

Sobre el carácter discriminatorio del complemento por maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género).

STSJ Canarias-SOC núm. 44/2020, de 20 de enero.

María Arántzazu Vicente Palacio

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I

Resumen: *La STSJ Canarias declara el carácter discriminatorio por razón de sexo del complemento por maternidad previsto en el art. 60 TRLGSS. No existe razón objetiva que justifique la exclusión de los varones del ámbito de aplicación de una medida que compensa por la contribución del beneficiario a la mejora de las tasas de natalidad, puesto que tanto contribuye la mujer como el varón. Además, contribuye a consagrar roles sexistas atribuyendo el cuidado de los hijos a la madre sobre el padre, La STSJ Canarias se alinea con la reciente jurisprudencia comunitaria sobre la materia (STJUE de 12-12-2019 (C-450/2018) en resolución de cuestión prejudicial presentada por Juzgado de Gerona.*

Palabras clave: *Discriminación por razón de sexo; género; maternidad biológica; maternidad por adopción; efectos de la jurisprudencia comunitaria.*

Abstract: *The Canarias Court declares the discriminatory nature of the maternity supplement (art. 60 TRLGSS). There is no objective reason to justify the exclusion of men from a measure that compensates for the beneficiary's contribution to the improvement of birth rates. The measure contributes to enshrining sexist roles by attributing childcare to the mother over the father. The STSJ Canarias aligns with the recent community jurisprudence on the matter (STJUE of 12-12-2019 (C-450/2018).*

Keywords: *Discrimination based on sex; gender; biological maternity; adoption maternity; effects of community jurisprudence.*

I. Introducción

La Sentencia comentada resuelve recurso de suplicación contra la sentencia de instancia del Juzgado nº 1 de las Palmas de Gran Canaria. Esta última confirmó la resolución administrativa por la que se denegaba a un padre de cuatro hijos, beneficiario de pensión de jubilación, la aplicación del citado complemento. Se da la circunstancia de que la esposa y madre de dichos hijos había fallecido con anterioridad a la solicitud de la pensión de jubilación. Presumiblemente, puesto que no consta en los hechos probados, el solicitante de la pensión de jubilación no es pensionista de viudedad de su esposa. No consta si la esposa fallecida realizó actividad laboral o profesional comprendida en el campo de aplicación del sistema de seguridad social.

El TSJ Canarias presentó cuestión prejudicial al TJUE por entender que la regulación española era contraria a la Directiva 79/7/CE del Consejo, de 19 de

diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad social (en adelante, Dir. 79/7/CEE) y la jurisprudencia comunitaria^[1]. Es de señalar que el TSJ Canarias^[2] ya se había pronunciado con anterioridad sobre el complemento por maternidad (si bien en relación a si era computable el hijo nacido por alumbramiento con 6 meses de gestación no inscrito^[3]) sentencia en la que la ponente de la sentencia ahora comentada presentó voto particular.

II. Identificación de la resolución judicial

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala Social.

Número y fecha de la sentencia: sentencia núm. 44/2020, de 20 de enero.

Número recurso o procedimiento: Recurso de suplicación núm. 850/2018.

ECLI: ES:TSJICAN:2020:1.

Fuente de consulta: CENDOJ.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Gloria Poyatos Patos.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

Los hechos se recogen claramente en la sentencia comentada.

El solicitante de una pensión de jubilación, viudo de la madre de sus hijos, solicita al INSS la aplicación del complemento por maternidad (en su caso, el 15%) sobre su pensión de jubilación. El INSS le deniega dicho complemento en atención a la literalidad del art. 60 LGSS-2015, que restringe la aplicación de este complemento a las mujeres. El Juzgado de lo Social confirma la resolución administrativa denegatoria. Presentado recurso de suplicación, el TSJ Canarias presenta cuestión prejudicial ante el TJUE de la que desiste posteriormente tras comunicación de la STJUE de 12-12-2019 en relación a idéntica cuestión.

2. Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria

La Sentencia nº 141/18 de 27 de abril de 2018 desestima la demanda del solicitante absolviendo al INSS del abono del complemento controvertido. Se fundamenta en la literalidad del precepto legal. No consta más información en la sentencia de suplicación.

3. Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias: planteamiento de cuestión prejudicial y posterior desistimiento tras la comunicación de la STJUE de 12-12-2019

El TSJ de Canarias plantea cuestión prejudicial ante el TJUE. Entre otras cuestiones, se pregunta si la Directiva 79/7/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la regulación del art. 60 LGSS-2015 en cuanto "(...) excluye que excluye de forma absoluta e incondicional de la bonificación que establece para el cálculo de pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, a los padres pensionistas que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as?". Es interesante dejar ya señalado que el art. 60 LGSS-2015 no condiciona la aplicación del beneficio a las madres (biológicas o por adopción) a que efectivamente hayan asumido el cuidado de sus hijos/as ni a ninguna otra circunstancia o requisito tales como eventuales efectos negativos de la maternidad sobre sus carreras de cotización; "su aportación demográfica a la Seguridad Social" aparece como la exclusiva razón de ser del citado complemento en su redacción legal.

El TSJ Canarias desiste de la cuestión prejudicial tras la comunicación del TJUE de la adopción de la STJUE de 12-12-2019, en resolución de cuestión prejudicial presentada por el Juzgado núm. 3 de Gerona en relación a la misma cuestión.

IV. Posición de las partes

1. Solicitante del complemento de pensión de jubilación

El solicitante alega que la citada norma incurre en discriminación por razón de "género" pues es padre de cuatro hijos y "habiendo fallecido su esposa y madre biológica de sus hijos es evidente su aportación demográfica a la Seguridad Social".

2. Instituto Nacional de la Seguridad Social

La Entidad Gestora destaca la literalidad del precepto legal. Añade, además, como criterio interpretativo la teleología de la norma, extraída de los objetivos de la enmienda parlamentaria de la que procede el citado precepto: *"Reconocer, mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad. Valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres. Y eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, cumpliendo en este sentido también las Recomendaciones de la Unión Europea"*.

V. Normativa aplicable al caso

1. Derecho español (art. 60 LGSS-2015)

El art. 60.1 LGSS-2015 señala literalmente:

"1. Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.

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

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

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

Este complemento se introdujo en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, por la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016 (D.F.2ª). Ausente del proyecto de ley inicial fue el resultado de la aprobación de la enmienda del Grupo Popular (núm. 4.242).

2. Derecho Unión Europea

La Directiva 79/7/CE 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:

- **Art. 4.**

1. *El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a :*

— *el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,*

— *la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,*

— *el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.*

2. *El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.*

- **Art. 7**

1. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:

(...)

b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos;

2. Los Estados miembros examinarán periódicamente las materias excluidas en virtud del apartado 1, a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social en la materia, si está justificado mantener las exclusiones de las que se trata

- **Art. 8. 2 párrafo segundo**

Los Estados miembros informarán a la Comisión de las razones que justifiquen el eventual mantenimiento de las disposiciones existentes en las materias previstas en el apartado 1 del artículo 7, y de las posibili

dades de su posterior revisión.

VI. Doctrina básica

1. Sobre la finalidad de la medida

La sentencia comentada colige la finalidad de la medida de la justificación que acompañó la propuesta de enmienda durante la tramitación parlamentaria de la Ley 48/2005. No es una cuestión baladí puesto que la Directiva 79/7/CE admite que los Estados miembros puedan establecer, a los efectos de la pensión de vejez, a las personas que han educado hijos, así como la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos. Según dicha Enmienda las razones que justificaban la oportunidad de la medida fueron las siguientes: A) Reconocer, mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad; B) - Valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres.

La sentencia apunta ya en su primer momento que, pese a que la medida puede tener un objetivo legítimo de política social, se suscitan dudas en relación a la total y absoluta exclusión de los padres porque puede incentivar el abandono femenino del

mercado laboral para el cuidado de hijos/as fomentando la segregación de roles de género. Es interesante resaltar que la sentencia diferencia adecuadamente entre sexo (factor biológico) y género (factor social y cultural) señalando cómo una medida basada exclusivamente en el sexo puede contribuir a la (negativa) perpetuación de roles de género.

2. Sobre la regulación armonizadora (la Directiva y la jurisprudencia del TJUE)

La sentencia comentada lleva a cabo un extenso recorrido de la jurisprudencia comunitaria sobre la discriminación por razón de sexo y los distintos elementos en los que se sustenta. Temáticamente, esta jurisprudencia puede sistematizarse como sigue:

a) Sobre la inclusión del complemento por maternidad cuestionado en el ámbito de la aplicación de la Directiva. Se invoca la STJUE de 12-12-2019 (Asunto C-451/16) que se refiere expresamente a esta cuestión señalando que tiene naturaleza de pensión pública contributiva por lo que queda comprendida en el campo de aplicación de la Directiva 79/7 al formar parte de un régimen legal de protección contra los riesgos enumerados en la Directiva (jubilación e incapacidad permanente)

b) Sobre la situación comparable a los efectos de la validación de las acciones discriminatorias positivas. El carácter comparable de las situaciones debe valorarse de manera específica y concreta (no de manera global y abstracta) para lo que es esencial acudir al objeto y finalidad de la normativa que establece la distinción cuestionada y los principios y objetivos del ámbito al que pertenezca la normativa nacional. Recompensar a las mujeres por su aportación demográfica a la Seguridad Social no justifica por sí sola que ambos sexos no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a esta situación, en tanto la medida no está vinculada a la maternidad biológica sino a la crianza y a la actividad de cuidado, actividad que puede ser realizada con independencia del sexo del progenitor, aunque por razones sociales y culturales sean las mujeres las que tradicionalmente hayan asumido las funciones de cuidadoras del hogar.

La circunstancia de que, por regla general, sean las mujeres las que asumen en general esta tarea no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma tales cuidados y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera (STJUE de 29-11-2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 56).

c) Sobre las medidas que justifican un diferente tratamiento entre hombres y mujeres.

- El art. 4.2 Dir. 79/7/CE legitima que los Estados Miembros adopten medidas para la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo; y también en materia de protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto. Sin embargo, el complemento de maternidad no está configurado en tal sentido pues no existe ninguna relación entre su concesión y las desventajas que puede sufrir una mujer en su carrera a resultas de la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto.
- El art. 7.4 Dir. 79/7/CE también permite el establecimiento de ventajas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos, pero el complemento por maternidad no está supeditado a la educación de los hijos/as o la existencia de periodos de interrupción de empleo debidos a su educación, sino simplemente a que las mujeres beneficiaria hayan tenido hijos/as biológicos o adoptados y sean receptoras de determinadas pensiones contributivas (jubilación, incapacidad permanente y viudedad).
- El artículo 157.4 del TFUE también se refiere a la posibilidad de que los Estados Miembros puedan mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el

ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales como forma de garantizar en la práctica la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Sin embargo, el complemento de maternidad no aporta ningún remedio a los problemas con lo que se encuentran las madres trabajadoras durante su carrera profesional. Únicamente concede a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento de algunas pensiones.

d) Sobre la jurisprudencia comunitaria previa.

- STJUE de 29-12-2001 (Asunto Griesman, C-366/99), sobre el carácter discriminatorio de una norma (francesa) que atribuía cotizaciones ficticias para el acceso a la pensión de jubilación a las funcionarias que hubieran sido madres. La cotización se atribuía de forma automática a las funcionarias madres biológicas y a las adoptantes si se acreditaba que se hubieran dedicado a su cuidado durante un periodo mínimo de 9 años. La justificación del gobierno francés era su finalidad compensadora de las desventajas de las funcionarias con hijos en su vida profesional, aunque no hubieran dejado de trabajar. El TJUE negó la alineación de esta medida con dicha finalidad pues sólo concedía un beneficio a las funcionarias en el momento de la jubilación sin aportar ningún remedio a los problemas que pudieran haber encontrado en su carrera profesional, para terminar declarando su carácter discriminatorio por exclusión de los varones.

.- STJUE de 17-7-de 2014 (Caso Leone, C-173/13). Declaró el carácter discriminatorio de unas ventajas de las que disfrutaban las madres funcionarias. La discriminación derivaba de que las mujeres accedían de forma automática por el mero hecho del disfrute obligatorio del permiso de maternidad. Se declaró también que la norma no estaba justificada porque no contribuía a alcanzar su pretendida finalidad.

.- STJUE de 30-9-2010 (caso Roca Álvarez, C-104/09) en relación a la preferencia materna en relación al permiso de lactancia previsto en la normativa española. Al estar desvinculado del amamantamiento materno, calificó de discriminatoria esta preferencia. En importante señalar que incluyó el concepto de corresponsabilidad como criterio de interpretación en la acomodación al derecho de la UE de la normativa española (permiso de lactancia). También hace referencia a sus efectos negativos en la perpetuación de roles en función del sexo.

.- STJUE de 16-7-2015 (caso Maïstrellis , C- 222/2014) sobre el condicionamiento del permiso parental a que la madre trabajara. Reitera el negativo efecto de perpetuación de roles entre hombres y mujeres al mantener a los hombres en una función subsidiaria respecto de las mujeres en el ejercicio de su función parental.

e) La necesaria aplicación de la STJUE de 12-12-2019 por su carácter vinculante

La STJUE de 12-12-2019, que declara el carácter discriminatorio del complemento por maternidad, es vinculante pues lo contrario sería negar la efectividad de los compromisos asumidos por los Estados miembros en virtud del Tratado, poniendo en peligro los propios fundamentos de la Unión Europea ((STJCE de 9-3-1977; Asunto 106/77, Simenthal).

VII. Parte dispositiva

El TSJ Canarias estima el recurso de suplicación y revoca la sentencia del Juzgado nº 1 de las Palmas de Gran Canaria. Declara el derecho del recurrente al complemento por maternidad en la escala del 15%, aplicable sobre la cuantía inicial de la pensión de jubilación contributiva reconocida.

VIII. Pasajes decisivos

1º) “(...) La norma pretende compensar, a modo de acción positiva, la aportación a la demografía realizada por las mujeres mediante la maternidad y el esfuerzo asociado a tal maternidad, suavizando así las históricas discriminaciones que han grabado más intensamente a las mujeres que a los hombres y han sido generadoras de la brecha de género en las pensiones”

2º)

Por tanto el concepto de "maternidad" utilizado por la norma refiere a una interpretación amplia del término e incluye a los hijos/as adoptivos/as, es decir trasciende de la maternidad biológica y se vincula a la práctica de los cuidados proyectados sobre los menores descendientes, siendo la situación protegida la pérdida de oportunidades laborales o inferior cotización que conlleva irremediamente el tiempo dedicado al cuidado de hijos e hijas, pues tal "trabajo" carece de reconocimiento social o contributivo al sistema de la Seguridad social, excepto en los casos legales tasados en los arts. 235, 236 y 237 de la LGSS (protección a la familia).

3º) Compensar las desventajas sufridas en el desarrollo de la carrera profesional por las madres trabajadoras por dedicarse a la crianza de sus hijos/as constituye un objetivo legítimo de política social (...), [pero] suscita dudas interpretativas la total e incondicional exclusión de los padres, porque ello puede incentivar el abandono femenino del mercado laboral para el cuidado de hijos/as, fomentando la segregación de roles de género.

4º) (...) La jurisprudencia de la UE ha admitido que el principio de igualdad de retribución (...) no solo se opone a la aplicación de disposiciones que establezcan discriminaciones directamente basadas en el sexo (...); [también] ha venido admitiendo acciones positivas a favor del sexo femenino, por una parte, para la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo y, por otra, para la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y el parto

5º) “(...) "el complemento por maternidad no se vincula a la maternidad biológica sino a la crianza de hijos/as y la práctica de cuidar, por ser un factor que reduce negativamente en la carrera profesional e ingresos salariales de las personas trabajadoras. Los cuidados de hijos/as han sido históricamente asumidos por las mujeres, no por una cuestión biológica o vinculada al sexo sino por razones culturales y sociales (género), al asignarse a las mujeres el rol de cuidadoras y a los hombres el de proveedores del hogar (...) No obstante, la práctica de cuidar de "facto" puede ser desempeñada tanto por mujeres como por hombre. Promover socialmente la implicación de los padres en la crianza de hijos/as, es un avance hacia la corresponsabilidad y, por tanto, la igualdad real entre mujeres y hombres (...) La circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos/as porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma tales cuidados y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera (...).”

6º) “(...) el complemento de maternidad no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre su concesión y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto (...) tampoco se supedita a la educación de los hijos/as o la existencia de periodos de interrupción de empleo debidos a su educación, sino simplemente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido hijos/as biológicos o adoptados y sean receptoras de determinadas pensiones contributivas (invalidez, jubilación o viudedad), en cualquier régimen del sistema de la seguridad Social (...) se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión (jubilación, invalidez o viudedad

contributiva), sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar las madres trabajadoras durante su carrera profesional (...)

IX. Comentario

La aplicación del complemento por maternidad ha suscitado ya la intervención de los Tribunales en varias ocasiones^[4], incluyendo hasta en tres ocasiones al Tribunal Constitucional^[5] así como la presentación de las cuestiones prejudiciales referenciadas.. Esta controversia contrasta con la escasa controversia social y parlamentaria suscitada en su momento, cuestionamiento que sí alcanzó a la doctrina científica^[6]. El tema fue objeto de consideración en el marco de la Comisión Permanente para el Seguimiento del Pacto de Toledo^[7] y tampoco durante el debate parlamentario parece que suscitara excesiva controversia^[8]. Su ausencia del proyecto de ley inicial parece deberse más a un retraso en el debate en la citada Comisión Permanente que a una actuación del Gobierno fuera del marco del consenso del Pacto de Toledo.

La sentencia comentada colige la finalidad de la medida de la justificación que acompañaba a la propuesta de enmienda durante la tramitación parlamentaria de la Ley 48/2015. No es una cuestión baladí puesto que la Directiva 79/7/CE admite que los Estados miembros, a los efectos de la pensión de vejez, puedan establecer en favor de las personas que han educado hijos, así como la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos. Como hemos visto, la STSJ Canarias descarta, con expresa invocación de la distinta jurisprudencia del TJUE -incluyendo la reciente STJUE de 12-12-2019- la idoneidad de la medida adoptada en relación con la finalidad prevista y por el contrario, considera que contribuye a la perpetuación de tradicionales roles de género.

La brecha de sexo en el ámbito laboral y consecuentemente en las prestaciones de la seguridad social es un hecho indiscutible y pacíficamente aceptado^[9]. Es un hecho generalizado a nivel europeo, pero especialmente acentuado por razones históricas y culturales en nuestro país que, además, lleva varias décadas de retraso en relación a la mayor parte de nuestros socios comunitarios. Por tanto, no se cuestiona la necesidad y la oportunidad de las medidas dirigidas a corregirla. Quizá el problema del complemento de maternidad estriba en su configuración técnica. Su inclusión en la normativa de Seguridad Social de forma precipitada y durante la tramitación parlamentaria de la Ley presupuestaria no es, sin duda, la mejor manera de aprobar una medida de tanta importancia social y económica. La propia existencia de un proyecto reglamentario truncado^[10] y su regulación a través de una norma interna de ínfimo rango son claros indicios de la escasa adecuación técnica de la norma^[11].

Hay muchas cuestiones por definir con claridad, empezando por su propia finalidad. ¿Es un “premio” (o quizá un incentivo) para quienes tienen (tengan) hijos biológicos aportando así futuros cotizantes? Así parecería deducirse del propio precepto legal que expresamente señala que es un complemento por su contribución “demográfica”. ¿Es una compensación (o, por el contrario, un incentivo) para quienes se dedican al cuidado de hijos (por lo que incluimos también a los adoptados) y esa función redunda negativamente en sus carreras de cotización, bien dejando el mercado de trabajo, bien trabajando a tiempo parcial? ¿También se debe reconocer a quien no ha sufrido esa repercusión negativa en su carrera de cotización? ¿Es una compensación (histórica) a quienes (mujeres) no se incorporaron nunca al mercado de trabajo y contribuyeron en el pasado al incremento de la natalidad y al cuidado familiar y cuyos frutos sustentan en la actualidad nuestro sistema de reparto, compensando así exiguas pensiones de viudedad?

Aclarada la intención política (compensar y/o incentivar) habrá que articular la norma de forma jurídica adecuada evitando incurrir en discriminación por razón de sexo (biológico) o de género (social) contribuyendo a la consolidación de perniciosos roles culturales. Que, con Montaigne, la intención sea la juez de las acciones no exime

al legislador de adoptar normas coherentes con aquélla, y técnicamente correctas. Por otro lado, no cabe descartar que existan varias finalidades diferentes, por lo que quizá habría que considerar la conveniencia de establecer regulaciones distintas que tomen en consideración aquéllos elementos que son diferentes para restablecer la igualdad. La “de-generación” de la normativa es una medida importante para la superación de los estereotipos de género^[12] y constituye un reto importante para el legislador, pero sin que signifique ni ahondar la brecha de género en las pensiones aplicando sin más el complemento a todos los varones ni olvidar la pérdida de oportunidades laborales (y de protección social) de buena parte de las mujeres de las generaciones que nos precedieron, obviando también la actual pluralidad de modelos familiares diferentes de los tradicionales.

X. Apunte final

La sentencia comentada apunta a la obligación para el Tribunal de asumir la jurisprudencia comunitaria y reconocer el complemento cuestionado al solicitante. Se da la circunstancia de que, en este caso, el varón solicitante es viudo (no así en el supuesto fáctico que determinó la cuestión prejudicial del Juzgado de Gerona), pero no queda constancia de que efectivamente se encargara del cuidado y atención de los hijos en ausencia de la madre ni de la repercusión sobre su carrera profesional y de cotización. La situación recuerda a la generalización de la pensión de viudedad a los cónyuges de ambos sexos a resultas de la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida del art. 160.2 LGSS-1974 (STC 103/1983, de 22 de noviembre). El ministro de Seguridad Social ya ha anticipado una reforma del citado complemento con el objeto de que recupere su finalidad inicial, lo que implica, en primer lugar, aclarar cuál o cuáles sean para, en segundo lugar, articular las medidas normativas correctamente alineadas con aquella o aquéllas.

Referencias:

1. ^ *Para la cuestión prejudicial vid. ATSJ Canarias de 7-12-2018 (Rec. Núm. 850/2018; ECLI: ES:TSJICAN:2018:6A) (<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8602549&links=%22850%2F2018%22&optimize=20181227&publicinterface=true> (fecha de consulta: 9-5-2020). También se reproduce un resumen en M. N. MORENO VIDA, “Crónica legislativa, doctrina judicial y noticias bibliográficas.”, *Revista de Seguridad Social (Laborum)*, vol. No 20.*
2. ^ *STSJ de 11-9-2019 (Rec. Núm. 1311/2018). Puede consultarse en <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/STSJ-Canarias-11-sep-2019.pdf> (fecha de consulta: 9-5-2020).*
3. ^ *Sobre esta misma cuestión vid. STSJ Madrid de 10-4-2019 (Rec. Núm. 104/2019; ECLI:ES:TSJM:2019:3321); STSJ Aragón de 20-3-2019 (Rec. Núm. 116/2019; ECLI:ES:TSJAR:2019:1102); STSJ Galicia de 7-12-2018 (Rec. Núm. 2819/2018; ECLI:ES:TSJGAL:2018:6799); STSJ Pamplona de 21-1-2019 (Proc. Núm. 318/2018; ECLI:ES:JSO:2019:1214);*
4. ^ *STSJ Madrid de 10-4-2019 (Rec. Núm. 104/2019; ECLI: ES: TSJM 2019: 3321)*
5. ^ **Auto 106/2008, de 2 de octubre. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3623-2018, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia en relación con el artículo 60 TRLGSS por ausencia de fundamentación por el órgano judicial que lo plantea de las dudas de constitucionalidad; Auto 114/2018, de 16 de octubre de 2018. Inadmite a**

trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona en relación con el artículo 60, apartados primero y cuarto TRLGSS. Votos particulares; **Auto 89/2019, de 16 de julio**. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 364-2019, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona en relación con la disposición final única TRLGSS. Se cuestiona la diferencia en cuanto a la percepción del complemento de maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social en función de la fecha en que se haya originado el derecho a la pensión. El TC inadmite la cuestión por indefinición en el auto de planteamiento acerca de la fecha de origen de la pensión.

6. [^] No así en la doctrina científica que se ha pronunciado ampliamente sobre la materia. Vid. entre los primeros estudios, BALLESTER PASTOR, Ma Amparo, “El complemento por maternidad y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea”, *Lex Social*, vol. 6, 2016. Vid. también SANCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, “Complemento por maternidad y pensiones contributivas: Las olvidadas madres del baby boom y las madres de hijos únicos”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 4, 1. RAMOS QUINTANA, Margarita, “El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, vol. 61, 2000. Vid. específicamente sobre esta cuestión, ERRANDONEA ULAZIA, Elisabet, “El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social (Laborum)*, vol. 7, 2016.
7. [^] Aunque no se puede acceder a la información del Diario de Sesiones del Pacto de Toledo salvo a la actual legislatura (seuo), existen documentos de los que se infiere este hecho. Vid. escrito de remisión al Presidente del Congreso de los Diputados para su remisión a la Comisión Permanente del Pacto de Toledo del Informe sobre el complemento por maternidad en las pensiones contributivas. Puede descargarse en <http://portal.ugt.org/actualidad/2015/octubre/boletin23/infootros02.pdf> (fecha de consulta: 9-5-202=)
8. [^] La única referencia que se ha podido encontrar en la tramitación parlamentaria es durante el debate parlamentario en el Congreso en el que la diputada del Grupo Popular hace referencia a que su presentación en el trámite de sesión plenaria ha sido posible gracias a los demás grupos parlamentarios. Por su parte, la diputada del Grupo Socialista sí cuestiona su financiación con cargo al nivel contributivo por considerar que su cálculo sobre módulos contributivos crea diferencias en el valor que el Estado atribuye a los hijos. En ningún momento se cuestiona su eventual carácter discriminatorio ni la idoneidad de la redacción legal. Vid. DS Congreso, sesión plenaria núm. 284, 14-9-2015, págs. 36 y 35 respectivamente. Vid. [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&QUERY=%28DSCD-10-PL-304.CODI.%29#\(P%C3%A1gina4\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&QUERY=%28DSCD-10-PL-304.CODI.%29#(P%C3%A1gina4))
9. [^] ERRANDONEA ULAZIA, Elisabet, “El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social (Laborum)*, vol. 7, 2016.
10. [^] Se puede consultar en http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/participacion/historico/informacion-publica/2018/RD_07_20180806_textoproyecto_gabinete_ssocial.pdf (Fecha de consulta:

9-5-2020)La memoria abreviada del análisis de impacto normativo puede descargarse en http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/participacion/historico/informacion-publica/2018/RD_07_20180806_main_gabinete_ssocial.pdf (Fecha de consulta: 9-5-2020)

11. ^ Se puede descargar en <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/5e49aed5-444c-4c92-a180-3bf83295ba54/CRITERIO+DE+GESTION+1-2018.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>. (Fecha de consulta: 9-5-2020.
12. ^ Sobre la necesidad de someter la normativa a un juicio de “(de)generación” vid. VICENTE PALACIO, Arántzazu, “SEXO Y GÉNERO EN EL ÁMBITO COMUNITARIO (Por un ordenamiento jurídico “de-generador”) (Algunas reflexiones a propósito de la STJUE de 26 de julio de 2018, Asunto M.B)”, *Revista Gallega de Derecho Social (2a etapa)*, vol. no 7, 2018, pp. 73-97. Vid. también sobre la corresponsabilidad en las tareas de cuidado familiar, los distintos trabajos publicados por la magistrada de la sentencia ahora comentada, entre otros, POYATOS MATA, Gloria, “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»”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social Comentarios, casos prácticos : recursos humanos*, vol. 431, 2019.