y que se encuentran directamente relacionados con la tenencia de hijos biológicos por parte de las mujeres. Pero si el complemento por aportación demográfica a la seguridad social incluye como situación protegida también el cuidado de los descendientes, especialmente mientras son menores de edad, en suma, la asunción de los deberes y responsabilidades de su cuidado, en tal caso sería contrario a la jurisprudencia establecida por el TJUE en materia de igualdad de género que con el tiempo ha venido escorándose en este sentido.

24 Para un seguimiento en profundidad de esta cuestión y de esta actuación judicial en particular, vid. POYATOS i MATAS, G., “De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al complemento por maternidad”, RTSS (CEF), núm. 246, 2019, pp. 63-75.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN RELACIÓN CON LAS COMPENSACIONES Y BENEFICIOS DE SEGURIDAD SOCIAL EN EXCLUSIVA O DE FORMA PREFERENTE PARA LAS MUJERES POR EL CUIDADO DE LOS HIJOS: LA DECLARACIÓN DE SU INVALIDEZ JURÍDICA

Ciertamente, se puntualizó que el complemento por maternidad establecido en el art. 60 LGSS concebido de forma exclusiva para las mujeres recibió una configuración de dudoso encaje con la normativa de la UE y en clara oposición a una jurisprudencia del TJUE que dejaba poco margen para dudas. Se dijo que 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 su artículo 7.2 las posibilidades de exclusión del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres de las que disponen los Estados miembros, y que resulta difícil incluir en ellas el supuesto español de complemento de pensiones²⁵.

En realidad, la jurisprudencia del TJUE parte del principio conforme al cual, que puedan existir normas de diferenciación entre hombres y mujeres apartadas de las excepciones contempladas en el art. 7.2 de la Directiva 79/7/CEE conduce a su total y completa invalidez jurídica²⁶.

Existe una serie de sentencias del Tribunal de la Unión, dictadas con carácter más o menos reciente, que se ocupa de resolver asuntos en los que se plantean diferencias de trato entre madres y padres en relación específica con el cuidado de los hijos y la realidad es que, prácticamente, todas ellas han mostrado la misma conclusión: las normas que así lo establecen producen discriminación directa de los hombres por causa del sexo y –se dice– contribuyen a consolidar estereotipos sociales vinculados al género. Originariamente, esta jurisprudencia presentaba otra orientación, admitiendo la validez de medidas jurídicas específicas para atribuir ciertas medidas a las mujeres precisamente para promover la igualdad efectiva, entre otras, en el asunto *Hofman*, sentencia de 12 de julio de 1984 C-184/83 en la cual se justificó una medida nacional por la que se otorgaba a la madre, tras la expiración del plazo legal de la protección por maternidad, un período de descanso retribuido por el Estado; en el asunto *Lommers*, sentencia de 19 de marzo de 2002, C-476/99, como ya se ha adelantado, se justificó como acción positiva una diferencia en beneficio de las madres en relación con ayudas por guardería. La argumentación jurídica estaba basada en la validez de medidas específicas que, sin duda, tenían un carácter claramente compensador

25 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”, op. cit., p. 76-77.

26 Además, debe tenerse en cuenta, asimismo, que las mejoras de Seguridad Social establecidas para compensar el cuidado de los hijos se benefician de la protección antidiscriminatoria general, un aspecto esencial y que tiene especial trascendencia en la determinación de la validez y eficacia jurídica de este tipo de medidas. Así quedó establecido, entre otros, en el Asunto X, STJUE de 3 de septiembre de 2014, C-318/13.

de situaciones de desventaja de las mujeres como colectivo social diferenciado y cuya aceptación dentro del Derecho de la Unión se había erigido en norma de derecho originario tras el Tratado de Ámsterdam. Pero esa orientación hoy está planteada de otra manera y la tendencia va hacia la atribución *indistinta* de permisos, beneficios y medidas relativas al cuidado de los hijos en favor de madres y padres.

Algunos pronunciamientos del TJUE se habían caracterizado por una exhaustiva interpretación del alcance de lo dispuesto en la Directiva 79/7/CEE al abordar la adecuación jurídica de ciertas medidas constitutivas de “compensaciones” cuyas destinatarias eran las mujeres de forma exclusiva. Como se recordará, cinco años antes de ser introducido el complemento de maternidad en el art. 60 LGSS, en el Asunto *Roca Álvarez*, Sentencia de 30 de septiembre de 2010, C-104/09 el TJUE señaló que los beneficios atribuidos de forma exclusiva o preferente en favor de las mujeres con el fin de atender el cuidado de los hijos son discriminatorios contra las propias mujeres, debido a la perpetuación de roles sociales vinculados al cuidado de hijos que por sí mismas comportan. Como consecuencia de este pronunciamiento judicial, fue necesario efectuar un cambio de redacción en el art. 37.4 LET configurando el entonces denominado “permiso de lactancia” como un derecho de titularidad indiferenciada, concluyendo así la operación procesal realizada por el TSJ de Galicia, órgano que interpuso la cuestión prejudicial correspondiente. Se trata, como es sabido, de una sentencia emblemática por cuanto rompe con una medida que, en apariencia, pudiera ser considerada como favorable a las mujeres, pero que, examinada en el contexto de los estereotipos vinculados al género, profundiza y agudiza la segregación social por sexos en una sociedad que pretende garantizar la igualdad.

Más lejos ha llegado el TJUE, apreciando que también los hombres pueden sufrir tratos discriminatorios por causa de medidas establecidas en exclusiva para las mujeres. Esta línea interpretativa ha sido observada con mayor rigor y ha sembrado un cierto nivel de desconfianza hacia la “desnaturalización” de las acciones positivas en beneficio exclusivo de las mujeres. Muy cerca en el tiempo de la presentación en el Congreso de los Diputados a la Comisión parlamentaria del Pacto de Toledo del Informe y propuesta de creación en nuestro ordenamiento jurídico del “complemento por maternidad”, ya en el Asunto *Maïstrellis*, STJUE de 16 de julio de 2015, C-222/14, se habían establecido unas bases claras acerca de cómo deben quedar configuradas las acciones positivas en su perfecta adecuación al Derecho de la Unión. El Tribunal de la Unión lo hizo mediante la constatación del carácter discriminatorio contra los hombres de un permiso parental al cual solo a ellos les es posible acceder siempre que la mujer trabaje. La ordenación jurídica en este punto presuponía que si la mujer no realiza trabajo remunerado *lo natural* es que ella misma cuide al hijo, mientras el varón desarrolla en exclusiva su rol de proveedor de ingresos. Señala el Tribunal la necesidad de que los permisos parentales por tenencia de hijos sean diseñados

de forma “neutra”, no solo porque en otro caso se opondrían a lo dispuesto en la Directiva de permisos parentales, sino, a mayor abundamiento, serían igualmente contrarias a lo establecido en la Directiva 2006/54, ya que equivaldría a establecer diferencias injustificadas entre mujeres y hombres en las condiciones de trabajo. Sería esta una sentencia del TJUE en la cual vincula de manera expresa la atribución de permisos parentales a las mujeres a la Directiva 2006/54, algo significativo por cuanto *“intensifica el mandato de no diferenciación”* al estimar que los beneficios derivados del cuidado de hijos e hijas constituyen *“un espacio en el que no es admisible el establecimiento de preferencias para las mujeres”*²⁷.

Mucho más incisiva es la lectura que realiza el TJUE del alcance de las diferencias por cuidado de hijos en relación con determinadas ventajas cuyo objeto es la compensación por el tiempo dedicado a los hijos e hijas priorizando su disfrute por la mujer en el Asunto *Griesmar*, sentencia de 29 de noviembre de 2001, C-366/99 y donde se declara una discriminación directa por causa del sexo a los hombres sobre la base de una medida de cotización ficticia atribuida exclusivamente a las funcionarias que hubieran sido madres en el momento en que accedieran a la pensión de jubilación. Igual sucede en el Asunto *Maurice Leone*, sentencia de 17 de julio de 2014, C-173/13, en el cual se estima que hubo discriminación indirecta, pero en ambos casos el pronunciamiento es el mismo en relación con instrumentos de compensación de defectos de cotización relacionados con el cuidado de hijos que se habían introducido en el ordenamiento francés.

4. LA VALORACIÓN DEL TJUE SOBRE EL COMPLEMENTO DE MATERNIDAD DEL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL: LA EROSIÓN DEFINITIVA DE LA ACCIÓN POSITIVA Y SU IMPACTO INMEDIATO

Finalmente, la STJUE de 12 de diciembre de 2019 da respuesta a la primera de las cuestiones prejudiciales formulada en el tiempo por el Juzgado número 3 de Girona, en relación con la adecuación a la normativa comunitaria del complemento de maternidad en cuanto exclusivo de las mujeres. En el asunto *WA vs Instituto Nacional de la Seguridad Social* C-450/18 se examina la solicitud formulada por el padre de dos hijos del pago del complemento por maternidad en su pensión económica derivada del reconocimiento de una incapacidad permanente. El Tribunal europeo recuerda la jurisprudencia establecida en torno a la efectividad del principio de igualdad y el alcance de la no discriminación, para lo cual se apoya en la fundamentación establecida, entre otros, en el precedente asunto *Griesmar*, destacando que la aportación demográfica a la Seguridad Social por tener o adoptar más de dos hijos es *“una cualidad predicable tanto*

27 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”, op. cit., p. 81.

de hombres como de mujeres”, una afirmación que expresada en tales términos queda fuera de toda objeción. Pero menos ajustada a la realidad resulta la convicción expresada en la sentencia aquí comentada conforme a la cual *“las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos”*. Y, como ya era de esperar, acude a las mismas valoraciones vertidas en el asunto *Griesmar*: *“la circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales 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 en su carrera”*. Ciertamente, la posibilidad de comparación cabe hacerla, pero parece una tanto exagerado llegar a afirmar, como se hace en ambos asuntos, que por esa razón un hombre *“haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera”*.

Conviene detenerse en esta forma plana y aséptica de valoración acerca de las desventajas padecidas en la carrera profesional entre mujeres y hombres por causa del cuidado de los hijos: aquí no nos estamos refiriendo a la tenencia (maternidad biológica o adopción) sino a las responsabilidades de cuidado de los hijos mientras son menores especialmente; tampoco nos podemos referir a la situación eventual de un hombre o una mujer concretos, a título particular, sino que una valoración adecuada de este tipo de circunstancias solo puede efectuarse en relación a los colectivos sociales, a las mujeres como colectivo social y respectivamente a los hombres en el mismo plano de consideración.

Tanto el Gobierno de España como, particularmente, el INSS, personados en el procedimiento prejudicial, destacaron el carácter de *medida social* que comporta el complemento por maternidad. Para ello, aportaron los correspondientes datos estadísticos que revelan una diferencia entre los importes de las pensiones de los hombres y los de las mujeres. Asimismo, los relativos a los importes de las pensiones de las mujeres sin hijos o que han tenido un hijo, así como los de las mujeres que han tenido al menos dos hijos. Datos que revelan una desigualdad injustificada de la menor protección de las mujeres en el sistema de Seguridad Social a través de la medición de los importes de las pensiones que perciben, en comparación con sus homónimos varones o con mujeres que no han tenido o que han tenido un menor número de hijos. Lo que confirma que la medida contemplada en el art. 60 LGSS tiene una clara finalidad “de remoción” de los obstáculos a la igualdad real y efectiva especialmente mirando hacia el pasado. La “remoción” se presenta fundamentalmente como compensación a lo que ha sido hasta ahora y con carácter general la trayectoria de las carreras de cotización de las mujeres, mermadas por su menor participación en el mercado de trabajo a causa del cuidado del hogar, de los hijos y demás familiares. Algo que las mujeres han realizado con carácter general y sin recibir retribución económica alguna por ello.

Contrariamente a estas consideraciones, la STJUE señala que *“si el objetivo de la medida consiste en reducir la brecha de género entre las pensiones de las mujeres y las de los hombres, es indudable que el complemento de pensión tiene por objeto, al menos parcialmente, la protección de las mujeres en su condición de progenitor”*. Por consiguiente, se trata de una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres. Asimismo, advierte que *“por otro lado, las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos”* (sic), algo que se declara no a título excepcional y específico, sino como una verdad universalmente extendida. Porque solo así se entiende que la solución alcanzada partiera de esta premisa conceptual.

Asimismo, de forma expresa, indica la referida sentencia del TJUE dictada en el caso *WA vs Instituto Nacional de la Seguridad Social*, el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, contradice lo dispuesto en la Directiva 79/7 dado que *“el complemento de pensión controvertido se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional”*. En suma, el TJUE ha dado sentencia de muerte a la acción positiva dirigida en exclusiva a las mujeres que, en períodos históricos precedentes y aun en la actualidad, no están en igual posición que los varones en el sistema de seguridad social, particularmente, por causa y como efecto de la tenencia y aun por el mayor cuidado de sus hijos e hijas.

Los órganos judiciales nacionales pedían la preservación de una cláusula de salvaguarda para restablecer la equidad en situaciones excepcionales en que, a causa del fallecimiento de la madre, el padre se hubiera dedicado en solitario al cuidado de sus hijos, pero el TJUE ha ido mucho más allá de lo solicitado a partir de una interpretación, ya desfasada, de consideración de la igualdad entre sexos entendida como mera igualdad ante la ley. La pretensión de preservar una cláusula de salvaguarda para supuestos excepcionales donde la muerte de la madre obliga al padre a asumir el cuidado de sus hijos parece totalmente lógica. Guarda plena coherencia con jurisprudencia establecida por el propio TJUE en su construcción clásica de las acciones positivas en exclusiva para las mujeres en relación con la maternidad biológica, pero matizadas en sus destinatarios varones ante situaciones equiparables respecto del cuidado de los hijos. Sin embargo, la equiparación plena de mujeres y hombres en el cuidado de los hijos no puede ser considerada con carácter general, como una realidad incontrovertible o como elemento “de promoción”, sino a título excepcional, en cada caso concreto. Sin embargo, el TJUE se ha escorado hacia una interpretación que se aparta claramente de la fijación de una cláusula de salvaguarda en tales térmi-

nos y ha terminado por consolidar su construcción relativa a la interpretación de los derechos en clave *neutra*.

Lo que hace la sentencia es elevar “al alza” las pensiones de los varones –que ya son de mayor cuantía con carácter general– otorgándoles el complemento por maternidad, al destacar palmariamente su situación “*comparable en cuanto al cuidado de los hijos*” con las mujeres. En suma, este y los anteriores pronunciamientos del TJUE alineados en la misma orientación consolidan mayores ventajas para el colectivo social de los varones, por cuando no se reconduce el debate hacia situaciones específicas en las que un hombre pueda verse desarrollando roles y funciones tradicionalmente atribuidos a las mujeres, en cuyo caso se legitima la extensión de la medida compensadora. Por el contrario, el TJUE considera como inaceptable una ventaja atribuida a las mujeres por el hecho de serlo en relación con haber estado al cuidado de los hijos. Y este es el núcleo gordiano del fundamento y finalidad de las acciones positivas en el momento presente: si su finalidad apunta a compensaciones por desventajas sufridas en el pasado o si pretenden superar roles y estereotipos sociales de cara al futuro. ¿Estamos en disposición de suprimir cualquier compensación de desventajas padecidas por las mujeres en el pasado con instrumentos como los complementos de finalidad compensadora? ¿la supresión de esas compensaciones contribuye realmente a un mayor grado de igualdad sustancial y real?

Pese a las cifras y datos que revelan que la realidad social es manifiestamente desigual y que hay brecha efectiva en las pensiones de hombres y mujeres por las distintas trayectorias en las carreras de cotización, en las que ser mujer supone por regla general una desventaja, lo que finalmente concluye la sentencia es que, en el complemento por maternidad solo es posible aplicar un tratamiento idéntico y uniforme. Llama la atención en la sentencia del TJUE la falta de la más mínima valoración de roles y de estereotipos sociales que, al menos, justifiquen que cuando se está en situación *equivalente* o *similar* el complemento pueda ser extendido a un padre que ha cuidado a sus hijos. No recurre a las cláusulas de salvaguarda que, por su propia lógica, garantizan un trato igual en situaciones similares contrastadas, excluyendo totalmente esa lógica hermenéutica. La sentencia viene a decir que los hombres también sufren *de forma generalizada* en el mercado de trabajo y en el sistema de protección social efectos negativos derivados de la paternidad y del cuidado de los hijos, por lo que excluirlos del efecto *compensador* que el complemento representa es una discriminación directa al sexo masculino. Por consiguiente, la compensación de ese “daño” padecido por los varones debe igualmente ser reparado, complementando económicamente la correspondiente pensión de seguridad social. Los resultados no pueden ser más decepcionantes: extiende su alcance a los varones de forma completamente uniforme con respecto a las mujeres, por cuanto no llega a deducir elemento de diferenciación alguno a tomar en cuenta comparando ambos grupos sociales.

Los efectos económicos sobre el sistema de Seguridad Social son tan perversos que cabe pensar que en cualquier momento cuando se desate el debate sobre la sostenibilidad financiera del mismo, el actual complemento corra el riesgo de desaparecer²⁸.

La Sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, Sala de Las Palmas de Gran Canaria, de 20 de enero de 2020, ya ha resuelto el caso planteado en uno de los procedimientos judiciales de origen y, como es lógico, lo ha hecho aplicando la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, en suma, ya sin el recurso a la cláusula de salvaguarda, como pretendía, y desde luego otorgando el complemento por maternidad al padre que así lo había solicitado como mejora a su pensión de jubilación.

5. CONCLUSIONES

La actuación judicial, desasistida de normas que, con buena praxis, establezcan los parámetros de promoción de la igualdad real y efectiva, sin sesgos de género, se ve obligada a realizar una función que, tal vez, no esté llamada a cumplir. Debe hacerlo el legislador, dando un paso adelante y estableciendo en el sistema normativo instrumentos y herramientas adecuados, atribuyendo en exclusiva, de forma preferente o indistinta, según los casos y circunstancias, derechos para mujeres y hombres. Y debe hacerlo de forma que no solo no entrañen nuevas discriminaciones para las mujeres, sino también asegurándose de que las nuevas herramienta no supongan mayores desventajas para ellas. Al mismo tiempo, deben ser promovidos derechos de titularidad diferenciada y en exclusiva para hombres y mujeres si se quiere avanzar en la superación de estereotipos sociales que comporten la obligación de asumir por ambos progenitores las responsabilidades derivadas de la corresponsabilidad para con los hijos e hijas.

Es incontrovertible que la igualdad ante la Ley hace referencia fundamentalmente a su eficacia, esto es, a la necesidad de que la norma sea aplicable por igual a todos aquellos que se encuentran en la situación descrita en un determinado supuesto. Sin embargo, esa comprensión de la igualdad no permite establecer distinción alguna entre grupos o colectivos diferenciados, en cuanto tales, y que puedan estar padeciendo desventajas como tal colectivo social. En consecuencia, impide un tratamiento diferenciado de los derechos de participación, de los derechos de libertad, de los derechos de prestación. La norma que ha sido objeto de análisis en esta aportación (art. 60 LGSS) da en este caso distinto tratamiento a un grupo social, las mujeres, que por la tenencia y el cuidado de los hijos en el pasado han tenido carreras de cotización irregulares, de lo que se

²⁸ A finales de 2019, la página web del Ministerio de Trabajo indicaba que el complemento por maternidad lo venían percibiendo casi 647.000 mujeres. Su extensión a los hombres con carácter general supondrá un importante desembolso en las cuentas de la Seguridad Social. Está pendiente la acción legislativa correspondiente que pudiera configurar en otros términos el derecho a la percepción del complemento.

deriva para ellas pensiones contributivas de reducida cuantía en comparación con las homónimas de los varones.

Es esta desigualdad “real y efectiva” la que debe ser eliminada, que puede hacerlo por intervención del legislador por medio de los instrumentos y en el momento que juzgue más oportuno. Ello debe ser así para dar cumplimiento al mandato establecido en el art. 9.2 de la CE. Esta realidad desigualitaria, “*es evidente que no se suprime por el simple procedimiento de ignorarla y se hace más dura mediante la anulación de normas cuya finalidad palmaria es la de compensarla*”; la supresión de la desigualdad real persistente es una medida de política legislativa “*cuya oportunidad y forma sólo el legislador ha de determinar y cuya incidencia sobre las pautas sociales de comportamiento sólo tiene efectos, como es obvio, hacia el futuro, no hacia el pasado*”²⁹.

Cuando se trata de derechos de prestación, como son los relativos a las pensiones de Seguridad Social, la intervención legislativa de carácter compensador debe discurrir por cánones de fundamentación jurídica tendentes a satisfacer el valor superior de todo Estado de Derecho, la igualdad de los individuos y de los grupos sociales en que se integran, entendida de modo real, de manera sustancial. La igualdad no puede continuar siendo meramente formal porque esa orientación enquistada las desigualdades preexistentes y contribuye poderosamente a cronificar la segregación económica y social de los grupos sociales. En las sociedades que efectivamente son igualitarias, las acciones positivas no tendrían razón alguna de ser, los tratos deberían ser uniformes³⁰, pero mientras se llega a esa situación el reclamo social de medidas efectivas y eficaces para combatir la desigualdad de las mujeres continúa siendo una exigencia legítima.

A mi modo de ver, las diferencias sociales y económicas hasta ahora existentes entre mujeres y hombres impiden considerar del todo irrazonable la diferencia que el art. 60 LGSS establece, atribuyendo a las mujeres un complemento diferenciador para compensarlas por sus desventajas prestacionales, que son fiel reflejo de la aun persistente desigualdad del género femenino en las relaciones de trabajo derivadas de la tenencia y del cuidado de hijos. El efecto compensador de un complemento de igualdad para las mujeres, bien construido, continúa siendo necesario. Los Estados miembros de la Unión Europea, no se olvide, disponen de una herramienta contemplada en el art. 7.2 de la Directiva 79/7/CEE, como es la de “examinar periódicamente” las materias excluidas del principio de igualdad, materias en las cuales aún resulta razonable introducir tratos diferenciados por razón de sexo y de género, mientras la segregación social y las desventajas de las mujeres continúen siendo una realidad. Dicho examen periódico tiene por objeto y finalidad “comprobar, teniendo en cuenta la evolución

29 Las citas entrecomilladas, se han entresacado del voto particular emitido por RUBIO LLORENTE, F. a la STC 103/1983, que hoy, entiendo, continúan siendo válidas.

30 RAMOS QUINTANA, M. I., “El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica”, op. cit., p. 15.

social de la materia, si está justificado mantener las exclusiones” de las que trata el apartado 1 del art. 7.

Por otra parte, y como orientación legislativa hacia el futuro, habría que configurar los derechos vinculados al cuidado y atendimiento de los hijos –y demás familiares– hacia derechos de titularidad estrictamente individual y de carácter intransferible. Ello no obsta a que, cuando se verifique la persistencia de situaciones de desigualdad real no será suficiente con crear derechos de igual conformación y entidad. Las acciones positivas continúan siendo necesarias. He aquí que se ha llegado a la fase en la cual las acciones positivas *inversas* para que los hombres se encuentren incentivados a hacer uso de derechos de paternidad y conciliación se consideran pertinentes, pero no se puede olvidar que las acciones positivas dirigidas a las mujeres como grupo social continúan siendo necesarias en múltiples ámbitos. Sin duda, la protección social y el sistema prestacional es uno de ellos, especialmente para paliar los efectos devastadores sobre la igualdad de las mujeres derivados de: a) una exclusión histórica del mercado de trabajo y b) una posterior incorporación al mismo plagada de desventajas por dos causas claramente diferenciadas: la maternidad y el cuidado de los hijos e hijas. Una realidad social incontestable.

