

Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18](#)

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

[...] Es claro que tanto la identificación de tal divergencia [la igualdad sexual vive en la norma, pero no en los hechos] como la de las garantías capaces de reducirla deben partir [...] no de las normas, sino de los hechos; no de la igualdad, sino de sus violaciones, es decir, de las discriminaciones sufridas por la diferencia.

L. Ferrajoli

1. Un marco multinivel: deficitaria, pero loable, voluntad nacional de reconocer y corregir la brecha de género en pensiones

El [artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) reconoce un complemento, por su «contribución demográfica a la Seguridad Social», para las mujeres que hayan tenido dos o más hijos biológicos (o adoptados) y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social, en relación con las pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. De naturaleza contributiva, dicho complemento consiste en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 188-201.

una escala (5 % en el caso de dos hijos, 10 % para los casos de 3 hijos y 15 % para las situaciones de 4 o más hijos). Como es conocido, lo más característico de esta prestación contributiva es la exclusión que se hace, en su campo de protección, del sexo masculino, de modo que, pese a tener idéntica contribución demográfica ambos progenitores, solo las mujeres podrían beneficiarse de este complemento de pensión. En consecuencia, se pergeñó como una auténtica acción positiva (no propiamente como una discriminación positiva) a fin de contribuir de alguna manera a la corrección de la extremada brecha de género en pensiones que se constata en nuestro sistema público de pensiones. La propia denominación dejaba suficientemente clara esta finalidad, al llamarse «complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social».

Aunque, como luego se desgranará con algún detalle, este complemento, loable en su fin, fue políticamente improvisado ([disp. final segunda Ley 48/2015, de 29 de octubre](#), de presupuestos generales del Estado para el año 2016, añadiendo un art. 50 bis a la LGSS de 1994, para las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2016) y técnicamente muy viciado, fue avalado sin reserva alguna –en este punto– por todos los integrantes del Tribunal Constitucional (TC). Para el Auto del TC ([ATC\) 114/2018, de 16 de octubre](#), este complemento tenía como última razón jurídica de ser compensar las «carreras de seguro» más cortas de las mujeres derivadas de la maternidad:

[...] el objetivo del complemento de maternidad es compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado [...], y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores (FJ 3.º).

El entero sistema de fuentes jurídicas nacionales en la materia reincidía en esta loable finalidad correctora de la brecha de género en pensiones que padecen las mujeres a causa del sexista reparto de trabajos existente, el productivo eminentemente para los hombres, el reproductivo eminentemente para las mujeres. Sea la nonata norma reglamentaria proyectada, sea el criterio de interpretación técnica para su gestión práctica del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) (1/2018, de 1 de febrero), alardeaban de estar ante una genuina medida de acción positiva urgida, no en contra, de la igualdad material entre mujeres y hombres. Por lo tanto, la previsión legal tendría el noble fin de corregir, al menos parcialmente, los efectos perjudiciales que en el mundo laboral sufren las mujeres «con motivo de asumir una mayor dedicación en el cuidado y educación de los hijos». El persistente sexismo en el mercado de trabajo (menor promoción profesional –techo de cristal; precariedad laboral mayor–, menores retribuciones –brecha salarial– de las trabajadoras) tiene un reflejo directo, aunque no inmediato, sino diferido en el tiempo, en la naturaleza y cuantía de sus pensiones futuras (brecha de género en pensiones: menores bases reguladoras, periodos de cotización más reducidos, etc.).

Por todo ello, tendría, desde la perspectiva jurídico-nacional, total justificación la voluntad legislativa de compensar únicamente a las mujeres tan insostenible diferencial, claramente

injusto, insolidario, regresivo y agravante. Este arsenal de descalificativos no está explicitado en el criterio técnico, es de mi cosecha, si bien subyace en él, al igual que en la más reciente jurisprudencia social. Baste ahora reseñar a tal fin la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 79/2020, de 29 de enero. Esta decisión, apelando al criterio hermenéutico de juzgar con perspectiva de género, en virtud del artículo 4 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIEMH), colmará las deficiencias (vacíos normativos y contradicciones de género) existentes en relación con el sistema de Seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI) para causar pensiones por muerte y supervivencia.

La ferviente convicción de estar en posesión de la verdad jurídica antidiscriminatoria real con este credo partidario de la igualdad material, la real, no la formal, la proclamada, pero a diario desmentida, llevó también a los niveles jurisdiccionales inferiores, al menos en su mayoría, a resolver las muchas deficiencias jurídicas de la regulación (lagunas, contradicciones, ambigüedades) desde ese fundamento igualitarista. Por eso la tendencia mayoritaria fue a una interpretación expansiva, pero siempre (o casi, por lo que de inmediato se dirá) sin expresar duda alguna en torno a la corrección jurídica de acotar su ámbito subjetivo al colectivo de mujeres, cumpliendo una clara función de suplencia legislativa, incluso reglamentaria, ante el fracaso del proyecto reglamentario ya referido (y que buscaba clarificar esas deficiencias en torno a un defectuoso régimen jurídico, pero en su aplicación, nunca cuestionando su diseño como acción positiva). Desde esta perspectiva partidaria de la mayor expansión posible de la prestación, pero siempre para las mujeres, la doctrina judicial mayoritaria interpretó, por ejemplo, que el nacimiento fallido, por la muerte prematura en las entrañas de la madre –aborto– (por ejemplo, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia –SSTSJ– de Madrid 521/2018, de 24 de septiembre, y Galicia 4821/2018, de 7 de diciembre), o por no llegar a durar lo suficiente para adquirir personalidad jurídica plena (por ejemplo, STSJ de Aragón 168/2019, de 20 de marzo), no debía frustrar el derecho al complemento. Conviene advertir, no obstante, que otras resoluciones se mostraron más restrictivas (por ejemplo, STSJ de Canarias/Las Palmas 904/2019, de 11 de septiembre, que rechaza el complemento si no logra sobrevivir hasta lograr la personalidad jurídica; también la niega la STSJ de Madrid 351/2019, de 10 de abril).

Sea como fuere, en este ámbito, y a diferencia de lo que está sucediendo respecto de un sinfín de cuestiones laborales y de seguridad social, era poco esperable que algún nivel del sistema jurisdiccional múltiple de los derechos fundamentales de las personas acudiera, por virtud de la cuestión prejudicial, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para plantear un juicio de conformidad de la exclusión legislativa del complemento de pensión para el varón, también aportador a la demografía patria. Aunque de todos es conocida la tradicional resistencia del TJUE a aceptar alegremente las acciones positivas (doctrina Kalanke: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –STJCE– de 17 de octubre de 1995, asunto C-450/93), no menos sabido es que el legislador comunitario ha ido progresando, justamente como reacción correctora frente a tan antediluviana lectura jurídica (típica de la época liberal ilustrada) y para corregir la desigualdad fáctica, hacia un

mayor favor para con esta técnica de garantía de la igualdad efectiva. Así, el artículo 157.4 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE) prevé que:

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.

Asimismo, la configuración de la no discriminación por razón de sexo como un genuino derecho fundamental, aplicable de forma directa a todas las relaciones, públicas y privadas, ha de ser una enseña fundamental en la interpretación del entero sistema jurídico comunitario. Y ello afecta a las normas laborales ([Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio](#)) y de seguridad social. Si el artículo 4 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, establece el principio de igualdad, en su artículo 7 se abre la legitimidad de:

[...] 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; [...].

Su cuidada o exquisita lucha por desvelar todas las discriminaciones indirectas contra las mujeres, sea en el ámbito laboral, sea en el de seguridad social, por las diferencias reguladoras en la práctica del mercado de trabajo, sería una magnífica exposición de tal proceso evolutivo en el derecho de la Unión Europea, a fin de hacer coincidir la igualdad jurídica con la igualdad de hecho, corrigiendo las profundas divergencias agraviantes, sobre todo en el mercado de trabajo (por ejemplo, la Sentencia del TJUE –[STJUE](#)–, [Sala 3.ª, de 3 de octubre de 2019, asunto C-274/18](#), para un supuesto de abuso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada a tiempo parcial en perjuicio de los contratos de trabajo indefinidos y a tiempo completo, especialmente con mujeres trabajadora, proscribió un doble efecto discriminatorio de la precariedad: por la modalidad contractual y por razón de género).

No obstante, bien es cierto que esa concepción formalista de la igualdad jurídica entre las mujeres y los hombres, sobre todo con relación a la técnica de las acciones positivas y en el ámbito de los regímenes de previsión social –públicos y privados–, se mantuvo (caso Barber: [STJCE de 17 de marzo de 1990](#)) y así queda expresado recientemente, para las pensiones privadas del sistema de empleo, en la [STJUE \(Gran Sala\) de 7 de octubre de 2019, asunto C-171/18](#). Más allá de la anécdota política (será una de las últimas cuestiones prejudiciales a resolver el TJUE respecto de dudas planteadas por órganos judiciales británicos, consumado el Brexit –si el drama del nuevo virus con corona no lo vuelve a retrasar–), en esta sentencia se considera no discriminatoria la equiparación retroactiva de

los trabajadores a la condición más favorable de la edad ordinaria de jubilación de las trabajadoras de un plan de pensiones de empresa, dando cuenta de las vicisitudes sufridas en el orden jurídico por las medidas de diferenciación entre sexos a favor de la igualdad jurídica y en contra de las desigualdades de hecho. Por eso, poco esperable, y minoritaria, en todo caso, la crítica judicial del complemento existía y se plasmó en diversas decisiones. Minoría que han conseguido triunfar en el TJUE, dejando en las mayores de las incredulidades a propios y extraños.

No obstante, por lo que se dirá, si bien mirado, «de aquellos polvos» (improvisación, déficits de técnica reguladora), «estos lodos» (una sobreprotección del varón, tan injusta como costosa para el sistema de Seguridad Social). Conviene, pues, una adecuada comprensión de la doctrina jurisprudencial comunitaria que aquí pasamos a analizar en sus detalles.

2. Caso concreto: relato de hechos para la solución normativa

El INSS concedió a un hombre una pensión por incapacidad permanente absoluta del 100 % de la base reguladora (1.603,43 € al mes más revalorizaciones). El trabajador presentó una reclamación administrativa previa contra dicha resolución, alegando que, al ser padre de dos hijas, debía tener derecho a percibir el complemento de pensión previsto, en las mismas condiciones que las mujeres madres de dos hijos que son beneficiarias de una pensión contributiva de incapacidad permanente en cualquier régimen de la Seguridad Social española. El INSS desestimó la pretensión. Interpuesto recurso ante el Juzgado de lo Social número 3 de Gerona, solicitando que se le reconociera el derecho. Presentado el recurso contencioso en lo social, tuvo lugar el fallecimiento del trabajador. Su esposa sucedió al difunto como demandante en el litigio principal. El abono del complemento de pensión, en caso de reconocerse, tendría efectos hasta la fecha del fallecimiento.

El juzgado de lo social valora que el concepto de «aportación demográfica a la Seguridad Social» es predicable por igual tanto de mujeres como de hombres, dado que tanto la procreación como la responsabilidad en el cuidado, la atención, la alimentación y la educación de los hijos son predicables de toda persona que pueda tener la condición de madre o de padre. Por consiguiente, la interrupción del trabajo como consecuencia del nacimiento o adopción de los hijos o por el cuidado de los hijos puede perjudicar por igual a hombres y mujeres, con independencia de su aportación demográfica a la Seguridad Social. Desde este punto de vista, considera que el [artículo 60.1 de la LGSS](#) establece una diferencia de trato injustificada en favor de las mujeres y en perjuicio de los hombres que se encuentren en una situación idéntica. No obstante, el juez es consciente de que la procreación implica un mayor sacrificio para las mujeres a nivel personal y profesional. De hecho, han de afrontar un periodo de embarazo y un nacimiento que comporta sacrificios biológicos y fisiológicos evidentes, con el detrimento que comporta para las mujeres, no solo en la esfera física, sino también en la esfera laboral y sus legítimas expectativas de promoción en el ámbito

profesional. Por tanto, desde el punto de vista biológico, las disposiciones del [artículo 60.1 de la LGSS](#) podrían justificarse en la medida en que están destinadas a proteger a las mujeres de las consecuencias derivadas del embarazo y la maternidad. En la duda, presenta cuestión prejudicial.

3. La doctrina del TJUE: breviarío de razonamientos jurídicos para el fallo

El TJUE gusta de las decisiones de justicia oracular. Piénsese, por citar la más reciente, y en un ámbito de marcada precariedad laboral, en la [STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18](#), que, pese a desautorizar, por sistémico, el abuso por los poderes públicos españoles de la sucesión de relaciones de servicio de duración determinada –también en servicios tan esenciales como los sanitarios, hoy absolutamente determinantes para la lucha contra la lacra del COVID-19, por ejemplo–, termina remitiendo a cada órgano judicial la solución en cada caso concreto (con lo que, dicho sea de paso, abre la vía a tantas respuestas como niveles jurisdiccionales, hasta que pueda intervenir, 2 años después, el TS, sin que tampoco su intervención garantice una respuesta cierta, porque quedará de nuevo abierta al escrutinio de cada órgano judicial nacional que podrá llevarlo de nuevo al TJUE, en una cadena sin fin). Pero no ha sido el caso que nos ocupa en este análisis. La [STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18](#), ha sido muy clara, incluso demasiado, podría reprochársele, como luego indicaremos ampliamente:

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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional [...] que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.

Al margen de enmendarle la plana al juez inquiriente en orden al ámbito de derecho de la Unión en cuestión –que no es el planteado de inicio, la [Directiva 2006/54](#), sino el específico de la [Directiva 79/7/CEE](#)–, pues un complemento contributivo no estaría comprendido dentro del concepto de «retribución» ex artículo 157 del [TFUE](#), pero sí en el artículo 3.1 de la [Directiva 79/7](#) (SSTJUE de 16 de diciembre de 1999, asunto C-382/98, Taylor, apdo. 14, y [22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11, Elbal Moreno](#), apdo. 26), el TJUE concluye que el [artículo 60 de la LGSS](#) constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por lo tanto, está prohibida por la [Directiva 79/7](#). Se pronuncia, de este modo, en línea con

las conclusiones del abogado general, que descartó, a diferencia de lo que sucede con carácter general en el ámbito de la discriminación indirecta por razón de sexo, el valor de los datos estadísticos acreditativos de la evidente brecha de género en pensiones para justificar el [artículo 60 de la LGSS](#) como acción positiva legítima.

Conviene enfatizar este razonamiento del TJUE. El *praetor imperator* comunitario no descarta la legitimidad de acciones positivas ex artículo 157.4 del [TFUE](#) a fin bien de priorizar el acceso al desarrollo de actividades profesionales al sexo menos representado, bien de «compensar desventajas en sus carreras profesionales». Sin embargo, el complemento de pensión se dirige, para el TJUE, a un objetivo, compensar la contribución demográfica, en el que participan de modo comparable mujeres y hombres, sin que la segunda razón de ser del mismo, compensar las menores carreras profesionales de las mujeres a raíz del trabajo de cuidar, derivada de esa aportación, quede reflejada adecuadamente en el diseño normativo ni en los resultados de la medida legislativa. Consecuentemente, la diferencia de trato ante una situación análoga no se justificaría ni resultaría proporcionada, ya que la situación sería comparable con la de los hombres que vieran igualmente truncada su carrera de cotización a causa de la asunción de las tareas de cuidado de los hijos, no hallando el TJUE –aquí exhibe su formalismo igualitarista extremo– razón para rechazar que los hombres también puedan sufrir las mismas desventajas en su carrera ([STJUE de 29 de noviembre de 2001, asunto C-366/99, Griesmar](#), apdo. 56).

4. Trascendencia de la doctrina: ¿el TJUE cuestiona la «ley con perspectiva de género» o solo la «mala ley de género»?

4.1. La equidad de género debe garantizarse al alza –beneficiando a los hombres–, no a la baja –privando del complemento a las mujeres–: retorno del «varón discriminado»

No hay que argumentar apenas nada para comprender la extraordinaria importancia de esta decisión de política jurídica del TJUE en materia de pensiones públicas con perspectiva de género, tanto práctica (para el grupo de cuestiones a las que afecta) como teórica (para el conjunto de la política de pensiones públicas). La decisión del TJUE se presta a valoraciones de muy diverso signo, debiendo convivir las negativas (por su arraigado formalismo, incapaz de dar un salto cualitativo verdaderamente relevante en este ámbito, dando a la igualdad efectiva un sentido material, no solo formal) con otras positivas (porque no niega en modo alguno ni la brecha de género en pensiones –sería un inconsciente si lo hiciera, negando la realidad– ni la legitimidad de medidas correctoras –sería un obstáculo intolerable para el progreso jurídico–, solo que pide que se hagan de una forma correcta, no improvisada e indiscriminada, lo que no hizo el legislador español). A mi juicio, el análisis valorativo puede hacerse, siempre sucintamente, en cuatro ámbitos. A saber:

- a) La proyección inmediata en la delimitación del campo subjetivo de la acción protectora del [artículo 60 de la LGSS](#), puesto que implica un marcado desbordamiento del previsto, para ser indiscriminado –beneficia a hombres y mujeres–.
- b) El efecto de duda, o de contrarresto, que puede tener la doctrina del TJUE en la suerte del método interpretativo (hermenéutico) que hoy hace furor en los diversos niveles jurisdiccionales: juzgar en el orden social con perspectiva de género.
- c) La revisión de las relaciones entre la doctrina del TJUE, tenida más avanzada, e incluso anticipatoria, en materia discriminatoria respecto de la del TC, pues este legitimó sin la menor tacha una medida que el TJUE ha desautorizado de raíz.
- d) El impacto que puede tener en la reforma del sistema de pensiones públicas, urgida no ya solo para equilibrar el estructural déficit financiero que atraviesa –y que crecerá más con la crisis del coronavirus, al llamar al sistema como amortiguador de parte de los inmensos costes de esta pandemia–, sino también para corregir, o paliar de forma significativa, el desequilibrio de género no menos estructural y profundo que presenta.

La primera cuestión es la más fácil de resolver jurídicamente. El sexo no puede ser ya un requisito determinante para el acceso al complemento del [artículo 60 de la LGSS](#). Por lo tanto, todos y todas tienen derecho al mismo, si reúnen los demás requisitos legalmente previstos para una pensión contributiva de las previstas en el precepto –alta en el sistema, cotización suficiente–. El TJUE viene afirmando, desde hace décadas, en una doctrina consolidada (la aplica la Gran Sala, si bien en el ámbito de un régimen de pensiones privadas del sistema de empleo o de empresa y para la edad de jubilación, en su citada [Sentencia de 7 de octubre de 2019, asunto C-171/18](#)), que, en una situación de discriminación de los hombres respecto de las mujeres, hasta que no se adopten medidas legales que restablezcan la igualdad, solo puede garantizarse tal derecho reconociendo a ellos las mismas ventajas que a ellas.

Precisamente, así lo acaba de reconocer la [STSJ de Canarias/Las Palmas 44/2020, de 20 de enero](#), que, disipando sus dudas –planteó cuestión prejudicial en 2019– al respecto, reconoce el complemento de pensión ex [artículo 60 de la LGSS](#) (le supondrá –apenas– 190 € más al mes) a un trabajador que, viudo (evoca la figura del «viudo discriminado» que acuñara Alonso Olea), se debió hacer cargo del cuidado de sus cuatro hijos. En el sustrato de este fallo subyace un argumento fuerte de corresponsabilidad, a fin de evitar que el beneficio perpetúe la desventaja –la mujer como cuidadora principal–:

La práctica de cuidar «de facto» puede ser desempeñada tanto por mujeres como por hombres. Promover socialmente la implicación de los padres en la crianza de los hijos/as es un avance hacia la corresponsabilidad y, por lo tanto, la igualdad real entre hombres y mujeres.

4.2. ¿Cuestiona el TJUE la metodología de juzgar con perspectiva de género el sistema de pensiones?: llamando a la corresponsabilidad

Precisamente, a fin de garantizar una igualdad efectiva entre mujeres y hombres, esta sala de suplicación social se ha caracterizado por promover, con un gran entusiasmo (voluntad) y sólida argumentación (solvencia técnica), la toma en serio de la llamada a la metodología jurídica de «juzgar con perspectiva de género» (art. 4 LOIEMH; arts. 2 y 5 [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#) –CEDAW, por sus siglas en inglés–). Tal habría sido su éxito que incluso se ha convertido en jurisprudencia social consolidada. La [STS 79/2020, de 29 de enero](#), desestima el recurso de casación para unificación interpuesto por el INSS contra la pionera [STSJ de Canarias/Las Palmas 281/2017, de 2 de mayo](#). Por lo tanto, se reconoce el derecho de una mujer a percibir prestaciones a favor de familiar a raíz de la muerte de su madre (con una base reguladora de 6,85 €, porcentaje de pensión del 72 %, con efectos del 1 de febrero de 2016), no siendo esta beneficiaria de pensiones de jubilación o incapacidad permanente contributivas, pero sí de una pensión de vejez SOVI –que no reconoce aquella prestación–. De este modo, aplicando la metodología de juzgar con perspectiva de género, la jurisprudencia social cumpliría no solo una función correctora del sistema legal, sino también de suplencia del mismo, de modo que sus omisiones de protección (vicio de laguna jurídica) no terminen siendo contradicciones (vicio de antinomia) con el principio de igualdad efectiva entre las mujeres y los hombres, eliminando todos los prejuicios, patrones socioculturales o estereotipos y prácticas sexistas, esto es, basados en la idea de diferencias *de facto* (art. 5 [CEDAW](#)).

El TS revisa sus precedentes «superados por la evolución normativa», incorporando el concepto de «*gender mainstreaming*», elaborado en la IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas, Beijing, 1995. Por lo que los artículos 4 y 15 de la LOIEMH exigirían una interpretación del requisito excluyente del artículo 217.1 c) de la LGSS correctora-abrogatoria del prejuicio de género ínsito en él, al descartar la pensión SOVI, absolutamente feminizada, por lo que no tiene un efecto neutro real, solo aparente. También la [STS 115/2020, de 6 de febrero](#), asume, ahora para el [artículo 208 de la LGSS](#) (requisitos para la jubilación anticipada), que su interpretación literal puede generar un impacto de género negativo, mutando en discriminación indirecta, al desplegar efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino. Por eso reconoce, a los efectos de completar el periodo mínimo para acceder a la jubilación anticipada, el tiempo de prestación del Servicio social obligatorio de la mujer (realizado por la sección femenina en tiempos franquistas), de forma análoga a la consideración que tienen en el [artículo 208.1 de la LGSS](#) tanto el servicio militar obligatorio como la prestación social sustitutoria.

¿Cuestiona la sentencia del TJUE este progreso jurídico, al preconizar una igualdad más formal entre mujeres y hombres, de modo que quedarían deslegitimados los juicios dirigidos a la eliminación de tales estereotipos de género a favor de la mujer si con ello se les

concede una posición de favor respecto de los hombres? A mi juicio, así resulta de una primera y más superficial lectura de la [sentencia del TJUE analizada](#), sin duda exhibicionista del formalismo jurídico más ancestral en materia de igualdad. Pero, mejor analizada, la conclusión debe ser más matizada. El TJUE no solo no es insensible a esos prejuicios sexistas encubiertos en las normas, sino que legitima su corrección, pero por caminos adecuados, no de forma genérica o lineal, por ser más «fácil» y directa, exigiendo, en todo caso, un estricto juicio de proporcionalidad.

Cierto, aunque como pura excepción (SSTJUE de [3 de septiembre de 2014, C-318/13](#), y [26 de junio de 2018, C-451/16](#)), revelando su tradicionalismo, el TJUE asume la legitimidad de las acciones positivas (arts. 4.1 y 7.1 b [Directiva 79/7](#)). En la lista cerrada incluye las relativas a la protección por maternidad, también tras la incorporación (SSTJUE de [12 de julio de 1984, Hofmann](#), apdo. 25, y [19 de septiembre de 2013, Betriu Montull](#)), a fin de corregir la posición desventajosa que de tal condición deriva para las mujeres en el mercado de trabajo. El sistema de pensiones no quedaría fuera de tales acciones. Ahora bien, no vale cualquier medida, no siendo la del [artículo 60 de la LGSS](#) ni adecuada ni proporcionada a tal objetivo, porque no contendría «ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión [...] [y] las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el periodo que sigue al parto» (apdos. 57 y 62).

El TJUE insistirá en la inexistencia de un vínculo directo y específico entre la medida de ventaja en el disfrute de pensiones públicas y las desventajas *de facto* derivadas de la cualidad de madre de la trabajadora para aplicar la opciones comunitarias de acciones positivas, como el artículo 157.4 del [TFUE](#) (apdo. 65):

[...] el complemento de pensión [...] se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión [...], sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera [...] (SSTJUE de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, apdo. 65, y 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13, apdo. 101).

La ausencia de esa conexión normativa directa entre el beneficio de pensión pública y las desventajas en el mercado de trabajo de las mujeres haría de una condición común, la procreación y el deber de cuidado de la prole, un factor de diferenciación normativa, lo que estaría prohibido (SSTJCE de [29 de noviembre de 2001, asunto C-366/99, Griesmar](#), y [26 de marzo de 2009, asunto C-559/07](#)).

Incluso podría pensarse, si bien el TJUE no lo explicita aquí, a diferencia de lo que sí hace en otras sentencias (SSTJUE de [30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09, Roca Álvarez](#), y [16 de julio de 2015, asunto C-222/14, Maïstrellis](#)), en que en su posición subyace

la defensa del principio de corresponsabilidad, a fin de no asociar con el trabajo de cuidar solo al sexo femenino. Así lo expresa la citada [STSJ de Canarias/Las Palmas 44/2020, de 20 de enero](#), que constata una marcada tendencia del TJUE a depurar las normas que atribuyen exclusivamente a las madres ciertos beneficios o ventajas relacionados únicamente con el cuidado de menores –también de familiares–, pues sería una expresión más de discriminatorios estereotipos de género.

Con todo, aun desde este sustrato de corresponsabilidad, crucial para impedir que las ventajas terminen perpetuando el sexismo en el reparto de los tiempos de trabajo, no se libra el TJUE del formalismo: a diferencia del ámbito de la discriminación indirecta por sexo, aquí desprecia la prueba estadística. Sabemos, también el TJUE y el abogado general, y los propios algoritmos de diferentes servicios públicos de empleo (belgas, holandeses, austriacos), que las mujeres sufren mucho más «las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos, porque, en general, asumen esta tarea» (apdo. 53; punto 66 conclusiones del abogado general). Asimismo, bien sabido es –por todos, pero ahora ya no por el TJUE, ni por el abogado general– que, aun con los mismos hijos, los hombres no han podido sufrir, hasta el momento, en el futuro ya se verá, «las mismas desventajas en su carrera» que ellas. En consecuencia, el TJUE no solo infravalora una realidad de histórica discriminación fáctica por la atribución social del rol principal en el trabajo de cuidar no remunerado, relegándola en el trabajo remunerado, sino que omite su deber de integrar también él, en su juicio, la perspectiva de género, puesto que así se lo exigiría el artículo 9 del [TFUE](#) (también fruto de la citada IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas, Beijing, 1995, tan revalorizada por el TS español, según vimos).

4.3. Otro capítulo de conflicto entre el TC, el TJUE ¿y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?: ¿cuál debe evolucionar más?

No es ya, en cambio, a diferencia de su primera etapa, muy partidario el TC español de la figura del «varón (viudo o no) discriminado». Por eso, constatado que las mujeres sufren un amplio catálogo de desventajas laborales (Sentencia del TC –[STC– 128/1987, de 16 de julio](#)), el sistema constitucional español, a través de la interpretación de su máximo órgano de garantías, habría evolucionado desde la vieja etapa de las normas falsamente tuitivas de las mujeres hacia otra de mayor igualdad jurídica efectiva. Una evolución que implica la renovación de técnicas de garantía, para lo que se da entrada de pleno derecho no solo a la discriminación indirecta, sino también a las acciones positivas ([STC 19/1989, de 31 de enero](#)).

Justamente, porque las normas que otorgan ciertos beneficios a las mujeres, lejos de crear discriminación alguna, se limitan a otorgar «determinadas ventajas a un colectivo que, en un análisis global de la situación social y laboral, estaba claramente discriminado» (citada [STC 19/1989, FJ 5.º](#)), el referido [ATC 114/2018, de 16 de octubre](#), legitimó este complemento (FJ 3.º). No hacía otra cosa que seguir también una doctrina consolidada del pro-

pio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Este, en relación con las diferencias de edad de jubilación, menor para las mujeres que para los hombres, como una forma de compensar las menores carreras de seguro de ellas, conforme a una práctica legislativa muy extendida en el resto de Europa, como en el Reino Unido, asumió (Sentencia del TEDH –STEDH– de 12 de abril de 2006, caso *Stec y otros vs. Reino Unido*) que, originariamente, «la diferencia establecida entre hombres y mujeres en cuanto a la edad legal de jubilación trataba de corregir las desigualdades de hecho [desventajas económicas derivadas de la reducción de la capacidad de obtener análogos ingresos] entre los primeros y las segundas». Por lo tanto, perseguía un fin legítimo y estaba razonablemente justificada, de modo que no era contraria ni al artículo 14 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) (CEDH) ni al artículo 1 del [Protocolo número 1 del CEDH](#) (recuérdese que, como se ilustró en el [estudio preliminar](#) de este monográfico, el TEDH garantiza de forma efectiva la seguridad social, pese a no reconocerse como tal formalmente en el [CEDH](#), como un derecho humano a través del derecho a la propiedad –por ejemplo, reciente [STEDH de 5 de marzo de 2020, caso Grobelny c. Polonia](#)–).

Cierto, el TEDH pone un condicionante temporal a esa legitimación de la desigualdad de derechos de protección social a favor de las mujeres en aras de la igualdad efectiva, pues tal diferencia legal de trato habría tenido una justificación objetiva y razonable «hasta una época» concreta, aquella en la que «los cambios producidos en los planos social y económico habían hecho desaparecer la necesidad de un trato especial para las mujeres» ([STEDH de 12 de abril de 2006](#), apdo. 66). Ahora bien, al margen de lo discutible que resulta que esa etapa histórica ya esté cerrada, pues la prueba estadística evidencia lo contrario, el TEDH es inequívoco al atribuir al Estado un amplio margen de decisión «en cuanto al calendario de la reforma y a los medios precisos para corregir la desigualdad», siempre que no sean «manifiestamente irrazonables». Precisamente, la [STJUE de 1 de marzo de 2011, asunto C-236/09, Test-Achats](#), para el ámbito de las pensiones privadas, anuló la excepción del artículo 5.2 de la [Directiva 2004/113](#), que autorizaba diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones cuando el sexo constituyera un factor determinante de la evaluación del riesgo, a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos, por su temor al «riesgo de que el derecho de la Unión permita indefinidamente la excepción» (apdo. 31). Por lo tanto, sería en el carácter ilimitado de la excepción donde residiría la contradicción del derecho a la igualdad de trato, recogido no solo en la directiva, sino también en el artículo 21 de la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (apdo. 32).

En suma, el TC no se muestra como ningún campeón del enfoque de género. Baste pensar en lo que le cuesta identificar discriminaciones indirectas por razón de género, yendo a menudo a remolque del propio TJUE (el ejemplo paradigmático, en este caso para la pensión de jubilación para las personas trabajadoras a tiempo parcial, pero debe predicarse igualmente para la pensión de incapacidad permanente, pues el sistema de cálculo es análogo, está en la [STC 91/2019, de 3 de julio](#), que solo anuló este sistema de cómputo tras una intervención del TJUE). O, así lo probaría, igualmente, el que el propio [ATC 114/2018, de 16 de octubre](#), incluya dos votos particulares que, con magnífico criterio, reprueban a la ma-

yoría el que no aplicara la perspectiva de género en el enjuiciamiento del «complemento de maternidad por contribución demográfica», avalando sin más una medida que, en sí misma, contiene elementos de profundización de la brecha de género en pensiones (por ejemplo, infraprotección de las mujeres con carreras profesionales más «accidentadas» –quebradas– y sobreprotección de las que lograron una carrera de seguro más estable, «masculinizada»). Ahora bien, queda igualmente claro que, en lo que concierne a las acciones positivas, tanto el TC, como, incluso, el TEDH, muestran más sensibilidad, y racionalidad jurídica, que el TJUE, cuyo formalismo igualitario y reduccionismo no solo sigue asombrando, sino que resulta ahora ya completamente desfasado, urgido de una profunda revisión y superación, sin que por ello se deba infravalorar, se insiste, la llamada que hace a una política de género en pensiones más coherente y sofisticada, no tan lineal, rancia y miope como la que refleja el –oportunista y anacrónico– [artículo 60 de la LGSS](#).

4.4. El mensaje para la reforma legal: corregir la brecha de género en pensiones no solo es legítimo, también necesario, pero debe ser coherente y eficaz

Desde esta perspectiva de razón jurídica, más allá, por tanto, de una posición judicial, por más determinante que sea, como la del TJUE, conviene leer adecuadamente el sentido de su fallo, sobre todo por el principal destinatario del mismo, el legislador nacional. No hay duda alguna de que el TJUE ha invalidado la técnica de acción positiva dispuesta por el [artículo 60 de la LGSS](#) para corregir la indudable brecha de género en pensiones que existe en nuestro país, por lo que deberá extenderse a todas las personas, al margen de su sexo. De este modo, además de incrementar notablemente su coste (no solo habrá más personas beneficiarias, sino que su coste será también mayor, porque las pensiones que cobran ellos son muy superiores a las de ellas), con el impacto intensificador del desequilibrio financiero del sistema de pensiones públicas, resulta igualmente evidente que no hará sino profundizar en la brecha de género en pensiones públicas en detrimento de las mujeres –salvo en relación con las pensiones de viudedad–. Si más altas son las bases reguladoras y, por lo tanto, mayores las pensiones sobre las que se aplican los porcentajes, ¿acaso no se crea una discriminación indirecta por razón de sexo?

Nos hallaríamos, pues, en una notable paradoja, sino contradicción jurídica en sentido propio, que deberían resolver los niveles jurisdiccionales internos ¿sobre la base de una renovada metodología de juzgar con perspectiva de género, como se ha venido indicando en las páginas precedentes? El despropósito alcanzaría, en tal caso, proporciones colosales, desde luego descomunales, por lo que bien haría el legislador nacional en releer con detenimiento la sentencia del TJUE y adoptar las medidas necesarias para que, sin incurrir en discriminaciones por razón de sexo directas, tampoco lo haga en indirectas, y menos aún en la perpetuación, sino en la agravación, de la brecha de género en pensiones, tan incontes-

table, por la prueba de los hechos (además de las medidas estadísticas –aunque la prueba estadística no sea siempre determinante, es verdad–), como intolerable hoy.

Además de que el sistema legal regulador de las pensiones públicas contiene variados elementos que agrandan esa brecha, exigiendo una reforma global que elimine, o al menos palíe, esas diferencias de protección injustificadas, atendiendo al complemento contencioso, su infortunio en sede jurisdiccional era la «crónica de una discriminación anunciada». En nuestro tiempo, no puede ser la «contribución demográfica» en sí misma, en la que participen, sin duda de ningún tipo, hombre y mujer a la par (se sigan las técnicas de fecundación que se sigan), el factor determinante de un «plus de protección solidaria» de la ciudadanía, a través del sistema público de pensiones, ni en la incapacidad permanente ni en la pensión de jubilación –otra cosa será en la rama, sí, hoy raquílica, de prestaciones familiares–, sino la compensación real, efectiva, por las muchas desventajas que se derivan del «trabajo de cuidar» (no solo a menores, también a mayores dependientes). Si, como consecuencia de la corresponsabilidad –hoy más un derecho programado que una realidad actualizada–, también los hombres experimentamos las quiebras o fallas en la carrera de seguro, el plus de protección solidaria debe desenvolverse sin género, claro está, por lo que el legislador debe hacer una labor de regulación fina, específica, coherente, e incluir tal situación. Ahora bien, parece claro que ni en la época en que las mujeres que hoy pueden tener derecho a una pensión de jubilación (o, incluso, de incapacidad permanente, aunque sea más nítido en la primera, por razones obvias), ni siquiera las que hoy están madurando tales derechos, gozan de una posición idéntica.

En consecuencia, el legislador tendrá que establecer criterios que, favoreciendo la prueba presuntiva de hecho diferencial en la trayectoria laboral por la condición biológico-social de maternidad, se abran a la prueba específica de situaciones del género también para los hombres. Por lo tanto, si el TJUE ha puesto, cierto, más difícil al legislador el cumplimiento de la misión constitucional ex [artículo 9.2](#) en relación con los artículos [10](#) y [14](#) de la Constitución española, no por ello lo desautoriza a incumplirla, sino tan solo a adoptar criterios más coherentes, de calidad reguladora.