

**Cuestiones constitucionales sobre el complemento por maternidad.  
Un estudio comparado con el Derecho de Unión Europea y sus  
antecedentes jurisprudenciales.**

Ignacio de la Corte Cala  
Abogado laboralista

*Cuatrecasas, Gonçalves Pereira,  
Olivencia-Ballester*

**ABSTRACT**

El complemento por maternidad ha supuesto un hito sin precedentes en el Sistema de la Seguridad Social española. Esta medida de acción social del Estado implica el reconocimiento de un complemento de pensión 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.

La Ley limita el ámbito aplicativo de esta insólita medida al colectivo de madres-pensionistas "*por su aportación demográfica a la Seguridad Social*".

El presente artículo tiene por objeto realizar un análisis sobre la adecuación del complemento por maternidad al marco constitucional español, así como llevar a cabo un estudio comparado con los antecedentes existentes en la jurisprudencia europea, donde, ante medidas similares a la abordada, se ha declarado el carácter discriminatorio de las mismas por razón de sexo, al considerarse que eran contrarias al Derecho de la Unión Europea.

## SUMARIO

1. Introducción: una novedosa medida que plantea múltiples interrogantes.
2. Justificación legal del complemento por maternidad: una aprobación apresurada, imprecisa y acaso innecesaria.
3. La discriminación desde el prisma constitucional.
  - 3.1. La igualdad como núcleo fundamental del sistema constitucional.
  - 3.2. El principio de igualdad según la doctrina constitucional. Especial atención a la discriminación por razón de sexo.
4. La discriminación por razón de sexo en el Derecho de la Unión Europea. Un progresivo cambio de perspectiva en el ámbito de la Seguridad Social.
  - 4.1. Aplicación de la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978.
  - 4.2. Antecedentes jurisprudenciales en la Unión Europea en materia de discriminación por razón de sexo.
    - 4.2.1. La postura del TJUE ante cuestiones de diferencia de trato entre padres y madres por razón del cuidado de hijos. El *Caso Roca Álvarez* y el *Caso Maïstrellis*.
    - 4.2.2. Hacia la efectiva protección antidiscriminatoria en el ámbito de la Seguridad Social. El *Caso Elbal Moreno* y el *Caso X*.
    - 4.2.3. La posición del TJUE ante medidas similares al complemento por maternidad. El *Caso Griesmar* y el *Caso Leone*: una evidente premonición.
5. Conclusiones.

## **1. INTRODUCCIÓN: UNA NOVEDOSA MEDIDA QUE PLANTEA MÚLTIPLES INTERROGANTES.**

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016<sup>1</sup> ("LPGE") alberga una remarcable novedad en el plano de la acción social del Estado: el complemento por maternidad.

Esta insólita medida se introduce como una adición al articulado de la Ley General de la Seguridad Social<sup>2</sup> ("LGSS") y a la Ley de Clases Pasivas del Estado<sup>3</sup> ("LCPE"), y supone el reconocimiento de un complemento de pensión 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.

El complemento consiste en la aplicación de un porcentaje sobre la cuantía inicial de las pensiones antedichas. Y este porcentaje variará en función del número de hijos<sup>4</sup>, considerando la siguiente escala:

- En el caso de 2 hijos, se aplicará un 5 por ciento.
- En el caso de 3 hijos, se aplicará un 10 por ciento.
- En el caso de 4 o más hijos, se aplicará un 15 por ciento.

La técnica legislativa con la que ha sido elaborada la medida, evidencia, *prima facie*, ciertas carencias, si bien la más notoria y relevante -a efectos de encaje constitucional- viene dada desde una perspectiva por razón de sexo.

En este sentido, se debe tener presente la doctrina constitucional en relación con el principio de igualdad -con especial atención hacia la figura de la discriminación por razón de sexo-, a efectos de dirimir la adecuación de la medida al marco legal español.

Asimismo, resulta conveniente llevar a cabo un estudio comparado con el Derecho de la Unión Europea y los antecedentes existentes en su jurisprudencia en materia

---

<sup>1</sup> Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado.

<sup>2</sup> Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Artículo 50 bis. Actualmente, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Artículo 60.

<sup>3</sup> Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, Disposición Adicional Decimoctava.

<sup>4</sup> Según la Ley: *Sólo se tendrán en cuenta los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente.*

de discriminación por razón de sexo, de tal manera que sirva como preámbulo para lo que a futuro pudiera plantearse en el seno de nuestro ordenamiento jurídico, obteniendo una panorámica poliédrica sobre el encaje legal de esta novedosa medida.

## **2. JUSTIFICACIÓN LEGAL DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: UNA APROBACIÓN APRESURADA, IMPRECISA Y ACASO INNECESARIA.**

Originariamente, el complemento por maternidad no se encontraba en el Proyecto de la LPGE presentado por el Gobierno, sino que fue introducido mediante una enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso<sup>5</sup>.

La razón que justificaba la introducción de la referida enmienda no fue otra que *"la consecución de los siguientes objetivos:*

- *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.*
- *Eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, cumpliendo en este sentido también las Recomendaciones de la Unión Europea.*
- *Finalmente, dar concreción a los objetivos generales que atienden a las familias y al entorno en el que se desarrolla la vida familiar, en cumplimiento del Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) 2015-2017.*"<sup>6</sup>

La apresurada aprobación de la medida bien puede ser la causa de que tales razones justificativas no se encuentren siquiera en el Preámbulo de la LPGE. Ciertamente, la justificación positiva del complemento la hallamos en la propia normativa reguladora, la cual determina la exclusiva concesión del mismo a las madres beneficiarias de pensiones contributivas *"por su aportación demográfica a la Seguridad Social"*<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Enmienda transaccional sobre la enmienda 4242 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso [vid. <http://goo.gl/Mbl71L>].

<sup>6</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, de 1 de septiembre de 2015, Serie A, núm. 163-4, págs. 2812-2814 [vid. <http://goo.gl/33fgCm>].

<sup>7</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, *Artículo 60*.

Si se interpretara tal justificación en un sentido estricto, no tendría mucha lógica que, por ejemplo, se "premie" la adopción, pues esta no supone una "aportación demográfica a la Seguridad Social", dado que la misma no implica un aumento de la población –salvo que se trate de una adopción internacional-.

Asimismo, emergen interrogantes como consecuencia de la falta de concreción respecto del concepto de hijo. En efecto, la medida se limita a indicar que computarán los hijos nacidos o adoptados antes del hecho causante. Ahora bien, no precisa si los hijos han de estar vivos al momento de generar derecho al complemento. Ni si las madres han debido dedicar un determinado periodo de tiempo a su cuidado. Tampoco se refiere nada sobre si los hijos han debido vivir un mínimo de tiempo. Así pues, cabe preguntarse si computaría el hijo fallecido en el mismo momento del parto. Debería precisarse, además, qué ha de entenderse realmente por "aportación demográfica a la Seguridad Social". Y, en todo caso, sería igualmente discutible que la denominada "aportación demográfica a la Seguridad Social" fuera potestad exclusiva de las madres.

Nótese que la regulación normativa de la medida es del todo simplista: ni siquiera remite al concepto de hijo a cargo o al concepto de hijo a efectos de prestaciones familiares por nacimiento o adopción. Y es que la precariedad de su elaboración y su justificación probablemente sea fruto de su apresurada redacción y aprobación, lo que se ha traducido en una inconsistente regulación que, sin duda, supondrá la necesidad de que se produzcan pronunciamientos judiciales al respecto<sup>8</sup>.

A pesar de lo expuesto, no debe valorarse el objetivo demográfico como su exclusiva razón de ser. Y ello por cuanto, tal y como se ha apuntado *ut supra*, la causa por la que se introdujo la enmienda durante la tramitación parlamentaria centraba los objetivos en compensar las desventajas históricas que gravaban la carrera profesional de aquellas mujeres que habían compatibilizado su actividad laboral con el hecho de ser madres.

De esta manera, parece que lo verdaderamente relevante no sería tanto el nacimiento de hijos sino compensar a la mujer trabajadora por la compatibilización de su actividad profesional con la maternidad, puesto que se sobrentiende que, por ello, ha sacrificado sus expectativas laborales.

Por tanto, la medida parece más una compensación por el mero hecho de ser madres que un mecanismo de protección de la maternidad o de compensación y

---

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.A., "El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social: puntos críticos." *Trabajo y Derecho*, nº. 17, (Mayo 2016), Editorial Wolters Kluwer.

ayuda durante el desarrollo de su carrera profesional. Y, además, ni siquiera se encuentra conectada con el cuidado de hijos.

Asimismo, hay que tener en cuenta que en España ya existen en materia de Seguridad Social múltiples mecanismos destinados a compensar la deficiencia natural por maternidad en el entorno profesional. A saber: la prestación no contributiva por maternidad, la prestación económica por maternidad, la cotización efectiva durante el permiso por maternidad o la prestación de riesgo durante el embarazo/lactancia (bonificada en ocasiones), así como la cotización ficticia de ciento doce días por hijo.

Lo más alarmante es que, más que un reconocimiento socio-económico, este complemento se llegue a configurar como un incentivo al abandono profesional por parte del sector femenino para el cuidado de los hijos, sobre todo cuando el ordenamiento español no tiene establecidos mecanismos efectivos de conciliación y de corresponsabilidad, a pesar de que la propia Constitución española deja la puerta abierta a que ello se produzca (vid. artículos 9.2, 39.1, 40.2)<sup>9</sup>.

Dicho esto, si la compensación por defectos de cotización por cuidado de hijos ya existe en el ordenamiento español, y si el legislador español ha renunciado a fomentar la adaptación de la jornada de trabajo para facilitar la conciliación y la corresponsabilidad, existe el riesgo de que el complemento por maternidad constituya, en realidad, un instrumento de enquistamiento de la segregación<sup>10</sup>.

### **3. LA DISCRIMINACIÓN DESDE EL PRISMA CONSTITUCIONAL.**

#### **3.1. LA IGUALDAD COMO NÚCLEO CENTRAL DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL.**

La igualdad es uno de los pilares sobre los que se redactó la Constitución española ("CE"). Tanto es así, que ya desde el artículo 1.1 CE<sup>11</sup> se consigna la igualdad como valor fundante del ordenamiento y principio jurídico general directamente aplicable y vinculante para los poderes públicos y ciudadanos del Estado<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España", Dialnet, ISBN 978-84-16383-11-5 (2015).

<sup>10</sup> 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", *Lex Social*, Vol. 6 núm 1/2016 (2016).

<sup>11</sup> Constitución española de 1978, *Artículo 1.1*: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político."

<sup>12</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "La Constitución como norma jurídica", en *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1978.

Por tanto, la categoría de Estado Social contemplada en el artículo 1.1 CE, no puede considerarse como un mero principio programático, sino que constituye, en esencia, el núcleo elemental, de directa y efectiva aplicación, del que emana el resto del articulado constitucional<sup>13</sup>.

Como principio fundamental del ordenamiento jurídico, la igualdad se consagra en el artículo 14 CE<sup>14</sup>, donde se prohíbe en sentido amplio y expreso que puedan prevalecer situaciones discriminatorias. En este sentido, la discriminación comprende todo tipo de acción basada en una distinción hecha por razón de categorías naturales o sociales, que no guardan relación ni con los méritos o capacidades del individuo ni con la conducta concreta de la persona individual<sup>15</sup>.

En efecto, la discriminación no supone otra cosa que la ausencia de criterios objetivos que puedan justificar el trato divergente, esto es, la diferenciación por consecuencia de elementos personales no dependientes de la persona -como el sexo o la raza-, así como, en su caso, el trato heterogéneo por mor de elementos sociales -como la religión, la lengua o la opinión-. Por tanto, el término discriminación alude al establecimiento de una distinción por razones inaceptables. Y se refiere, en definitiva, a que tal distinción coloque al sujeto discriminado en una clara posición de desventaja, afectando directamente al goce de los derechos que, como ciudadano, igual ante la ley, le concede el ordenamiento jurídico<sup>16</sup>.

De esta manera, los principios y valores contenidos especialmente en la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres ("LOI"), representan una necesaria actualización del principio de igualdad y de su marco constitucional<sup>17</sup>.

Dicho lo anterior, parece claro que desde una interpretación estrictamente positivista y literal del concepto de igualdad constitucional y de su correlativa prohibición de discriminación, el complemento por maternidad no encajaría dentro

---

<sup>13</sup> CANCIO FERNÁNDEZ, R.C. "La inconstitucional regresión de las conquistas sociales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 855/2013. Editorial Aranzadi, SA (2013).

<sup>14</sup> Constitución española de 1978, *Artículo 14*: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

<sup>15</sup> MC KEAN, W., "Equality discrimination under international law". *The Michigan Law Review Association*, Vol. 82. Nº. 4. Survey of Books Relating to the Law (Feb., 1984), pp. 908-913

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. "La discriminación por razón de sexo. Algunos problemas derivados de una línea jurisprudencial vacilante", *Revista de Derecho Político*, núm. 26, 1988, págs. 115-130.

<sup>17</sup> PERÁN QUESADA, S. "La necesaria configuración jurídica de la discriminación por razón de género desde la perspectiva constitucional", *Revista de derecho social*, ISSN 1138-8692, nº. 66 (2014), págs. 149-170.

del espíritu que inspira el ordenamiento constitucional, toda vez que sienta un claro trato divergente entre hombres y mujeres sin que para ello concurra razón objetiva que justifique la exclusión total de los hombres en el acceso a tal derecho, dado que la concesión del beneficio atiende únicamente a una razón de sexo.

Además, la referida medida emana e incide directamente sobre los poderes públicos, lo que contravendría en orden constitucional, ya que *"el referido principio de igualdad vincula a todos los poderes públicos porque así lo afirma taxativamente el artículo 53.1 CE"*.<sup>18</sup>

### **3.2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD SEGÚN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL. ESPECIAL ATENCIÓN A LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.**

A la hora de calificar una situación como contraria al principio de igualdad, el Tribunal Constitucional ("TC") ha determinado la necesaria apreciación de los siguientes parámetros a efectos interpretativos<sup>19</sup>:

- a) No toda desigualdad de trato en la ley supone necesariamente una infracción del artículo 14 CE, sino solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva.
- b) El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de cualquier fundamento racional.
- c) El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.
- d) Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador

---

<sup>18</sup> STC 7/1982, de 26 de febrero.

<sup>19</sup> STC 50/2005, de 14 de marzo.



superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

Tales parámetros suponen la hoja de ruta a seguir por el TC a la hora de analizar si una situación atenta contra el principio de igualdad constitucional. Y en el caso del complemento por maternidad, todo parece apuntar a su carácter discriminatorio, puesto que ante dos circunstancias iguales el legislador ha atribuido secuelas divergentes por una mera razón de sexo.

La STC 103/1983, de 22 de noviembre

Dicho esto, resulta de especial interés al presente estudio la *STC 103/1983, de 22 de noviembre (Ponente: Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León)*. Esta sentencia del Pleno, dictada por razón de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Magistratura de Trabajo nº. 1 de Madrid, amplió de forma analógica las consideraciones existentes hasta la fecha sobre desigualdad de trato entre hombres y mujeres, sentando una importante doctrina a seguir en esta materia.

En la referida sentencia, el TC dirimió la constitucionalidad del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social vigente entonces, el cual determinaba que, para que el viudo tuviera derecho a la pensión al momento de fallecer su esposa, eran necesarios unos requisitos adicionales a los que se exigía a las viudas. Así, a las viudas se les exigía: convivencia habitual con el causante y, en caso de separación conyugal, ser declarada inocente por sentencia firme. Mientras que a los viudos, además de lo anterior, se les requería que estuvieran en situación de incapacidad laboral y que vivieran a expensas de la esposa fallecida.

En su análisis, el TC hizo especial hincapié en la necesaria distinción entre los conceptos de "igualdad en la ley" e "igualdad ante la ley":

*"De aquí que el tratamiento de la igualdad no se verifique solamente «ante la ley», sino «en la ley». Es decir, no basta con que la ley sea aplicada con carácter de universalidad e igualmente respecto de todos aquellos que se encuentren en situaciones iguales, sino que la ley misma venga a establecer un tratamiento igual para todos los individuos, o los grupos, que se encuentren en identidad de situaciones."*

Con base en ello, en el Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia, el TC determinó expresamente los parámetros constitucionales de la igualdad entre ciudadanos, con una clara orientación hacia la neutralidad:

*"Como ha dicho con reiteración este Tribunal, el artículo 14 de la Constitución, al consagrar el principio llamado de «igualdad ante la ley», ha impuesto un límite a la potestad del legislador y ha otorgado un derecho subjetivo en los términos expresados en nuestra sentencia 76/83, de 5 de agosto (Fundamento Jurídico 2.A). Consiste el primero en que las normas legales no creen entre los ciudadanos situaciones desiguales o discriminatorias, y consiste el segundo en el poder de poner en marcha los mecanismos jurídicos idóneos para establecer la igualdad rota. También ha sido dicho que la igualdad ante la Ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro haya de considerarse falta de un fundamento racional -y sea por ende arbitraria- por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador. De esta suerte, dos situaciones consideradas como supuestos de hecho normativos son iguales si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional."*

Con esos argumentos declaró el TC la inconstitucionalidad de los apartados 1 y 2 del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social vigente entonces, como consecuencia de la desigualdad que establecía, poniéndose el acento en la **ausencia de fundamentación justificativa**.

En estos casos, la fundamentación justificativa resulta determinante. Y, precisamente, el complemento por maternidad no encuentra una sólida base justificativa.

Y es que en el complemento por maternidad el trato desigual en perjuicio del varón es un hecho indiscutible desde el momento en que ante identidad de circunstancias el legislador atribuye secuelas distintas. Así es: el padre no tendrá derecho al complemento en ningún caso –aun habiendo cuidado de sus hijos y compatibilizado su actividad profesional–.

Además, la justificación se encuentra cuanto menos carente de elocuencia y está cargada de arbitrariedad y falta de objetividad. El hecho de que en el pasado la situación profesional fuera más gravosa para las mujeres no puede justificar que en el presente se cree una situación más perjudicial para los hombres por una mera razón de sexo. Sería un absurdo cambio de los roles. El legislador no debe superponer a un sexo sobre otro, sino orientarse hacia la neutralidad, establecer medidas paritarias. Sobre todo cuando no concorra una estricta objetividad que pudiera permitir tal distingo.

Es necesario en este análisis tener presente la inveterada doctrina del TC en interpretación del artículo 14 CE, en la que se ha determinado que la desigualdad legal requiere de una causa **justificada** y **razonable**<sup>20</sup>. Requisitos que, como se ha puesto de relieve, se encuentran ciertamente ausentes en la configuración del complemento por maternidad.

Lo más paradigmático es que el complemento por maternidad está configurado de tal manera que se concede a las madres por el mero hecho de serlo: no se encuentra destinado a la protección de la maternidad y ni siquiera viene a ayudar a las madres en el desarrollo de su carrera profesional. Tampoco se encuentra vinculado al cuidado de hijos. Más bien se articula como una compensación por el simple hecho de ser madres, lo que convierte la medida en un atentado directo contra el principio de igualdad por razón de sexo.

En este sentido, la medida parece un producto propio de los movimientos políticos, anudado a los impulsos sociales, puesto que la concesión de tal privilegio arbitrario en detrimento de los padres, a quienes se les niega el acceso al complemento en todo caso, no responde a ninguna lógica jurídica, ni social, propias de un Estado que pivota sobre el principio de igualdad. Máxime cuando la causa de dicha exclusión es únicamente una razón de sexo.

#### **4. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. UN PROGRESIVO CAMBIO DE PERSPECTIVA EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**

##### **4.1. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 79/7, DE 19 DE DICIEMBRE DE 1978.**

En el plano europeo, la igualdad entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social se halla regulada en la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978. No obstante, antes de nada, resulta necesario analizar si el complemento por maternidad se encuentra, o no, dentro de su ámbito aplicativo.

##### Aspectos incluyentes

El ámbito de aplicación de la Directiva se encuentra en el artículo 1, el cual establece que será de aplicación "*dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3*". En este orden de cosas, el artículo 3.1 de esta Directiva incluye la pensión de jubilación e incapacidad permanente. Sin embargo, el artículo 3.2 excluye la pensión de viudedad.

---

<sup>20</sup> STC 36/1981, de 12 de noviembre.

Por su parte, el artículo 4.1 establece los contenidos materiales de las prestaciones incluidas en su ámbito:

*"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."***

Por tanto, no cabe duda sobre que el complemento por maternidad se encuentra dentro del ámbito aplicativo de la Directiva 79/9, toda vez que afecta al método de cálculo y, por ende, a la cuantía de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente.

Dicho lo cual, todo apunta a que, *a priori*, la medida estaría discriminando directamente por razón de sexo a los hombres -padres- al establecer una cuantía superior de pensiones para las mujeres -madres-.

#### Aspectos excluyentes

No obstante lo anterior, siempre suelen existir excepciones para la regla general. El artículo 4.2 de la Directiva 79/9 determina literalmente que *"el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad"*. De esta forma, el precepto está dejando la puerta abierta a establecer diferencias de trato por razón de la maternidad *-medidas de acción social positiva-* (como ya existen medidas en España, que tratan de compensar la deficiencia natural de maternidad -y que se han apuntado *ut supra-*).

En este orden de cosas, hay que tener presente que el complemento analizado se encuentra absolutamente desligado de la maternidad, puesto que incluso las madres con hijos adoptados serían beneficiarias del mismo. Así pues, la medida se articula más bien como una compensación por el mero hecho de ser madres que por el hecho físico de la maternidad propiamente entendida (embarazo, parto y posparto).

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") ha determinado que se entenderán vinculados a la maternidad, exclusivamente,

aquellos beneficios establecidos para la protección biológica de la mujer por razón de su embarazo, parto y posparto<sup>21</sup>. Ello eliminaría la posibilidad de considerar como "*beneficios para proteger la maternidad*" aquellos que se refieran a situaciones que, como la analizada, suponga un punto de partida de igual concurrencia para hombres y mujeres (padres y madres).

En otro orden de cosas, el artículo 7.1 de la Directiva prevé la posibilidad de que los Estados miembros, *motu proprio*, puedan excluir del ámbito de aplicación de la Directiva aquellos privilegios que puedan establecerse por razón de la **pensión de jubilación**:

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

*a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones;*

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

*c) la concesión de derechos a prestaciones de vejez o invalidez en razón de los derechos derivados de la esposa;*

*d) la concesión de aumentos de las prestaciones de larga duración de invalidez, de vejez, de accidente laboral o de enfermedad profesional por la esposa a cargo;*

*e) las consecuencias que resultaren del ejercicio, antes de la adopción de la presente Directiva, de un derecho de opción con objeto de no adquirir derechos o de no contraer obligaciones en el marco de un régimen legal."*

Sin embargo, las diferencias de trato que admite la norma en cuanto a prestaciones de jubilación se encuentran destinadas exclusivamente a aquellas situaciones relacionadas con el cuidado de hijos. Así es, la normativa admitiría el trato privilegiado en favor de las madres siempre y cuando hubieran "**educado hijos**".

Esta circunstancia de cuidado de hijos no se encuentra siquiera contemplada en la regulación del complemento por maternidad, el cual se atribuye a las madres por el mero hecho de serlo. Y ello con independencia de que haya sido el padre quien hubiera cuidado efectivamente de los hijos.

---

<sup>21</sup> STJUE de 12 de julio de 1988, C-184/83. Caso *Hofmann*.

Además, la posibilidad de exclusión se encuentra destinada únicamente a las pensiones por jubilación, lo que hace que, a mayor abundamiento, el precepto y la posibilidad que ofrece no case con el complemento por maternidad, por cuanto el mismo también prevé un aumento de las pensiones de viudedad e incapacidad permanente, careciendo tal previsión, por ende, de toda aplicación.

Para más *inri*, el tenor literal del apartado segundo del artículo 7 de la Directiva establece que:

**"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."**

Como se puede apreciar, la norma busca realmente la eliminación de aquellos privilegios establecidos en el apartado primero por el cuidado de hijos. En efecto, el espíritu de la propia normativa se encuentra orientado hacia la neutralidad. De esta manera, si el mecanismo revisorio previsto por el artículo no se emplea para concluir con esas situaciones de distingo sino que, más al contrario, se efectúa para incorporar nuevas medidas que sienten diferencias entre hombres y mujeres, se estaría contraviniendo el ordenamiento europeo.

La tendencia conciliadora en Europa no deriva del establecimiento de nuevos privilegios o beneficios de titularidad exclusiva de las mujeres por cuidado de hijos, sino que está enfocada a que los mecanismos existentes se utilicen de forma paritaria y, por consiguiente, sean disfrutados por ambos sexos. Así se deduce de los argumentos empleados para esta materia por la propia Organización Internacional del Trabajo<sup>22</sup> ("OIT").

Más en concreto, en el ámbito europeo, la propia Red de Expertos Jurídicos de la Comisión Europea ("FreSsco") en materia de empleo, beneficios sociales e inclusión social, llegó a instar, incluso, la eliminación de la Directiva 79/9, al objeto de buscar la neutralidad y, de este modo, excluir la posibilidad de establecer tratos divergentes<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, "Trabajo decente y cuidado compartido. Hacia una propuesta de parentalidad", Ginebra, Ed. 2013, pág. 28 [vid. <http://goo.gl/5wYydn>].

<sup>23</sup> COMMISSION'S NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELDS OF EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUALITY BETWEEN MEN AND WOMEN, "Report on Directive 79/7/EEC..." pág. 7: *On the basis of this it could be concluded that this derogation of Directive 79/7 could be abolished and that in principle both men and women should qualify for this type of advantages. An appropriate transitory regime may be necessary in some countries* [vid. <http://goo.gl/P7u3FP>].

Por lo dicho, el complemento por maternidad no sólo se encontraría dentro del ámbito de aplicación de la Directiva sino que, además, estaría contraviniendo las disposiciones de la misma, al generar una situación discriminatoria injustificada por razón de sexo respecto a los hombres (padres), los cuales se verían agraviados en el cálculo y en el importe de las pensiones contributivas sin que concurra razón objetiva alguna que lo justifique. Y es que la desigualdad legal sólo es posible en aquellos casos en los que las medidas puedan ser calificadas como de *acción social positiva* (ex artículo 4.2 de la Directiva 79/9).

No obstante, el complemento por maternidad no puede considerarse como una medida de *acción social positiva* de las permitidas por el artículo 4.2 de la Directiva 79/9, pues para ello debería estar orientada a “lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, evitar o compensar, conforme al artículo 157 TFUE, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas.”<sup>24</sup> Como analizaremos más adelante con mayor detenimiento, el carácter positivo de acción social que aparentemente reviste el complemento por maternidad resulta desde luego inapreciable.

## **4.2. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.**

### **4.2.1. LA POSTURA DEL TJUE ANTE CUESTIONES DE DIFERENCIA DE TRATO ENTRE PADRES Y MADRES POR RAZÓN DEL CUIDADO DE HIJOS. EL CASO ROCA ÁLVAREZ Y EL CASO MAÏSTRELLIS.**

El TJUE es contundente en aquellos casos que suponen una diferencia de trato entre padres y madres por razón del cuidado de hijos. Fiel reflejo de ello son los *Casos Roca Álvarez*<sup>25</sup> y *Maïstrellis*<sup>26</sup>. En ambos, se declaró la existencia de discriminación por razón de sexo en relación con los permisos parentales atribuidos preferentemente a las madres.

Por cercanía, en el *Caso Roca Álvarez*, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia planteó la siguiente cuestión prejudicial:

*“¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 13 del Tratado y en la Directiva 76/207 [...] y en la Directiva 2002/73 [...], una Ley nacional (en concreto el art. 37 4º del Estatuto*

---

<sup>24</sup> STJUE de 17 de octubre de 1995, C-450/93, apartado 19. Caso *Kalanke*; STJUE de 6 de julio de 2000, C-407/98, apartado 48, Caso *Abrahamsson y Anderson*; STJUE de 30 de septiembre de 2004 C-319/03, apartado 25, Caso *Briheche*.

<sup>25</sup> STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09.

<sup>26</sup> STJUE de 16 de julio de 2015, C-222/14.

**de los Trabajadores)** que reconoce la titularidad del derecho a un permiso retribuido de lactancia exclusivamente a las madres que trabajan por cuenta ajena, consistente en una reducción de jornada de media hora o bien una ausencia del trabajo de una hora que puede ser dividida en dos fracciones, de carácter voluntario y retribuido a cargo del empresario y hasta que el niño/a cumple la edad de nueve meses y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los padres que trabajan por cuenta ajena?”

Tras el correspondiente análisis jurídico de la normativa europea y española, y en respuesta a la cuestión prejudicial planteada, el TJUE determinó la existencia de discriminación directa por razón de sexo:

*“El artículo 2, apartados 1, 3 y 4, y el artículo 5 de 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, deben interpretarse en el sentido de que **se oponen** a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena.”*

En resumidas cuentas, se consideró por el TJUE que dicho permiso se encontraba totalmente desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural, siendo considerado como un mero permiso por cuidado de hijos cuya concesión carecía de toda objetividad. Ello hacía más gravosa la situación de los padres, causándoles un perjuicio discriminatorio y contraviniendo de esta manera la Directiva 2006/54, toda vez que establecía diferencias en las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres.

Y es que el TJUE considera que los beneficios que son concedidos para el cuidado de hijos conforman un espacio en el que no es dable el establecimiento de preferencias para las mujeres<sup>27</sup>.

Dicho esto, es necesario recordar que el complemento por maternidad ni siquiera se encuentra ligado al concepto de “cuidado de hijos”, sino que se trata de un complemento que se concede a las madres por el mero hecho de serlo,

---

<sup>27</sup> Además, se ha de tener presente que en el sistema de seguridad social español ya existía otro mecanismo protector de la lactancia para las trabajadoras por cuenta ajena, denominado “permiso de riesgo durante la lactancia”.



encontrándose totalmente desvinculado del proceso fisiológico que la maternidad propiamente entendida comporta.

Por otra parte, es necesario resaltar que en los *Casos Roca Álvarez y Maïstrellis* la normativa europea que se analiza –y que aplica a ambos supuestos- es la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Lo anterior no obsta a que las pautas sentadas en ambos pronunciamientos sirvan como un claro indicativo sobre la postura que mantiene el TJUE en supuestos de discriminación por razón de sexo entre hombres y mujeres (padres y madres), de tal manera que siente el criterio a seguir en tan controvertida materia como es la diferencia de trato por razón de sexo. Materia ésta que siempre ha generado mayor controversia en el campo de la seguridad social, puesto que la permisividad respecto del trato desigual siempre ha sido mayor en este ámbito. Y ello debido a que las deficiencias naturales que sufren las mujeres requieren mecanismos reparadores que no pueden ser aplicables a los hombres. Sin embargo, el sistema se está orientando hacia que las medidas que impliquen trato divergente entre personas de distinto sexo atiendan exclusivamente a una razón perfectamente justificada, objetiva y razonable. De esta forma, el tradicional blindaje que siempre ha revestido el campo de la seguridad social en materia de tutela antidiscriminatoria se va difuminando en pos de la idea de neutralidad.

#### **4.2.2. HACIA LA EFECTIVA PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA EN EL ÁMBITO SEGURIDAD SOCIAL. EL CASO ELBAL MORENO Y EL CASO X.**

La tendencia de los últimos pronunciamientos del TJUE en materia de discriminación en el ámbito de la seguridad social abogan de manera indubitada por la eliminación del tradicional blindaje que han revestido siempre las cuestiones atinentes a la seguridad social en el marco de la protección antidiscriminatoria.

Fiel reflejo de ello es el camino iniciado por la sentencia dictada en el *Caso Elbal Moreno*<sup>28</sup> que, precisamente, resolvía una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Social de Barcelona.

---

<sup>28</sup> STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11.

El Juzgado se cuestionaba si el artículo 4 de la Directiva 79/7 se oponía a la normativa de seguridad social española<sup>29</sup>, la cual exigía a los trabajadores a tiempo parcial -en su inmensa mayoría mujeres en comparación con los trabajadores a tiempo completo<sup>30</sup>-, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.

Pues bien, el TJUE concluyó que la normativa española de seguridad social discriminaba indirectamente a las mujeres, advirtiendo acerca de que los conceptos correspondientes a la protección antidiscriminatoria se aplican también en el sistema de la seguridad social, siendo por tanto aplicable la Directiva 79/9.

En este orden de cosas, otro pronunciamiento relevante del TJUE acerca de la necesaria aplicación de la Directiva 79/9 en cuestiones de igualdad de trato en materia de seguridad social, viene dado por la sentencia dictada en el *Caso X*<sup>31</sup>. El origen del caso se presenta por una cuestión prejudicial que planteó un órgano judicial finlandés. Este se cuestionaba si era ajustado a Derecho el sistema de cálculo de las indemnizaciones por accidentes de trabajo, cuya cuantía venía determinada, entre otros, por la esperanza de vida. En este sentido, al aplicar los correspondientes cálculos actuariales, se constató que los hombres percibían, por razón de dicha normativa, una prestación claramente inferior que las mujeres.

Tal divergencia, concluyó el TJUE, constituye una discriminación directa por razón de sexo. Y es que el trato diferencial no encontraba amparo en las posibilidades albergadas por la Directiva 79/9. Así, según el TJUE, **no caben más excepciones** al principio de igualdad de trato en materia de seguridad social que las expresamente referidas en el Directiva 79/9. Además, el hecho de calificar la discriminación como de carácter directo impide cualquier justificación basada en su carácter objetivo, razonable y proporcionado. Justificación, esta última, que sólo encuentra cabida en los supuestos de discriminación indirecta.

De tal sentido que, a día de hoy, quedan muy lejos otros pronunciamientos del TJUE en los que, por ejemplo, se legitimaban las diferencias atribuidas a las madres para el disfrute de beneficios de guardería a modo de acción formativa<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Ley General de la Seguridad Social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE nº 154, de 29 de junio de 1994, p. 20658), *Artículos 160 y 161*, así como su *Disposición Adicional Séptima*.

<sup>30</sup> Alrededor del 80 %, según estudios estadísticos acreditados.

<sup>31</sup> STJUE de 3 de septiembre de 2014, C-318/13.

<sup>32</sup> SJTUE de 19 de marzo de 2011, C-236/09. Caso *Lommers*.

Ello por cuanto la tendencia actual se encuentra claramente orientada hacia el disfrute indistinto de permisos y beneficios por ambos sexos.

Además, según el TJUE, no sólo resulta discriminatorio por razón de sexo la atribución divergente de beneficios vinculados al cuidado de hijos –lo que implicaría una discriminación directa- sino que también se consideran atentatorias respecto al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres aquellas ventajas destinadas a compensar el tiempo dedicado al cuidado de los hijos, de tal modo que tales medidas se articulen de forma que se prime arbitrariamente a la mujer en el acceso a tales beneficios –lo que supondría una discriminación indirecta-, tal y como se determinó en los famosos Casos Griesmar y Leone.

#### **4.2.3. LA POSICIÓN DEL TJUE ANTE MEDIDAS SIMILARES AL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD. EL CASO GRIESMAR Y EL CASO LEONE: UNA EVIDENTE PREMONICIÓN.**

Los *Casos Giesmar*<sup>33</sup> y *Leone*<sup>34</sup> tienen su origen en la interpretación que realizó el TJUE respecto de la ley francesa. En las sentencias dictadas en ambos casos, el TJUE dirimió si la normativa francesa, que establecía sendos mecanismos compensatorios de los defectos de cotización vinculados al cuidado de los hijos, se adecuaba al marco legislativo de la Unión Europea.

Lo resuelto en ambos supuestos cobra un enorme interés para terminar de articular el contexto relativo a la diferencia de trato entre hombres y mujeres en materia de beneficios sociales. Y ello debido a que el TJUE extiende los conceptos y los contenidos de la doctrina sobre la protección antidiscriminatoria general a la cuestión antidiscriminatoria en el ámbito de las mejoras de seguridad social por cuidado de hijos.

##### *La discriminación directa: el Caso Griesmar.*

Lo más llamativo del *Caso Griesmar* es cómo la normativa francesa excluía de todo orden a los padres respecto del ámbito de aplicación de la medida, consistente en la **atribución de una cotización ficticia** (de un año por cada hijo) a las funcionarias-madres en el momento que accedieran a su pensión de jubilación; algo que se asemeja de todo grado a la normativa reguladora del complemento por maternidad español. En este caso, para las madres con hijos biológicos la concesión de tal privilegio se producía de manera automática, mientras que las

---

<sup>33</sup> STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99.

<sup>34</sup> STJUE de 17 de julio de 2014, C-173/13.

madres con hijos adoptados tendrían el mismo derecho siempre que acreditaran un periodo mínimo de dedicación al cuidado del hijo.

La justificación que realizó el Gobierno francés para la implantación de dicha medida guarda importantes similitudes con la realizada por el Gobierno español respecto del complemento por maternidad al introducir la enmienda:

*"la bonificación [...] se reserva a las funcionarias con hijos en razón de una realidad social, es decir, las desventajas que sufren estas funcionarias en la evolución de su carrera profesional debido a la función preponderante que se les atribuye en la educación de los hijos [...] aunque no hayan dejado de trabajar para cuidarlos."*<sup>35</sup>

El TJUE determinó que tales justificaciones no se encontraban orientadas a compensar los problemas derivados propiamente de la maternidad, ofreciendo un efectivo mecanismo de protección, sino que más bien se configuraba la medida como una prestación por cuidado de hijos<sup>36</sup>. Actividad esta última que podía ser prestada, indistintamente, tanto por madres como por padres<sup>37</sup>.

Tampoco entendió el TJUE que la bonificación concedida a las funcionarias-madres constituyese una medida destinada a ayudar a las mujeres en su vida profesional porque, **al concederse en el momento del cese de la actividad**, no aportaba un remedio a los problemas que hubieran podido encontrar durante su carrera.

Por consiguiente, el beneficio que implicaba tal acción social se encontraba absolutamente desligado de la maternidad, lo que suponía una discriminación directa por razón de sexo<sup>38</sup>.

Según el TJUE, no resulta ajustado a la normativa europea que se conceda en exclusiva a las madres beneficios sociales consistentes en un aumento de la pensión de jubilación como compensación por el cuidado de hijos.

Y, en definitiva, concluyó que no puede concederse tal beneficio a las madres por el mero hecho de serlo, es decir, que la exclusión de los hombres del beneficio a las bonificaciones de antigüedad concedidas a las funcionarias-madres era contraria al principio de igualdad de retribución si dichos padres probaban haber cuidado de sus hijos.

---

<sup>35</sup> Apartado 51º de la sentencia dictada por el TJUE en el *Caso Griesmar*.

<sup>36</sup> Apartado 53º de la sentencia dictada por el TJUE en el *Caso Griesmar*.

<sup>37</sup> Apartado 52º de la sentencia dictada por el TJUE en el *Caso Griesmar*.

<sup>38</sup> Apartado 58º y 67º de la sentencia dictada por el TJUE en el *Caso Griesmar*.

La discriminación indirecta: el Caso Leone.

Por su parte, la cuestión analizada por el TJUE en el *Caso Leone* tenía una doble vertiente, por razón de dos medidas sociales previstas en la **normativa francesa**<sup>39</sup>:

- Por una parte, el Derecho francés atribuía la posibilidad de **jubilarse anticipadamente, con pensión disfrute inmediato**, a aquellos funcionarios que, independientemente de su sexo, fueran progenitores de, al menos, tres hijos. Ello con la condición de que hubieran interrumpido su actividad profesional durante un periodo mínimo continuado de dos meses por cada hijo. Tal periodo de inactividad podía venir derivado del permiso por maternidad, del permiso por paternidad, del permiso parental o del permiso por adopción.
- Por otra parte, el Derecho francés preveía que, por cada hijo y por una interrupción de la actividad profesional por un periodo similar al anteriormente referido, se concediera una **bonificación de antigüedad a efectos de jubilación**.

El origen de la cuestión deriva de la acción interpuesta Sr. Maurice Leone, empleado público, ante los órganos jurisdiccionales franceses. El Sr. Leone solicitó poder acogerse a la jubilación anticipada por su condición de padre de tres hijos. La solicitud le fue denegada por no haber interrumpido su actividad profesional durante el tiempo previsto por la norma, por lo que no cumplía los requisitos legalmente establecidos para acceder a tal beneficio. El Sr. Leone consideró que estaba siendo víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo, por lo que llevó la cuestión a los tribunales franceses, los cuales plantearon la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJUE.

Sobre este particular, el **TJUE** determinó lo siguiente:

- a. En relación con la **bonificación de antigüedad a efectos de jubilación**, entendió que, a pesar de la aparente neutralidad de la medida, lo cierto y verdad es que el efecto de la misma llevaba a que claramente se beneficiase un mayor porcentaje de mujeres que de hombres. Y es que, dado el carácter obligatorio y de duración mínima de dos meses del permiso por maternidad en Francia, las funcionarias se encontraban en una posición de ventaja a la hora de beneficiarse de la bonificación<sup>40</sup>. Ello, además, teniendo en cuenta

---

<sup>39</sup> Lo más paradigmático, es que ambas medidas se adoptaron a raíz de la sentencia dictada en el *Caso Griesmar*.

<sup>40</sup> Apartados 43º a 46º de la sentencia dictada por el TJUE en el *Caso Leone*.

que las situaciones de permiso legal de las que podían beneficiarse los funcionarios tenían un carácter facultativo<sup>41</sup>, con el perjuicio que ello supone. Además, en la legislación francesa, el permiso parental por cuidado de menor, o durante la excedencia por cuidado de hijo menor de ocho años, no conllevaba retribución ni se producía en beneficio del trabajador ningún tipo de cotización que pudiera repercutir en su futura retribución. Sin embargo, con el permiso por maternidad, la madre tenía derecho a retribución compensatoria y a que ese tiempo se considerara cotizado a efectos de futuras prestaciones. Lo que se traducía en que las madres, por el mero hecho de serlo, tuvieran acceso a este beneficio.

*"[...] se limita a conceder a los funcionarios una bonificación de antigüedad en el momento de su jubilación, sin aportar ningún remedio a los problemas que puedan encontrar durante su carrera profesional, y que resulta manifiesto que la misma no está destinada a compensar las desventajas que sufren dichos trabajadores ayudándoles en dicha carrera y a garantizar así concretamente la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional (véase, en este sentido, las sentencias Griesmar, EU:C:2001:648, apartados 63 a 65; véanse asimismo las sentencias Comisión/Italia, C-46/07, EU:C:2008:618, apartados 57 y 58, y Comisión/Grecia, C-559/07, EU:2009:198, apartados 66 a 68)."*<sup>42</sup>

- b. En cuanto a la **jubilación anticipada con pensión de disfrute inmediato**, el TJUE entendió lo mismo que en la anterior medida analizada, esto es, que a pesar de la apariencia de neutralidad que presentaba la medida, verdaderamente la normativa francesa provocaba que fuera mayor el porcentaje de mujeres que se beneficiasen de la misma<sup>43</sup>.

*"Lo mismo puede decirse de una medida como la jubilación anticipada con pensión de disfrute inmediato, por cuanto esta medida, que se limita a favorecer un final anticipado de la carrera profesional, tampoco puede aportar ningún remedio a los problemas que pueden encontrar los funcionarios durante su carrera profesional ayudándoles en esta carrera ni garantizar de este modo, concretamente, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional."*<sup>44</sup>

Asimismo, el TJUE analizó si tales situaciones podrían estar en realidad amparadas por el Derecho de la Unión Europea, el cual atribuye la posibilidad de los Estados miembros de establecer ventajas específicas destinadas a facilitar el ejercicio de

---

<sup>41</sup> Apartado 48º de la sentencia dictada por el TJUE en el *Caso Leone*.

<sup>42</sup> Apartado 101º de la sentencia dictada por el TJUE en el *Caso Leone*.

<sup>43</sup> Apartado 86º de la sentencia dictada por el TJUE en el *Caso Leone*.

<sup>44</sup> Apartado 102º de la sentencia dictada por el TJUE en el *Caso Leone*.

una actividad profesional al sexo menos favorecido, al objeto de evitar o compensar aquellas desventajas que pudieran sufrir en su carrera profesional<sup>45</sup>. El TJUE concluyó que tales medidas no pueden compensar los inconvenientes sufridos por los trabajadores; que no les suponía una ayuda en su carrera y que, por consiguiente, no garantizaba una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional.

La diferencia de trato entre hombres y mujeres únicamente puede estar justificada por factores objetivos ajenos a toda discriminación por razón de sexo<sup>46</sup>. Al respecto, la jurisprudencia del TJUE determina que así sucede "*cuando los medios elegidos responden a una **finalidad legítima de política social**, son **adecuados para alcanzar el objetivo perseguido** por la normativa de que se trate y son **necesarios a tal fin** (véanse, en particular las sentencias Seymour-Smith y Pérez, EC:C1999:60, apartado 69 y la jurisprudencia citada, y Brachner, EU:C:2011:675, apartado 70 y jurisprudencia citada)"<sup>47</sup>.*

Pues bien, el complemento por maternidad ni tan siquiera guarda conexión alguna con el cuidado de hijos, sino que, como se ha repetido en diversas ocasiones, se otorga a las madres por el mero hecho de serlo, esto es, por una simple cuestión de sexo. Nótese de esta manera la escasa justificación del complemento por maternidad, el cual se ha regulado y configurado de una manera verdaderamente opaca. Ni siquiera hace falta poner de relieve los antecedentes jurisprudenciales expuestos para que un buen sabedor adquiriera conciencia de que tal medida atenta contra el principio de igualdad de trato y que, muy probablemente, acarreará pronunciamientos judiciales al respecto.

## **5. CONCLUSIONES.**

El presente estudio ha puesto de manifiesto que el complemento por maternidad es una medida contraria al principio de igualdad constitucional y que de ninguna manera casa con el Derecho de la Unión Europea. Se trata de un mecanismo que no responde a ninguna lógica jurídica. Ni tan siquiera a un sentido social. Y es que, desde su génesis, el complemento por maternidad ha estado marcado por una clara intención política, evidenciada por su ausencia de fundamentación

---

<sup>45</sup> Artículo 157, apartado 4, del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2012/C 326/01: *Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.*

<sup>46</sup> Apartado 52º de la sentencia dictada por el TJUE en el *Caso Leone*.

<sup>47</sup> Apartado 53º de la de la sentencia dictada por el TJUE en el *Caso Leone*.

justificativa, lo que ha denotado su arbitrariedad. Ello ha supuesto que el complemento no pueda encuadrarse en ninguno de los regímenes de la acción protectora del Estado. En efecto, el denominado complemento por maternidad no puede considerarse como un mecanismo de protección de la maternidad; tampoco puede entenderse como un instrumento de compensación en el desarrollo de la carrera profesional de las madres, toda vez que se concede en el momento del cese de actividad. Ni siquiera se encuentra configurado como una compensación por cuidado de hijos que trate de suplir las posibles faltas de cotización producidas durante ese periodo.

Lo que sí ha quedado patente en este artículo es que el complemento por maternidad se concede a las madres por el mero hecho de serlo. De igual modo que se excluye a los padres por el mero hecho de serlo. Así, el complemento supone una desigualdad de trato que no puede -ni debe- justificarse por antecedentes históricos, puesto que el Derecho jamás debe alimentarse del pasado para construir el presente en forma reivindicativa -incluso revanchista-, sino que, por el contrario, debe mirar al futuro para adelantarse al presente. Y el futuro se encuentra orientado a la neutralidad y al trato paritario en el disfrute de los beneficios sociales por parte de ambos sexos.

En definitiva, el complemento por maternidad es una medida creada con una clara vocación de fenecimiento, y que, sin duda alguna, supondrá contundentes pronunciamientos judiciales sobre su carácter discriminatorio por razón de sexo, puesto que la total exclusión que realiza la norma respecto de que los padres puedan acceder al beneficio que concede la medida, supone un trato discriminatorio injustificado, irracional e inaceptable.



## **BIBLIOGRAFÍA**

BALLESTER PASTOR, M.A. 2016. *El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea*. Lex Social, Vol. 6 núm 1/2016.

CANCIO FERNÁNDEZ, R.C. 2013. *La inconstitucional regresión de las conquistas sociales*. Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 855/2013. Editorial Aranzadi, SA.

CRUZ VILLALÓN, J. 2015. *Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España*. Dialnet, ISBN 978-84-16383-11-5.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. 1988. *La discriminación por razón de sexo. Algunos problemas derivados de una línea jurisprudencial vacilante*. Revista de Derecho Político, nº. 26.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1978. *La Constitución española de 1978*. Civitas, Madrid.

MC KEAN, W. 1984. *Equality discrimination under international law*. The Michigan Law Review Association, Vol. 82, nº. 4.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M. 2012. *El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente*. Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales, ISSN 1575-7048.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. 2013. *Trabajo decente y cuidado compartido. Hacia una propuesta de parentalidad*. Ginebra, ISBN 978-92-2-327504-4.

PERÁN QUESADA, S. 2014. *La necesaria configuración jurídica de la discriminación por razón de género desde la perspectiva constitucional*. Revista de Derecho Social, ISSN 1138-8692.

PÉREZ ÁGUILA, S. 2015. *Debates con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De nuevo sobre el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo: algunas aportaciones recientes del TJUE (I y II)*. Trabajo y Derecho, nº. 12, Editorial Wolters Kluwer.

RODRÍGUEZ CARDO, I.A. 2016. *El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social: puntos críticos (I y II)*. Trabajo y Derecho, nº. 17, Editorial Wolters Kluwer.

SACHA PERCHAL AND IRENE VAN SEGGELEN (COMMISSION 'S NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELDS OF EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUALITY BETWEEN MEN AND WOMEN). 2007. *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC as amended by Directive 96/97/EC*. European Commission: Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities.