

El complemento de pensión por jubilación para mujeres con más de dos hijos -por su aportación demográfica a la Seguridad Social- no se abona a perceptoras de pensión de jubilación anticipada por voluntad propia. El art. 60.4º LGSS no supone una discriminación directa de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE, de aplicación progresiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

Inmaculada Ballester Pastor

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

Resumen: *El complemento por maternidad que tiene por finalidad compensar por la aportación demográfica a la Seguridad Social no se concede si las mujeres son pensionistas de jubilación anticipada voluntaria de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.4º LGSS. El Tribunal de Justicia europeo resuelve cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo social nº 3 de Barcelona y concluye que la norma española no vulnera el art. 4º de la Directiva 79/7 porque dicha regulación no está comprendida en el ámbito de aplicación de la mentada Directiva.*

Palabras clave: *Complemento. Maternidad. Jubilación voluntaria. Cuestión prejudicial.*

Abstract: *The maternity supplement, which is intended to compensate for the demographic contribution to Social Security, is not granted if women are voluntary early retirement pensioners in accordance with the provisions of art. 60.4º LGSS. The European Court of Justice resolves the preliminary ruling from the Social Court No. 3 of Barcelona and concludes that the Spanish law does not violate art. 4 of Directive 79/7 because said regulation is not included in the scope of the aforementioned Directive.*

Keywords: *Supplement. Maternity. Voluntary retirement. Question for a preliminary ruling.*

I. Introducción

Plantea el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona cuestión prejudicial acerca de si el art. 60.4º LGSS es una norma que constituye discriminación directa en el sentido de la Directiva 79/7/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. El art. 60.4º LGSS señala que este complemento de pensión no es de aplicación en casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada, es decir, si la pensión se percibe por la vía del art. 208 LGSS. Esta limitación supondría un trato diferenciado para estas mujeres, de forma tal que, independientemente de su carrera de seguro, del número de años cotizados, o de las posibles dificultades que las mujeres hayan tenido en su trayectoria profesional, este colectivo perdería su derecho al complemento y su cobertura. No obstante, el Tribunal

de Justicia concluye que este precepto no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva, pues no incorpora una regulación diferente a trabajadoras de sexo femenino respecto a trabajadores del sexo masculino sino que la afectación del principio de igualdad quiebra en el dispar tratamiento ofrecido a trabajadoras del mismo sexo. A pesar de ello, el actual art. 60 LGSS reconvertido en complemento dirigido a la reducción de la brecha de género desde el año 2021, ya no introduce esta limitación y concede el nuevo complemento por maternidad incluso cuando la pensión de jubilación a la que se añade se haya anticipado en el tiempo de acuerdo con lo previsto en el art. 208 LGSS.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta).

Número de resolución judicial y fecha: Asunto C-130/20, de 12 de mayo de 2021.

Tipo y número recurso o procedimiento: Procedimiento prejudicial.

ECLI:EU:C:2021:381.

Fuente: CENDOJ

Ponente: Sala Sexta, integrada por I Sr. Bay Larsen, Presidente de la Sala, y la Sra. C. Toader y el Sr. Safjan.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Se resuelve por el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) la petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del art. 4º, apartado 1 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 hombres y mujeres en materia de seguridad social en relación con el art. 60.4º LGSS del ordenamiento español. El art. 60 LGSS reconoce un complemento por pensión por su aportación demográfica a la Seguridad Social a las mujeres que hayan tenido un determinado número de hijos, pero el apartado 4º de dicha disposición excluye la concesión de tal complemento a las mujeres que se jubilan anticipadamente por voluntad propia.

1. Litigio principal

Mediante Resolución de 11 de diciembre de 2017 el INSS reconoce a YJ una pensión de jubilación anticipada por voluntad de la interesada con efectos a partir del 4 de diciembre de 2017 y contra ésta se interpone reclamación previa en la que se solicita la concesión del complemento de pensión por maternidad por aportación demográfica previsto en el art. 60 LGSS dado que la trabajadora tenía más de dos hijos -en concreto YJ había tenido tres hijos, lo que implica incrementar un 10% su pensión de jubilación si el complemento se reconoce-. El INSS desestima dicha reclamación mediante Resolución de 9 de mayo de 2018 entendiendo que el complemento de pensión por maternidad no le corresponde de acuerdo con el dictado del art. 60.4º LGSS. Frente a dicha desestimación, YJ presenta demanda ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona. Alega la demandante que el art. 60 LGSS produce una discriminación contra las mujeres que, por el hecho de haberse jubilado anticipadamente de forma voluntaria, ya que no pueden disfrutar de tal complemento.

2. Cuestión prejudicial

El Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona formula entonces la cuestión prejudicial a la que se da solución en esta Sentencia del Tribunal de Justicia. Según se señala en el mismo pronunciamiento, el objeto de tal cuestión prejudicial es la interpretación del artículo 4º, apartado 1 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 hombres y mujeres en materia de seguridad social.

Apoya la cuestión prejudicial el juez remitente en la Sentencia de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-450/18), pronunciamiento en el que el Tribunal de Justicia considera que el art. 60 LGSS no está comprendido en el ámbito de la excepción establecida en el art. 4, apartado 2 de la Directiva 79/7 ni tampoco en el de la excepción contenida en su art. 7º, apartado 1, letra b), motivo por el que dicho precepto, según el Tribunal, constituye una discriminación directa por razón de sexo prohibida por la mentada Directiva. A la vista de ello, sigue argumentando el juez recurrente, no existe razón alguna por la que el mismo razonamiento seguido por la mencionada Sentencia no se aplique *mutatis mutandis* con respecto a todas las mujeres que se encuentren en la misma situación, con independencia de la forma y de la fecha de acceso al régimen de jubilación de que disfruten a la hora de acceder al complemento de pensión por maternidad.

El juez se pregunta si el régimen introducido por el art. 60.4º LGSS, según el cual quedan excluidas del cobro del complemento las mujeres que anticipan voluntariamente su edad de jubilación, a diferencia de lo que ocurre con la mujeres que se jubilen en la edad ordinaria prevista, o de las mujeres que se jubilen anticipadamente pero por otros motivos -por razón de la actividad laboral desempeñada a lo largo de su vida profesional o en caso de discapacidad, o por haber cesado en el trabajo por causa no imputable a ellas mismas- se ajusta a lo previsto en el Derecho de la Unión, dado que el Derecho de la Unión garantiza la igualdad de trato en todo su sentido más amplio, es decir, entre hombres y mujeres, pero también entre las mujeres. Se plantea, por tanto, si el art. 60.4º LGSS no constituye discriminación directa a efectos de lo dispuesto en la Directiva 79/7/CE.

El Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona resuelve el procedimiento y plantea al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente: ¿Se puede considerar una discriminación directa en el sentido de la Directiva 79/7 una norma como el artículo 60.4º de la LGSS que excluye del complemento de maternidad a las mujeres que se jubilan voluntariamente, frente a las que se jubilan también voluntariamente en la edad ordinaria prevista, o lo hacen anticipadamente, pero por razón de la actividad laboral desempeñada a lo largo de su vida profesional, por causa de discapacidad o por haber cesado en el trabajo antes de acceder a la jubilación por causa no imputable a ellas mismas?

IV. Normativa aplicable al caso

1. Los arts. 1º, 4º y 7º de la Directiva 79/7

Art. 1º: La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo principio de igualdad de trato.

Art. 4º: 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] ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, [a] la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones, [a] 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. 7º, apartado 1: La presente Directiva no obstará [a] la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación: a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones; b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos; la

adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos; [...].

2. Los arts. 60 y 208 LGSS

Art. 60º. 4 LGSS. El complemento de pensión no será de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial, a los que se refieren, respectivamente, los artículos 208 y 215. No obstante lo anterior, se asignará el complemento de pensión que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.

Art. 208 LGSS. 1. El acceso a la jubilación anticipada por voluntad del interesado exigirá los siguientes requisitos: a) Tener cumplida una edad que sea inferior en dos años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación según lo establecido en el artículo 205.1.a), sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el artículo 206. b) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta y cinco años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año. c) Una vez acreditados los requisitos generales y específicos de dicha modalidad de jubilación, el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los sesenta y cinco años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada.

V. Doctrina básica

1. El punto de partida: la reformulación de la cuestión prejudicial

Comienza su fundamentación jurídica la Sentencia del Tribunal de Justicia matizando que el juez remitente no indica cuál o cuáles son las disposiciones de la Directiva 79/7 cuya interpretación solicita, aunque a reglón seguido señala que de la formulación de la cuestión prejudicial y de las explicaciones aportadas sí se desprende que la cuestión prejudicial se dirige a dilucidar si, a efectos de la Directiva 79/7, existe discriminación directa por razón de sexo, lo cual está prohibido en virtud de lo señalado en el artículo 4º, apartado 1 de la mentada Directiva. En este precepto se dispone que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar de los interesados.

Resuelve el Tribunal que la cuestión prejudicial tiene por objeto, en esencia, descifrar si el artículo 4 apartado 1 de la Directiva 79/7 debe interpretarse de manera que éste se opone a una normativa nacional que establece un complemento de pensión por maternidad en favor de la mujeres que hayan tenido, al menos, dos hijos biológicos o adoptados, y lo hace en los casos de jubilación en la edad ordinaria prevista o de jubilación anticipada por determinados motivos establecidos por la ley, pero no en los casos de jubilación anticipada por voluntad de la interesada.

2. El concepto de discriminación directa por razón de sexo

Sigue argumentando el Tribunal adentrándose después en la averiguación del concepto de discriminación directa por razón de sexo que incorpora el artículo 4º, apartado 1 de la Directiva 79/7. Según el Tribunal, dicha discriminación comprende cualquier situación en la que la persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable -Sentencia de 26 de junio de 2018, MB (cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/16, EU:C:2018:492, apartado 34-. De esta forma, para que una discriminación directa pueda serlo por razón de sexo es preciso que la persona sea tratada de manera desfavorable por pertenecer al sexo masculino o al sexo femenino. Asimismo, de

acuerdo con su título y con su artículo 1º, en relación a los considerandos primero y segundo, la Directiva 79/7 tiene por objeto la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato y el término de principio de igualdad de trato que se emplea en el resto de la norma se refiere de forma abreviada al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Por lo tanto, el concepto de discriminación por razón de sexo que figura en el artículo 4º, apartado 1 de la Directiva 79/7 solo puede referirse a los casos de discriminación entre trabajadores del sexo masculino, por una parte, y trabajadoras del sexo femenino, por otra. Ello significa que el apartado 1 del art. 4º de la Directiva no garantiza la igualdad de trato en su sentido más amplio, es decir, también entre personas de un mismo sexo, sino que la discriminación directa por razón de sexo presupone una situación en la que se trata a trabajadores de manera menos favorable por pertenecer al sexo masculino o femenino con respecto al trato que recibirían en una situación comparable otros trabajadores del sexo opuesto.

3. La situación controvertida en el litigio es una mujer tratada de forma menos favorable que otras mujeres

Así las cosas, el conflicto aparece en un caso en el que una mujer, por haber anticipado la jubilación por voluntad propia, no disfruta del complemento de pensión de maternidad y, por tanto, ésta se considera tratada de forma menos favorable que otras mujeres, quienes, por razón de haberse jubilado en la edad ordinaria prevista o por haberse jubilado anticipadamente por determinados motivos establecidos por la ley, sí pueden disfrutar de dicho complemento.

4. El litigio queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7

El criterio por el cual se deniega el complemento de pensión por maternidad a las mujeres que se jubilan anticipadamente por voluntad propia no se vincula al sexo de la trabajadora afectada, sino a las condiciones en las que se accede a la jubilación, así que el supuesto trato discriminatorio no se produce por razón de sexo, y no atañe a una discriminación entre trabajadores de sexo masculino, por una parte, y trabajadoras del sexo femenino, por otra, sino a una supuesta quiebra del principio de igualdad de trato entre trabajadoras del sexo femenino.

Tal conclusión no queda desvirtuada por la Sentencia de 12 de diciembre de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (complemento de pensión para las madres) (C-450/18, EU:C:2019:1075), aunque a aquel asunto resultara aplicable la misma normativa que ahora es nuevamente objeto de interpretación. Y ello porque, sostiene el Tribunal, en aquella ocasión el demandante en el litigio principal era un trabajador del sexo masculino que se consideraba tratado de forma menos favorable que las trabajadoras de sexo femenino puesto que, por pertenecer al sexo masculino se le denegaba el complemento de pensión por maternidad, y entonces el Tribunal pudo basar su razonamiento en la Directiva 79/7; no obstante el conflicto actual es bien distinto. Por tanto, concluye el Tribunal, la situación controvertida en el litigio principal no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7.

VI. Parte dispositiva

La contestación a la cuestión prejudicial planteada es, pues, que la Directiva 79/7 no es de aplicación a una normativa nacional que establece un complemento de pensión por maternidad en favor de las mujeres que hayan tenido al menos, dos hijos biológicos o adoptados, y lo hace en los casos de jubilación en la edad ordinaria prevista o de jubilación anticipada por determinados motivos establecidos en la ley pero no lo reconoce en los casos de jubilación anticipada por voluntad de la interesada.

VII. Pasajes decisivos

En virtud de todo lo anterior el Tribunal de Justicia declara que: La Directiva 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, no es de

aplicación a una normativa nacional que establece un complemento por pensión por maternidad en favor de las mujeres que hayan tenido, al menos, dos hijos biológicos o adoptados y lo hace en los casos de jubilación en la edad ordinaria prevista o de jubilación anticipada por determinados motivos establecidos por la ley, pero no en los casos de jubilación anticipada por voluntad de la interesada.

VIII. Comentario

La regulación del complemento por maternidad en las pensiones contributivas contenida en el art. 60 LGSS, en la redacción del precepto que estuvo vigente desde 2015 hasta 2021 ha sido, probablemente, una de las disposiciones más controvertidas y puestas en tela de juicio por la doctrina científica^[1]. Este precepto -en su corta vida- ha tenido el dudoso mérito de incorporar una regulación que no ha dejado indiferente a nadie y que ha recibido innumerables críticas. A día de hoy, su texto ha sido felizmente derogado y sustituido por otro nuevo, una sustitución que no acabará posiblemente con una litigiosidad que ha resultado ser, a todas luces, excesiva^[2].

La finalidad de este complemento de pensiones se ceñía a compensar a las mujeres por su aportación demográfica a la Seguridad Social; en los documentos oficiales previos a su aprobación se hacía, de hecho, referencia a que el objetivo era reducir los perjuicios generales en las carreras profesionales de las madres, pero las paradojas de esta regulación eran muchas, como que una mujer que no hubiera trabajado nunca sí accedería a este complemento gracias a su pensión de viudedad, que éste no daba cobertura a las madres de un hijo solo, o a las madres del baby boom, o que tampoco cubría a todas las familias, como las familias homosexuales masculinas.

Pero, además de lo anterior, el aspecto más sorprendente de este complemento fue que su aplicación fuera exclusiva para mujeres, algo que podía ser discriminatorio contra las propias mujeres por perpetuar roles de cuidado, y suponía que, como irónicamente se llegaba a decir, la norma suponía que los hombres no contribuyen por su aportación demográfica a la Seguridad Social. Como ya se esperaba y se adelantó años atrás por la doctrina científica^[3], la imprecisión y confusión del precepto condujo a que la Sentencia de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-450/18) concluyera que este art. 60 LGSS constituía una discriminación directa por razón de sexo prohibida por la Directiva 79/7/CE. Esta Sentencia, posiblemente demasiado rotunda^[4], provocó que se hiciera extensible este complemento a los hombres aunque dejando incólume una regulación que no respondía realmente a su objetivo originario: compensar a todos por los problemas que, sufridos durante las carreras laborales, afecta mayoritariamente a las mujeres en el momento del cobro de sus pensiones. Y eso produjo consecuencias perjudiciales, incluido un incremento exponencial de una conflictividad judicial que ponía de manifiesto la velocidad que debía darse a la nueva redacción de un precepto realmente polémico -una conflictividad a la que no ayudó el Criterio del INSS que seguía sin reconocer el complemento a los hombres sin previa Sentencia judicial^[5]-: era necesario que el legislador actuara urgentemente y que lo hiciera de forma más coherente y específica^[6].

La cuestión prejudicial que aquí se debate es una muestra más de otra de las amenazas que provoca una norma mal diseñada que ha acabado generando efectos contrarios a lo que se pretendía en ella, ya que el art. 60.4º LGSS -objeto de esta cuestión prejudicial- deniega el complemento por maternidad a quienes accedan a la jubilación anticipada por voluntad propia, cuando puede ocurrir que las situaciones de partida de las mujeres a las que se niega y se paga el complemento son absolutamente parejas, lo que obligaría, al entenderse vulnerado el art. 14 CE, a otorgar el complemento y a suprimir esta limitación contenida en el art. 60.4º LGSS sólo para algunas de ellas. Pero a esta amenaza ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal de Justicia europeo han resultado ser sensibles hasta ahora.

Así, previamente al planteamiento de esta cuestión prejudicial, el Tribunal Constitucional en el Auto nº 144/2018, de 16 de octubre -BOE de 20 de noviembre de

2018-ya había inadmitido la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto a este art.60.4º LGSS por el Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona. De acuerdo con este Auto el precepto no era inconstitucional y la duda sobre su inconstitucionalidad resultaba notoriamente infundada. Para el Tribunal, desde el punto de vista de su aportación demográfica a la Seguridad Social, la situación de la madre trabajadora es la misma tanto si se accede a la jubilación voluntaria como a la jubilación ordinaria - legal-, pero aún así, la madre que accede a la jubilación anticipada voluntaria -sostiene el Tribunal- acorta su carrera de seguro, por lo que resulta razonable no reconocer el complemento a quien pudo haber cotizado más años, lo que tiene que ver con la sostenibilidad del sistema de seguridad social; en suma, entiende el Tribunal que existe proporcionalidad en la diferencia que el legislador implementa y que la diferencia de trato no produce resultados gravosos o desmedidos y resulta, además, proporcionada. El Auto del Tribunal Constitucional resulta sumamente interesante, no tanto por su fallo -que es desolador- sino por los dos Votos particulares que incorpora, en los que se pone -nuevamente- de manifiesto la enorme dificultad que, desde siempre, sigue apareciendo cuando hablamos de poner en entredicho decisiones del legislador cuando está en juego la vulneración del principio de igualdad pero intervienen preceptos relativos a la seguridad social^[7].

Esta misma dificultad de acotar los límites del legislador en la redacción de las normas de protección social vuelve a estar presente en la resolución de la cuestión prejudicial que es objeto de comentario. El Tribunal de Justicia escoge el camino fácil y aboga por sostener que la pretendida desigualdad que se pone en entredicho queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CE, y lo hace restringiendo y limitando extremadamente los asuntos que pueden ser objeto de control por parte del Tribunal de Justicia europeo. Evidentemente la misma redacción de la norma -y el trazado de sus finalidades, sobre todo- no ayuda, pero tampoco hay que olvidar que el principio de igualdad entre hombres y mujeres cuando interviene una norma de derecho de la seguridad social no se establece en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. La seguridad social es una legislación que, como es sabido, en Europa, queda férreamente atribuida a la legislación interna, por lo que la fiscalización sobre las normas en tema de seguridad social, si se pretende alegar un trato discriminatorio, solamente puede llevarse a efecto gracias a la cobertura que ofrece la Directiva 79/7/CE, y esta cobertura, aboga el Tribunal por entender se limita a vulneraciones en las que quede patente que la discriminación se produzca en regulaciones en las que se evidencie un trato discriminatorio en una normativa aplicable a un sexo en contraste con la regulación que sería aplicable al otro sexo. Exactamente señala el Tribunal que la discriminación no es tal pues no atañe a una discriminación entre trabajadores de sexo masculino, por una parte, y trabajadoras del sexo femenino, por otra, sino a una supuesta quiebra del principio de igualdad de trato entre trabajadoras del sexo femenino.

Esta visión extremadamente simplista olvida que la norma puede actuar indirectamente contra un sexo cuando establece una regulación que afecte mayoritariamente a ellas -las carreras profesionales que más se perjudican son las de las mujeres, más implicadas y concienciadas para ejercer de cuidadoras, eso está claro-. Esta regulación, por resultar perniciosa sólo hacia las féminas provoca realmente consecuencias sobre ese colectivo, siendo éste el motivo del verdadero trato desigual. Pero han sido muy pocas las ocasiones en las que esta supuesta discriminación operada en normas de seguridad social ha sido detectada y corregida, aunque posiblemente haya otras oportunidades para lograrlo^[8].

IX. Apunte final

Tal como apuntábamos más arriba, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-450/18) aceleró la urgencia de la necesidad de derogar el previo complemento de maternidad ligado a la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social. Vio la luz, así, el RDL 3/2021, de 2 de febrero, que adopta medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en el

ámbito de la Seguridad Social y económico^[9] norma en la que se da nueva redacción al art. 60 LGSS y a la réplica de este mismo precepto en el Texto Refundido de la Ley de Clases pasivas -Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (DA 18ª)- y se sustituye el complemento de maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género en el que el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida por cuanto su nacimiento y cuidado es la principal causa de la brecha de género. Destacadamente, entre otros muchos cambios, uno de los que aparecen es, precisamente, que ya no se limita o restringe el acceso al nuevo complemento si la jubilación es anticipada por voluntad propia^[10], lo que es una prueba clara de que el precepto resultaba perjudicial, pero ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal de Justicia de la Unión europea han sido capaces de intervenir provocando tal derogación. Por el contrario, ha sido el legislador quien ha corregido finalmente este desaguisado, aunque este precepto tampoco parece que quedará exento en el futuro de nuevos problemas de interpretación^[11].

Referencias:

1. ^ Vid, así, BALLESTER PASTOR, M.A., *El complemento de pensiones por maternidad: contradicciones, inadecuaciones y paradojas de la pretendido compensación a la contribución demográfica*, en AAVV., *Estudios sobre Seguridad Social, Libro Homenaje al Profesor J.I. García Ninet*, Barcelona, Atelier, 2017, p. 533 y ss; MORENO ROMERO, F., *El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión europea*, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 25, 2020, p. 147-158, SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *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, nº 1, 2019.
2. ^ Tal como expone PERCHIN BENITO, N., *El complemento por maternidad en las pensiones contributivas*, *La Ley*, nº 5914, 2021.
3. ^ Vid., BALLESTER PASTOR, M.A., *op. Cit.*
4. ^ Comentando este pronunciamiento, véase MONEREO.J.L., RODRIGUEZ INIESTA, G., *Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social española con los tribunales europeos*, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 22, 2020, p. 13-24; MARTINEZ BARROSO, M.R., *Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social*, *Unión europea Aranzadi*, nº 6, 2020; e igualmente, VICENTE PALACIO, *Sobre el carácter discriminatorio del complemento de maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género)*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4, 2020.
5. ^ Vid. *Criterio de Gestión del INSS nº 1/2020. Consulta de 31 de enero de 2020 tras la Sentencia de 12 de diciembre de 2019.*
6. ^ Recomendaba entonces MOLINA NAVARRETE, en *Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado*, en *Revista de trabajo y Seguridad Social*, nº 445, 2020, p. 188-201 que debía buscarse un criterio que favorezca la prueba presuntiva del hecho diferencial de la trayectoria laboral por la condición biológico-social de la maternidad, aunque abriendo la prueba específica de esta situación también para los hombres.

7. ^ Muy recomendable resulta la lectura de los dos Votos particulares que incorpora este Auto, firmados respectivamente por los Magistrados VALDÉS DAL-RE, Fernando y BALAGUER CALLEJÓN, M^a Luisa. Claramente explica M^a Luisa que esta limitación implica que una mujer que se haya jubilado a los sesenta y cinco años en 2018, con quince de cotización, tendrá derecho al complemento de pensión, pero otra que se haya jubilado voluntariamente de manera anticipada en ese mismo año, con treinta y cinco o más años de cotización, pierde el derecho a ese complemento, y se equipara a las que no hayan tenido hijos o sólo uno, y a los hombres. Extensamente, acerca de este pronunciamiento, Vid, también, MORENO ROMERO, F., *La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones*, Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, nº 58, 2021.
8. ^ Otra nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, ahondando en la vulneración de la Directiva 79/7/CE por el mismo art. 60.4º LGSS se presentó meses después a la que ahora se resuelve por el Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona, concretamente el 8 de junio de 2020.
9. ^ Tal como señala el mismo Preámbulo del RDL: (...) La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2019, ha puesto de manifiesto la defectuosa configuración legal del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica. Y la necesidad de proceder a su redefinición ofrece la oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones. Y (...) No es exagerado afirmar que la brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas.
10. ^ Vid. el nuevo art. 60 LGSS y acerca de esta nueva regulación, GALA DURÁN, C., *Igualdad de género. El nuevo complemento para la reducción de la brecha de género*, Administración práctica, nº 5, 2021, Aranzadi.
11. ^ Acerca de estos problemas del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género, Vid, la Consulta del INSS de 4 de mayo de 2021. Criterio de gestión INSS de 4 de mayo de 2021.