



De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada.

A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al «complemento por maternidad»

Glòria Poyatos I Matas

Magistrada especialista de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias

Extracto

Este análisis trata sobre cuidados familiares, madres trabajadoras, bonificación contributiva y su extensión, en ciertos casos excepcionales, a los padres trabajadores. Recientemente, ha sido planteada por la Sala Social del TSJ de Canarias cuestión prejudicial ante el TJUE a propósito del «complemento por maternidad», por posible discriminación por razón de sexo, al excluir de forma absoluta e incondicional a los padres trabajadores que puedan probar que han cuidado en exclusiva a los/as hijos/as, como era el caso del demandante, pensionista de jubilación contributiva, viudo y padre de 4 hijos a los que educó en solitario tras morir la madre biológica. La práctica de cuidar no tiene sexo, tiene género, por ello es imprescindible extenderlo a la otra mitad de la población para caminar hacia una sociedad más corresponsable y (realmente) igualitaria.

Palabras clave: discriminación; género; cuidados; sexo.

Fecha de entrada: 24-12-2018 / Fecha de aceptación: 24-12-2018

Cómo citar: Poyatos I Matas, G. (2019). De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al «complemento por maternidad». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 431, 113-127.





From the ethics of feminized care to the ethics of humanized care.

Concerning the question referred for a preliminary ruling the High Court of Justice of the Canary Islands concerning the «maternity supplement»

Glòria Poyatos I Matas

Abstract

This analysis deals with family care, working mothers, contributory bonuses and their extension, in some exceptional cases, to working fathers. Recently, a request for a preliminary ruling before the CJEU from the Canary Islands' High Labor Court on the «Supplement for maternity», because of a possible discrimination on the basis of sex by absolute and unconditionally excluding the working fathers who can prove they have exclusively taken care of children, as was the case of the plaintiff, a contributory retirement pensioner, widower and father of four children whom he raised alone after their birthmother passing. Caring does not have sex, but gender, so it is imperative extending it to the other half of the population, thus walking towards a more coresponsible and (really) egalitarian society.

Keywords: discrimination; gender; care; sex.

Citation: Poyatos I Matas, G. (2019). From the ethics of feminized care to the ethics of humanized care. Concerning the question referred for a preliminary ruling the High Court of Justice of the Canary Islands concerning the «maternity supplement». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 431, 113-127.





Sumario

1. Introducción. El trabajo que sostiene la vida
 2. El litigio principal
 3. Razones que fundamentan el planteamiento de la cuestión prejudicial
 - 3.1. El complemento por maternidad. Requisitos
 - 3.2. Finalidad del complemento por maternidad
 - 3.3. Exclusión incondicional de los padres pensionistas. Ausencia de cláusula de salvaguarda
 4. La duda interpretativa
 - 4.1. Similitudes con el caso Griesmar
 - 4.2. Jurisprudencia europea aplicable al caso
 5. Planteamiento de la cuestión prejudicial
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Si tanto el padre como la madre desarrollaran tareas de cuidado, la contradicción cuidar la vida-destruirla se haría extensiva a los hombres, lo que supondría un paso atrás en su autoidentificación con las instituciones de violencia.

Magallón (1998)

1. Introducción. El trabajo que sostiene la vida

Vivimos en un mundo globalizado que equipara el buen aprovechamiento del tiempo con un concepto de «productividad» forjado sin perspectiva de género. Un mundo construido sobre un mercado de trabajo, diseñado en masculino, que ha despreciado históricamente el tiempo dedicado a los cuidados familiares, a los que niega valor social, económico y curricular, a pesar de ser un trabajo imprescindible para la economía, la sociedad y para la vida misma. Un trabajo tan duro como invisible, sostenido mayoritariamente sobre las espaldas de las mujeres de todo el mundo, que también encabezan las estadísticas de la pobreza. Unas mujeres que se incorporaron masivamente a un mercado laboral hostil, que las discrimina, precisamente, por no dejar de cuidar.

Pero la práctica de cuidar no solo es imprescindible para el sostenimiento de la vida cotidiana, sino también por los valores y capacidades que fomenta en quienes la desenvuelven, porque lleva consigo el desarrollo de habilidades como el respeto, la comprensión, la tolerancia, la empatía, la paciencia, el compromiso o la responsabilidad, que son una aportación altamente útil para el desarrollo humano y la gestión pacífica de los conflictos. Por ello hay que universalizar el cuidado, como herramienta preventiva frente a la violencia social e intrafamiliar. Hay que invertir en la infraestructura de los cuidados para hacerlos extensivos a la otra mitad de la población, revirtiendo la asignación de roles de género que sostienen las desigualdades de hoy en día.

Este análisis trata sobre cuidados familiares, madres trabajadoras, bonificación contributiva y su extensión, en ciertos casos excepcionales, a los padres trabajadores. Pero no en abstracto, sino de forma práctica, a propósito de una reciente iniciativa judicial.

Mediante [Auto de 7 de diciembre de 2018 del Tribunal Superior de Justicia \(TSJ\) de Canarias](#)¹, fue planteada cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

¹ Auto de 7 de diciembre de 2018 de la Sala Social del TSJ de Canarias/Las Palmas (rec. 850/2018). Ponente Glòria Poyatos I Matas. Este auto tiene su causa en el recurso de suplicación presentado el 28 de

(TJUE), en relación con el denominado «complemento por maternidad», regulado en el [artículo 60 del 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 (LGSS). A lo largo de las siguientes líneas se analizan resumidamente las peculiaridades del caso, las dudas interpretativas y los razonamientos jurídicos que nos llevaron al planteamiento de una «cuestión» trascendental para avanzar en igualdad real entre mujeres y hombres, de la que he tenido el honor de ser ponente.

2. El litigio principal

En fecha 30 de octubre de 2017 fue presentada demanda en materia de Seguridad Social, por parte de varón pensionista de jubilación contributiva, frente a resolución del INSS² que denegaba el derecho del demandante a que se le aplicara el incremento del 15 % sobre su pensión de jubilación³, en concepto de complemento por maternidad, regulado en el [artículo 60 de la LGSS](#).

La resolución del INSS que denegaba tal derecho se amparaba en el siguiente motivo:

(...) la regulación de dicho complemento solo contempla la aplicación del mismo para las mujeres que hayan tenido hijos y sean beneficiarias en cualquier régimen de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente. La norma no regula en ningún caso la posibilidad de que dicho complemento pueda aplicarse a las pensiones de los cónyuges supérstites.

En la demanda se recoge lo siguiente:

(...) se ha cometido un error al no haber aplicado, en el caso concreto del hoy actor, el incremento del 15 % por los hijos nacidos del solicitante (son cuatro hijos) que establece el artículo 60 de la LGSS. Como se probó en su momento, el hoy actor es viudo de la madre de dichos hijos y, en momento alguno tal porcentaje le fue aplicado a la fenecida, (...). Siendo imposible que la misma pueda acogerse a tal incremento (dado su fallecimiento), el mismo debe aplicarse al otro progenitor (...). En el presente caso, por el INSS, sin tener en cuenta los requisitos concretos del presente caso, realiza discriminación por razón de sexo (...).

mayo de 2018 ante esta sala, frente a la Sentencia de 27 de abril de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Las Palmas de Gran Canaria (autos 809/2017). El recurso se impulsaba por la parte demandante (pensionista de jubilación) siendo impugnado por la demandada (Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS–).

² Resolución del INSS de fecha de salida 19 de septiembre de 2017.

³ Reconocida por Resolución de fecha de salida 31 de agosto de 2017.

En la fundamentación jurídica se invoca el [artículo 14 de la Constitución española](#) y los artículos 3 y 6 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Pero la demanda fue desestimada en la instancia (Sentencia de 27 de abril de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Las Palmas de Gran Canaria) sustancialmente porque el complemento por maternidad es un derecho exclusivo de las mujeres.

Se aportó junto a la demanda copia del libro de familia, en el que constaba que tiene cuatro hijos biológicos nacidos en 1980, 1982, 1989 y 1998. La esposa del actor y madre biológica de sus hijos falleció el 7 de mayo de 2003.

En fecha 28 de mayo de 2018 fue formalizado recurso de suplicación frente a la sentencia por el demandante, en el que se alegaba discriminación por razón de sexo, al impedírsele acceder a la bonificación solicitada. El recurso fue impugnado por la representación procesal del INSS, destacando que la literalidad del complemento por maternidad reclamado es clara, al establecer su exclusividad solo para las mujeres.

El objeto del recurso se centraba en la aplicación del complemento por maternidad regulado en el [artículo 60 de la LGSS](#) al padre varón pensionista de jubilación contributiva, con cuatro hijos biológicos, al haber fallecido en 2003 la esposa y madre biológica.

3. Razones que fundamentan el planteamiento de la cuestión prejudicial

3.1. El complemento por maternidad. Requisitos

En aplicación estricta de la norma reguladora del complemento por maternidad, actual [artículo 60 de la LGSS](#), se acota su aplicación exclusivamente a las mujeres, por motivo de «su aportación demográfica a la Seguridad Social», siendo los requisitos generales acumulativos para su aplicación, con las salvedades contempladas en los párrafos que van del segundo al sexto, los siguientes:

- Ser mujer.
- Ser beneficiaria de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad.
- Haber tenido hijos biológicos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente.

Los requisitos generales para el acceso al complemento excluyen, por tanto, a los pensionistas varones.

3.2. Finalidad del complemento por maternidad

La causa por la que se regula el llamado complemento por maternidad es, literalmente, «por la aportación demográfica» de las mujeres a la Seguridad Social, lo que parece justificar que se acote su reconocimiento exclusivamente respecto a las madres pensionistas. La norma pretende compensar, a modo de acción positiva, la aportación a la demografía realizada por las mujeres mediante la maternidad y el esfuerzo asociado a tal maternidad, suavizando así las históricas discriminaciones que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres y han sido generadoras de la brecha de género en las pensiones. Por ello se excluye incondicionalmente a los padres pensionistas. Esta finalidad, u objetivos del complemento controvertido, se contiene de forma expresa en la enmienda aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en la que trae su origen esta bonificación⁴:

El complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social se fundamenta en la consecución de los siguientes objetivos principales:

- 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.

Por tanto, el concepto de «maternidad» utilizado por la norma refiere a una interpretación amplia del término e incluye a los hijos/as adoptivos/as, es decir, trasciende de la maternidad biológica y se vincula a la práctica de los cuidados proyectados sobre los descendientes, siendo la situación protegida la pérdida de oportunidades laborales o inferior cotización que conlleva irremediablemente el tiempo dedicado al cuidado de hijos e hijas, pues tal «trabajo» carece de reconocimiento social o contributivo al sistema de la Seguridad Social, excepto en los casos legales tasados en los artículos 235, 236 y 237 de la LGSS (protección a la familia), que reconocen cotizaciones ficticias por el parto, como hecho físico de la maternidad, reconociéndose por ello tal derecho exclusivamente a las mujeres (art. 235 LGSS). También se reconocen bonificaciones para compensar los defectos de cotización surgidos en torno al nacimiento, adopción o acogimiento de un menor, presumiblemente derivados del tiempo dedicado a su cuidado y por la posible repercusión en el mantenimiento del empleo, reconociéndose este beneficio a uno de los progenitores y, en

⁴ Enmienda número 4.242 del Grupo Parlamentario Popular.

caso de controversia, se otorgará a las mujeres ([art. 236 LGSS](#)). Y, por último, en el [artículo 237 de la LGSS](#) se reconocen bonificaciones durante ciertos periodos limitados temporalmente por cuidado de hijos/as y otros familiares, tanto para mujeres como para hombres (excedencias, reducción de jornada).

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

En primer lugar debe analizarse si estamos, o no, ante una situación comparable, pues la jurisprudencia de la Unión Europea ha admitido que el principio de igualdad de retribución consagrado en el [artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea \(TFUE\)](#) ([antiguo art. 141 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea –TCE–](#)) no solo se opone a la aplicación de disposiciones que establezcan discriminaciones directamente basadas en el sexo, sino también a la aplicación de disposiciones que mantengan diferencias de trato entre trabajadores y trabajadoras en virtud de criterios no fundados en el sexo, cuando tales diferencias de trato no puedan explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo (Sentencias de [9 de febrero de 1999, asunto C-167/97, Seymour-Smith y Pérez](#) –apdo. 52–, y [6 de diciembre de 2007, asunto C-300/06, Voß](#) –apdo. 25 y jurisprudencia citada–).

La jurisprudencia del TJUE ha venido admitiendo las acciones positivas a favor del sexo femenino, para la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y para la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y el parto, por otra (Sentencias de [12 de julio de 1984, asunto C-184/83, Hofmann](#), apdo. 25; [14 de julio de 1994, asunto C-32/93, Webb](#), apdo. 20; [30 de junio de 1998, asunto C-394/96, Brown](#), apdo. 17, y [1 de febrero de 2005, asunto C-203/03, Comisión/Austria](#), apdo. 43).

No obstante, el «complemento por maternidad» español no se vincula a la maternidad biológica, el embarazo o el parto, sino a la crianza de hijos/as, por ser un factor que reduce negativamente en la carrera profesional e ingresos salariales de las mujeres trabajadoras. Los cuidados de hijos/as han sido históricamente asumidos por las mujeres, no por una cuestión biológica o vinculada al sexo, sino por razones culturales y sociales que se vinculan al género, al asignárseles el rol de cuidadoras y a los hombres el de proveedores del hogar.

No obstante, la práctica de cuidar *de facto* puede ser desempeñada tanto por mujeres como por hombres. Promover socialmente la implicación de los padres en la crianza de hijos/as es un avance hacia la corresponsabilidad y, por tanto, la igualdad real entre mujeres y hombres. Por ello, las situaciones de un trabajador y una trabajadora, padre y madre respectivamente de niños/as de corta edad, son comparables en relación con la necesidad en que pueden

encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar del hijo/a (Sentencias de [29 de noviembre de 2001, asunto C-666/99, Griesmar](#), apdo. 56, y [19 de marzo de 2002, asunto C-476/99, Lommers](#), apdo. 30, en relación con el acceso a servicio de guardería).

3.3. Exclusión incondicional de los padres pensionistas. Ausencia de cláusula de salvaguarda

La literalidad en la redacción del complemento por maternidad presume en todos los casos que tal crianza (de descendientes biológicos o adoptados) recaerá exclusivamente en las madres. Pero limitar el ámbito subjetivo exclusivamente al colectivo femenino presupone legalmente que los varones no cuidan a los hijos/as y, por tanto, se les niega legalmente su «aportación demográfica». Y aunque estadísticamente los cuidados recaigan mayoritariamente sobre las mujeres, no por ello podemos excluir a los padres de forma tan absoluta y radical.

Tal exclusión, sin cláusula de salvaguarda alguna, destierra del complemento a aquellos padres que, como en el caso del demandante, puedan probar que han asumido en solitario el cuidado de sus hijos/as y, por tanto, han hecho una contribución demográfica. Aportación que se hace más evidente al haber fallecido su esposa y madre biológica de sus hijos. También se excluyen del acceso a la bonificación otras situaciones similares, por ejemplo, familias monoparentales de hombres, parejas homosexuales, adopciones de hijos o hijas realizadas por varones o casos en los que por otras razones pudiera demostrarse que los cuidados y crianza de descendientes biológicos o adoptivos han recaído de forma exclusiva en los padres.

4. La duda interpretativa

La duda interpretativa que suscita el planteamiento de cuestión prejudicial es si esta exclusión absoluta e incondicional de los padres trabajadores puede considerarse una diferencia de trato por razón de sexo injustificada, y discriminatoria, en determinadas circunstancias excepcionales, como en el caso de los padres viudos que, habiendo dedicado tiempo y esfuerzo a la crianza de sus hijos/as, quedan excluidos del citado complemento.

El caso que nos ocupa tiene gran similitud al resuelto por la [Sentencia del tribunal europeo de 29 de noviembre de 2001, asunto C-366/99, caso Griesmar](#), que analizó el carácter discriminatorio de una norma francesa que atribuía cotización ficticia a las funcionarias que hubieran sido madres en el momento en que accedieran a la pensión de jubilación. El beneficio era automático a las madres de hijos/as biológicos/as y adoptados/as, si se cumplía el requisito de haberse dedicado a sus cuidados durante un periodo mínimo de 9 años. El Gobierno francés, al igual que sucede en el complemento por maternidad español, defendió la legalidad de la controvertida bonificación, porque estaba destinada «a compensar las desventajas a las que se enfrentan las funcionarias, con hijos en su vida profesional, aunque no hayan dejado de trabajar» (apdo. 51).

4.1. Similitudes con el caso Griesmar

- a) En el [caso Griesmar](#), como en el presente, la bonificación o complemento no se vincula al parto ni al permiso de maternidad, sino a la crianza de los hijos/as. Ello queda más claro en el caso español, porque el [artículo 235 de la LGSS](#) regula expresamente una cotización ficticia a favor de las mujeres madres pensionistas por razón de cada parto natural⁵.
- b) En ambos casos, el legislador/a nacional parte de la presunción de que tanto los hijos/as naturales como adoptivos/as son cuidados en el hogar exclusivamente por las madres.
- c) Las situaciones de padres y madres pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos/as, porque, aunque ciertamente las mujeres asumen estadísticamente más este «trabajo», ello no puede excluir incondicionalmente la posibilidad de comparación con aquellos padres que asuman en exclusiva el cuidado de sus hijos/as y que, por esa razón, hayan podido sufrir las mismas desventajas en su carrera.
- d) En ambos casos, ni la norma francesa ni la española permiten al padre pensionista, que se encuentre en tal situación, beneficiarse de la bonificación, aun cuando pudiera probar que ha asumido efectivamente el cuidado de sus hijos/as, o incluso en los casos de ausencia de las madres (biológica o adoptiva) durante la crianza por fallecimiento.

En el [asunto Griesmar](#) se puso de manifiesto que la medida controvertida no estaba destinada realmente, a pesar de las alegaciones del Gobierno francés:

(...) a compensar las desventajas que sufren en su carrera las funcionarias, ayudándolas en su vida profesional. Por el contrario, esta medida se limita a conceder a las funcionarias que sean madres una bonificación de la antigüedad en el momento de su jubilación, sin aportar ningún remedio a los problemas que puedan encontrar durante su carrera profesional (apdo. 65).

⁵ Artículo 235 de la LGSS. Periodos de cotización asimilados por parto.

A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las 16 semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple.

Por tanto, el tribunal europeo constató la existencia de una diferencia de trato por razón de sexo con respecto a los padres funcionarios que hubieran asumido efectivamente el cuidado de sus hijos/as y considera que la bonificación concedida a las madres funcionarias no constituye una medida destinada a ayudar a las mujeres en su vida profesional, porque, al concederse en el momento del cese de la actividad, no es un remedio efectivo a los problemas a los que han tenido que enfrentarse las mujeres durante su carrera profesional derivados de la práctica de cuidar.

Lo relevante de la regulación francesa, al igual que ahora ocurre con el [artículo 60 de la LGSS](#), es la total exclusión de los padres trabajadores, aunque efectivamente se hubiesen dedicado a cuidar de sus hijos/as. Por ello se determinó que la atribución exclusiva de la cotización ficticia a la madre funcionaria vulneraba el principio de igualdad.

4.2. Jurisprudencia europea aplicable al caso

En conexión con la anterior sentencia, fue dictada posteriormente la de [17 de julio de 2014, asunto C-173/13, caso Leone](#), siendo parte también el mismo Estado francés. En este caso se declara que determinadas ventajas concedidas al personal funcionario en materia de jubilación establecen una discriminación indirecta por razón del sexo. Dicha desigualdad de trato deriva de un requisito que cumplen sistemáticamente las funcionarias gracias al carácter obligatorio del permiso por maternidad, de modo que una madre, por el simple hecho de serlo, accedía automáticamente al beneficio, pero no ocurría lo mismo en el caso de los padres funcionarios. Además, se declaró que la norma no estaba justificada, ya que no respondía verdaderamente al empeño en alcanzar el objetivo legítimo de política social invocado por Francia.

También debe destacarse, en esta tendencia jurisprudencial de eliminar las normas que atribuyen exclusivamente a las madres determinados beneficios o ventajas relacionadas con el cuidado de los hijos/as, la [STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09, caso Roca Álvarez](#), que incorpora el concepto de corresponsabilidad como criterio de interpretación en la acomodación al derecho de la Unión Europea de la normativa española (permiso de lactancia). En esta sentencia se determinó que la preferencia materna de ciertos beneficios vinculados a los cuidados de hijos/as puede implicar una perpetuación de roles de cuidado que puede dirigirse en contra de las mujeres. Y se calificó de discriminatoria la preferencia legal femenina, con posibilidad secundaria de disfrute por el padre, sobre un permiso parental (lactancia), ello con base en que la naturaleza del permiso, pese a su denominación, ha quedado desvinculada del amamantamiento por parte de la madre, considerándose en la actualidad un tiempo de cuidado a favor del hijo/a.

Por último, la [STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-222/14, caso Maïstrellis](#), en su apartado 50 recuerda que un permiso parental condicionado en el caso del padre a que la madre trabaje, lejos de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida pro-

fesional, puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental (*vid.*, en este sentido, las Sentencias [Lommers](#), apdo. 41, y [Roca Álvarez](#), apdo. 36).

5. Planteamiento de la cuestión prejudicial

Con base en lo expuesto, las cuatro dudas interpretativas generadas a la sala canaria, en relación con el «complemento por maternidad», son las siguientes:

- a) Si el complemento por maternidad, tal y como está redactado, vulnera el principio de igualdad de retribución ([art. 157 TFUE](#)) en la medida en que excluye incondicionalmente de la bonificación/complemento que establece para el cálculo de las pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente a los pensionistas padres que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as por haber fallecido la madre. Y si tal bonificación es discriminatoria por razón de sexo a tenor de las Directivas [79/7/CEE](#) y [76/207/CEE](#), de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE referenciada anteriormente⁶.
- b) Si vulnera la [Directiva 79/7/CEE](#) (art. 4.1), respecto a las condiciones de acceso al complemento por maternidad, al excluirse de forma incondicional a los padres, incluso en los casos en los que se pueda demostrar que se han ocupado de la crianza de los hijos/as de forma exclusiva, como es el caso del demandante, tras el fallecimiento de la madre biológica.

Es cierto que en el caso [Griesmar/Leone](#) no fue analizada específicamente esta directiva, pues se trataba de un supuesto de discriminación retributiva, pero creemos que dicha doctrina es perfectamente aplicable al presente caso, porque procede directamente del TFUE, porque entra en el análisis de conceptos y porque, aunque en la [Directiva 79/7/CEE](#) admite solo diferencias por razón de sexo de carácter temporal, la obligación principal es la de remover las diferencias. Efectivamente, el artículo 7 de la [Directiva 79/7/CEE](#) admite diferencias de trato en materia de Seguridad Social entre hombres y mujeres por razón del cuidado de hijos/as, pero lo hace solamente con carácter transitorio, estableciendo expresamente la obligación de

⁶ Esta primera duda interpretativa da lugar a la primera pregunta de la cuestión prejudicial:

¿El artículo 157 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que el «complemento por maternidad» concurrente en las pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, como el controvertido en el asunto principal que excluye de forma absoluta e incondicional a los padres pensionistas que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as, es causa de discriminación en materia de retribución entre trabajadoras-madres y trabajadores-padres?

- que los Estados miembros eliminen progresivamente las diferencias entre hombres y mujeres que pudieran existir en el momento en que se aprobó la directiva (art. 7.2 [Directiva 79/7/CEE](#)), de lo que se infiere que la misma no admite la generación *ex novo* de tratamientos diferenciados en materia de Seguridad Social por razón del cuidado de los hijos/as⁷.
- c) Si vulnera la [Directiva 76/207/CEE](#) (art. 2, apdos. 2, 3 y 4), de acuerdo con la interpretación dada por el TJUE, que establece que los tratos beneficiosos exclusivamente atribuidos a mujeres solo caben en materia de embarazo y maternidad, pero no pueden trascender al cuidado de hijos/as. Por tanto, existe una vinculación entre las responsabilidades en la práctica del cuidado y la discriminación por razón de sexo, porque la exclusión absoluta de los padres en el acceso a bonificaciones vinculadas a esta finalidad, en casos como el presente, perpetúa la asignación de roles de género y con ello las discriminaciones por razón de sexo⁸.
- d) Y si la exclusión del demandante del acceso a la bonificación derivada del complemento de maternidad español se opone al mandato de no discriminación contenido en el artículo 21.1 de la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)⁹.

⁷ Esta segunda duda interpretativa da lugar a la segunda pregunta de la cuestión prejudicial:

¿La prohibición de discriminación por razón de sexo establecida en el artículo 4.1 de dicha 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 ser interpretada en el sentido que se opone a una norma nacional como el artículo 60 del 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, que excluye de forma absoluta e incondicional de la bonificación que establece para el cálculo de pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente a los padres pensionistas que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as?

⁸ Esta tercera duda interpretativa da lugar a la tercera pregunta de la cuestión prejudicial:

¿El artículo 2 (párrafos 2.º, 3.º y 4.º) 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 como la controvertida en el litigio principal, que excluye de forma absoluta e incondicional de la bonificación que establece para el cálculo de pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente a los padres pensionistas que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as?

⁹ Esta cuarta duda interpretativa da lugar a la cuarta pregunta de la cuestión prejudicial:

¿La exclusión del demandante del acceso a la bonificación derivada del «complemento por maternidad» español se opone al mandato de no discriminación contenido en el artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01)?

6. Conclusiones

La práctica de cuidar, cuya faz es femenina, es imprescindible para el sostenimiento de la vida cotidiana, pero también para la adquisición de valores, destrezas y habilidades de gran utilidad para el crecimiento humano y la gestión pacífica de los conflictos.

Precisamente por ello, el miedo a los valores asociados a la feminidad ha sido esencial en la socialización militar, sustentada sobre los principios de autoritarismo, obediencia y disciplina, que colisionan frontalmente con todas aquellas emociones que supongan una amenaza a la ferocidad exigida en las profesiones armadas. El afecto, la ternura o el cuidado son un desafío a la aceptación incondicional de la autoridad y, por ello, esos valores fueron erradicados y confinados a las esferas privadas y femeninas. Las mujeres no eran consideradas aptas para las guerras y, en consecuencia, también se les ha negado históricamente su participación en la solución de conflictos armados.

Lo anterior tiene mucho que ver con los estereotipos y la asignación social de roles de género, que predeterminan a los hombres para la autoridad y la responsabilidad y a las mujeres para la sumisión, los cuidados y la dependencia, de manera que es más probable que los hombres combatan el miedo con agresión y las mujeres con obediencia. Pero la perspectiva del cuidado ni está biológicamente determinada ni tampoco es exclusiva de las mujeres.

El denominado «complemento por maternidad», analizado en este artículo, forma parte de las políticas sociales que, con retraso e insuficiencia, intentan compensar mínimamente las sistémicas discriminaciones de las mujeres en un mercado laboral hostil que penaliza severamente la práctica de cuidar a otros. Se trata de una medida necesaria que debiera acompañarse de muchas otras a implementar no tanto al final, sino durante la carrera profesional de unas trabajadoras que intentan competir con grandes dificultades en un mundo de trabajo esculpido sin perspectiva de género.

Es obvio que esta bonificación debe aplicarse, como regla general, a favor de las madres pensionistas, al ser ellas estadísticamente las más perjudicadas por la brecha laboral y de pensiones derivada del tiempo y el esfuerzo no retribuidos invertidos en el cuidado de sus hijos e hijas. Pero también se hace necesario, para no incurrir en discriminación por razón de sexo (masculino), a tenor de la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea, incluir en la redacción del complemento una cláusula de salvaguarda que permita su extensión excepcional a padres trabajadores que puedan probar la asunción exclusiva del cuidado de sus hijos/as en casos como el analizado aquí, en el que la madre biológica falleció cuando algunos de los hijos eran aún menores. Solo así podremos caminar hacia una sociedad más corresponsable, dejando atrás la asignación de roles y estereotipos sexistas, que apuntalan el *status quo* de las discriminaciones del siglo XXI.

La práctica de cuidar no tiene sexo, tiene género. Por ello, la solución pasa por promover un cambio real de paradigmas sociales donde la práctica de cuidar se convierta en



el centro de las políticas sociales, haciéndose extensible a la otra mitad de la población. Hay que cambiar la ética del cuidado feminizada por la ética del cuidado humanizada, para caminar hacia una sociedad más pacífica e igualitaria. El cuidado y la asistencia no son asuntos de mujeres, sino intereses humanos universales. La violencia genera violencia, el cuidado genera cuidado.

Referencias bibliográficas

Magallón Portolés, C. (1998). Contribuciones feministas a una política de paz. En A. M. Portal Nieto (Ed.), *Mujeres, derecho, participación política y empleo* (pp. 85-106). Castellón de la Plana: Comunidad Europea: Fondo Social Europeo, Universitat Jaume I, Proyecto NOW 1998.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0