

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,
de 12-XII-2019, WA contra Instituto Nacional de la Seguridad Social,
asunto C-450/18**

**EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD ESPAÑOL DISCRIMINA A LOS TRABAJADORES VARONES
Y CONTRAVIENE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA**

La presentación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte de un Juzgado de lo Social español marca un cambio de rumbo en una medida proactiva de compensación económica dirigida a las trabajadoras dentro del territorio español, de muy corto recorrido (apenas tres años) y que a partir de ahora dejará de ser aplicativa por parte del ordenamiento interno.

El debate surge a partir de la presentación, por parte de un padre de dos hijos, de una reclamación ante el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) que, tras reconocerle una pensión de incapacidad permanente absoluta, le denegó el complemento de pensión previsto en el art. 60.1 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), con base en el exclusivo reconocimiento a las mujeres por su aportación demográfica al sistema de Seguridad Social. Ante dicha negativa, decidió iniciar la vía judicial en defensa de su pretensión, pero falleciendo unos meses después, cuando el asunto estaba aún pendiente de resolución. Su esposa sucedió entonces al difunto en su posición de demandante, en lugar de desistir y solicitar su pensión de viudedad con el incremento correspondiente por complemento, lo que da a entender que era una persona inactiva no incorporada al mercado de trabajo.

El Juzgado expresó sus dudas en cuanto a la conformidad del art. 60.1 LGSS con la normativa comunitaria, a causa de la exclusión genérica de todos los trabajadores varones respecto a ese beneficio. El motivo principal que dicho precepto acoge para fundamentar tal decisión sería la aportación demográfica a la Seguridad Social realizada por las mujeres, pero tal circunstancia sería predicable tanto de mujeres como de hombres, en lo que atañe a la procreación y a la responsabilidad en el cuidado y atención de los hijos. Por tanto, la interrupción del trabajo a consecuencia del nacimiento o adopción, en opinión del Juzgado, afectaría a ambos sexos independientemente de la aportación demográfica reseñada, hecho que fundamentaría una diferencia de trato injustificada en favor de las mujeres y, sin embargo, en perjuicio de aquellos hombres que se encuentren en una situación idéntica.

No olvida el Juzgado que las mujeres experimentan un mayor sacrificio personal y profesional a resultas de la maternidad: el embarazo y el nacimiento de hijos va acompañado de implicaciones biológicas y fisiológicas con repercusiones negativas en la esfera laboral de las trabajadoras y en sus expectativas de promoción. Tal interpretación podría entonces justificar la legitimidad de esta medida enfocada a proteger a las mujeres de las consecuencias derivadas del embarazo y la maternidad.

Para dar una respuesta acertada a la demanda del solicitante, el Juzgado decidió presentar una cuestión prejudicial planteando una eventual vulneración del principio de igualdad de trato reconocido en el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en la Directiva 2006/54 por parte del derecho interno español en la figura del complemento por maternidad.

El TJUE, en su interés por resolver el asunto, resta importancia a una exigua fundamentación jurídica que pudiera detectarse en la pretensión formulada, y opta por utilizar todos los mecanismos hermenéuticos disponibles en el Derecho de la Unión apropiados para la resolución del caso, aun cuando no hayan sido alegados por el órgano jurisdiccional que presenta la cuestión prejudicial.

A la hora de incardinar adecuadamente la prestación controvertida en el contenido de la normativa comunitaria, el TJUE declara la inclusión del complemento por pensión dentro de la Directiva 7/97, al formar parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos que se enumeran en su art. 3.1.

En cuanto a su objeto, tal complemento persigue, como bien entiende el tribunal, proteger a las mujeres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y que perciban una pensión de invalidez, jubilación o viudedad, pero, a partir de ese momento, el tribunal se plantea una posible contradicción entre la normativa interna española y el Derecho Comunitario por privar aquella de ese derecho a los hombres que se encuentren en una situación idéntica.

Entrando al fondo del asunto, el TJUE recuerda cómo el art. 4.1 tercer apartado de la Directiva recoge el principio de igualdad de trato, que implica la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo en cuanto al cálculo de prestaciones sociales. Y, evidentemente, la norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres que han sido padres de dos o más hijos biológicos o adoptados, lo que a juicio del TJUE podría constituir una discriminación directa, por el hecho de aplicar normas diferentes a situaciones comparables.

De este modo, para el TJUE, el carácter comparable de dos situaciones no ha de apreciarse de manera global y abstracta, sino de forma específica y concreta, valorando todos los elementos concurrentes e indagando sobre el objeto y la finalidad de la normativa nacional, que para el tribunal no es otro que la aportación que se efectúa a la demografía del país, y que será tan necesaria para mujeres como para hombres. Según tal argumentación, el solo criterio de la contribución demográfica no podría fundamentar que hombres y mujeres no se encuentren en una situación comparable para obtener el complemento cuestionado.

A fin de dar una respuesta coherente, el Tribunal solicitó aclaración al Gobierno español sobre este punto, cuya contestación confirmó dicha tesis, pero añadió un segundo elemento, que nos parece relevante en la resolución a emitir, como fue su contenido equilibrador, dirigido a minorar la brecha de género entre las pensiones de hombres y mujeres originada por unas trayectorias laborales divergentes. Este segundo objetivo debiera entonces ser suficiente para admitir un distinto trato, obviamente, pero entendido como medida proactiva de compensación a las mujeres que, por nacimiento y cuidado de hijos, hayan sufrido una reducción en su capacidad de cotizar a la Seguridad Social y, por ello, una pérdida de derechos en la cuantía pensionable.

Estas razones no convencen al Tribunal, que, sin negar las desventajas profesionales que pueden afectar negativamente a las madres trabajadoras, no descarta la comparación con la situación de un trabajador que haya asumido el cuidado de sus hijos. A partir de ahí, la argumentación adquiere un giro erróneo, pues admite que la Directiva 79/7 se limita a proteger la condición biológica de la mujer durante el embarazo, parto y postparto, y que el art. 60.1 LGSS, al dar cabida asimismo a los supuestos de adopción, no se ha detenido solamente en la protección de esa condición biológica, y como quiera que dicho precepto no exige a las mujeres haber cesado efectivamente en su actividad en el momento en el que tuvieron a sus hijos, no se cumple el requisito previo de haber disfrutado de un permiso de maternidad, declarando entonces el TJUE la no inclusión de este complemento en las excepciones a la prohibición de discriminación que el art. 4.2 de la Directiva 78/7 reconoce.

En segundo término, y con fundamento en el art. 157.4 TFUE, que permite a los Estados ofrecer ventajas concretas para evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales, el TJUE se aparta de esta previsión, al afirmar que el complemento de pensión se concede solamente en el momento de reconocimiento de la misma, sin aportar remedio alguno a los problemas que puedan encontrar durante su carrera profesional, postura en nuestra opinión totalmente incomprensible, pues si es un complemento de pensión deberá percibirse justo en ese momento de reconocimiento de la prestación y no antes, para lo cual el legislador podrá articular otro tipo de medidas previas y no incompatibles con dicho complemento al tratarse de momentos diferentes.

Sin apenas apoyos normativos en Derecho Comunitario, el TJUE contempla el contenido del art. 60.1 LGSS como discriminatorio por razón de sexo, opuesto a la Directiva 79/7 y, por tanto, prohibido. No podemos estar más en desacuerdo con esta decisión, puesto que el punto de partida es a todas luces equivocado: ha sido un trabajador casado el que solicita ese complemento, sin que haya aportado prueba alguna de que su carrera profesional se haya visto afectada por su paternidad, y constando que su esposa vive, no trabaja (de lo contrario, no se hubiera subrogado en la posición del demandante, sino que habría solicitado pensión de viudedad incrementada con el consiguiente complemento) y que, por ello, la tarea de cuidado de los hijos no ha recaído en exclusiva en el trabajador.

Pero hay otro dato que el TJUE no aprecia y que constituye la base fundamental de esta figura: con el complemento no se trata de discriminar a los hombres, sino de reposicionar a las mujeres. Es una medida de acción positiva (de una mal llamada «discriminación positiva»), que ha de ser reconocida a uno de los dos sexos en exclusiva, porque carecería de sentido su extensión indiferenciada a hombres y mujeres, y esto es o que el TJUE no ha sabido entender.

María Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca
polo@usal.es