

# LA SINGULAR APLICACIÓN DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Salvador Perán Quesada

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Coordinador del Observatorio Jurídico Laboral de la Violencia de Género  
Universidad

## I. COMPLEMENTO POR MATERNIDAD, CONTRIBUCIÓN DEMOGRÁFICA E IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN RELACIÓN CON LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. CONSIDERACIONES GENERALES

El complemento por maternidad está dirigido a mejorar las pensiones de carácter contributivo - sean por jubilación, incapacidad permanente o viudedad -, de aquellas mujeres que hayan contribuido a la “sostenibilidad” del sistema de pensiones por una doble vía, a través de la maternidad -sea esta biológica o por adopción - con al menos dos hijos y a través de sus propias cotizaciones sociales derivadas de su actividad laboral o profesional – o en el caso de la pensión de viudedad a través de las cotizaciones de su cónyuge -. Si bien el propio precepto incorpora una justificación para dicha medida, “la contribución demográfica”, su naturaleza jurídica de acción positiva, dirigida exclusivamente a la mujer nos obliga a incorporar la perspectiva de género en su análisis.

Dos ideas fuerza se van a hacer presentes en este complemento, en primer lugar, la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social por la vía de la mejora demográfica, y, en segundo lugar, compensar las especiales dificultades que la maternidad ocasiona en las carreras profesionales de las mujeres y por tanto en el acceso a las prestaciones sociales. En relación con la primera idea, el legislador va a incorporar un nuevo elemento jurídico para la valoración de las pensiones contributivas como es el de la “contribución demográfica”. Ciertamente las actuales tasas de natalidad representan un factor de riesgo privilegiado para la sostenibilidad del sistema de pensiones, y, por tanto, encarna una justificación suficiente para la adopción de esta y otras medidas - quizás de mayor efectividad como mejorar el sistema público de guarderías o favorecer la conciliación familiar desde la óptica de la corresponsabilidad - dirigidas a fomentar o favorecer el nacimiento de hijos. En relación con la segunda idea, dicha contribución demográfica va a quedar vinculada necesariamente a las circunstancias de discriminación históricas que las mujeres muestran en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social, dado su marco subjetivo limitador.

Esta medida fue reflejo de una propuesta del Pacto de Toledo<sup>1</sup> por la cual se pretendía incorporar la dimensión de género en el sistema de pensiones. De este modo, *no es el hecho del parto en sí mismo*, esto es, no es la contribución en sí mismo a la natalidad lo que motiva o justifica este complemento, *sino la necesidad de paliar las consecuencias negativas que las mujeres experimentan en su vida laboral*<sup>2</sup>, con el correspondiente reflejo en las prestaciones de la Seguridad Social, a causa de tener hijos

---

<sup>1</sup> Recomendación XVII del informe del Pacto de Toledo de 2011, asumido por el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-17, e incorporado en el artículo 60 LGSS a través de la D.F. 2ª Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

<sup>2</sup> Criterio de gestión del INSS 24/2017 de 30 de octubre.

biológicos o adoptados, circunstancia que, por otro lado, no deja de significar una aportación demográfica necesaria para el futuro sostenimiento del sistema de Seguridad Social cuya financiación está basada en el reparto. En este sentido, el INSS va a exigir, en los casos de hijos biológicos dados en adopción, *la filiación* para el reconocimiento de este complemento<sup>3</sup>, ya que bajo su juicio, *la aportación demográfica en sentido estricto se realiza por la madre biológica, por lo que tomando sólo en consideración este criterio no se justificaría la inclusión de la madre adoptiva como beneficiaria del complemento*, de este modo incorpora la perspectiva de género para reconocer a la madre adoptiva el complemento dado que *en último término, la norma persigue la igualdad material entre mujeres y hombres con el objeto de evitar los efectos perjudiciales que en el mundo laboral sufren las primeras con motivo de asumir una mayor dedicación en el cuidado y educación de los hijos (brecha salarial, "techo de cristal", mayor parcialidad en el empleo, mayores períodos de interrupción de la vida laboral por cuidados de hijos, etc)*<sup>4</sup>.

Este complemento va a venir a mejorar diferentes pensiones con dinámicas muy distintas, lo que implica que sus efectos y caracteres diferirán notablemente entre su aplicación a la pensión de viudedad y su aplicación a las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente, justificando su análisis singularizado. Ciertamente, el hecho de que la pensión de viudedad sea una prestación radicalmente feminizada (el 92,3% de sus beneficiarios son mujeres), y que la mujer muestre una especial dificultad para el disfrute de la pensión contributiva de jubilación (apenas un 37,5% de beneficiarios son mujeres, que cobran una pensión media de 781,10 euros, por los 1.232,83 euros que perciben de media los varones)<sup>5</sup> hace especialmente relevante observar su aplicación y efectos de modo específico a la pensión de viudedad<sup>6</sup>. Al ser una prestación de naturaleza derivada en la que se protege el lucro cesante por el fallecimiento del cónyuge, se desconecta su ámbito de protección de la laboralidad de la beneficiaria a la que se le aplica el complemento -aunque no lo impide-, lo que implica que su carácter contributivo<sup>7</sup> juega un papel diferenciado respecto a los demás supuestos.

Adicionalmente, la incorporación de la perspectiva de género nos va a permitir un doble análisis, en primer lugar, de su configuración jurídica, y, en segundo lugar, de su naturaleza jurídica de acción positiva. Diferentes elementos van a venir a limitar su alcance y eficacia, llegando a desnaturalizar los rasgos definitorios sobre los que el legislador planteó esta figura.

## **II. LIMITACIONES SIGNIFICATIVAS EN EL ÁMBITO APLICATIVO DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD**

---

<sup>3</sup> Y que el *neonato* adquiera personalidad civil. En consecuencia, a efectos del reconocimiento de dicho complemento es necesario que el hijo nacido haya adquirido personalidad civil de conformidad con lo establecido en el Código Civil. Criterio de gestión del INSS 24/2017 de 30 de octubre.

<sup>4</sup> Criterio de gestión del INSS 1/2018 de 1 de febrero.

<sup>5</sup> INSS (2018) *Anuario estadístico 2017*.

<sup>6</sup> Téngase en cuenta que en caso de concurrencia entre la pensión de jubilación y la de viudedad, este complemento se aplicará a la pensión de jubilación.

<sup>7</sup> Concretado en la necesidad de que el cónyuge haya completado un período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión, salvo que la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, para lo que no se exigirá ningún período previo de cotización.

## 2.1. Por su exclusivo carácter contributivo

El complemento por maternidad tiene a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva<sup>8</sup>, siendo su metodología sencilla. La pensión sobre la que se aplique se verá incrementada con un complemento variable consistente en aplicar a la cuantía inicial un porcentaje determinado en función de los hijos nacidos previamente al hecho causante: un 5% en el caso de 2 hijos, un 10% en el caso de 3 hijos y un 15% en el caso de 4 o más hijos, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 60 LGSS.

La primera queja se deriva de que solo beneficiará a aquellas mujeres capaces de alcanzar una prestación de naturaleza contributiva, lo que, como primera consecuencia observamos la exclusión de aquellas otras que no alcancen el periodo mínimo de cotización para dichas prestaciones contributivas, independientemente de que hayan cumplido con la *sostenibilidad* del sistema a través de la maternidad numerosa. Esto significa una penalización particular de aquellas mujeres que se vean sometidas a los estados de necesidad más acuciantes, y que hayan sido excluidas del mercado de trabajo con mayor intensidad por el hecho de ser mujer y lo que aun es peor, por el hecho de ser mujer y madre. Ciertamente, la desigualdad de género se manifiesta de formas diferentes en función de los distintos contextos sociales, históricos y culturales, lo que da lugar a diferentes cuestiones sociales del género, por lo demás, estrechamente relacionadas con el conjunto de desigualdades sociales que configuran la realidad social. Las políticas que se pretendan de género deberán incorporar una visión crítica sobre el modo en que colectivamente se gestiona la maternidad, la educación, la crianza, etc..., y la invisibilidad del conjunto de trabajos productivos y reproductivos vinculados a los cuidados para el sostenimiento de la propia vida, y las condiciones necesarias para un desarrollo humano sostenible.

Las aristas son numerosas y, de forma genérica, hacen referencia al papel de subordinación de la mujer en las economías productivas. La relación entre el trabajo remunerado, el trabajo doméstico y el trabajo de las mujeres, es una relación compleja, que ha sido profundamente transformada en los últimos años. La mujer se ha incorporado al mercado de trabajo de forma generalizada, acontecimiento motivado y acompañado de cambios sociales y culturales de gran calado, que han permitido que aquellos roles tradiciones que concernían a la mujer exclusivamente al ámbito privado o familiar se hayan debilitado o más bien modificado. Pero ¿ha supuesto una alteración sustancial de los roles sociales asumidos por mujeres y hombres?, es decir, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo ¿ha puesto en crisis el conjunto de valores patriarcales que determinaban el lugar y las funciones de cada sexo en la sociedad? De un modo intuitivo diríamos que no. Pero en todo caso la respuesta es mucho más compleja. Hay elementos de naturaleza objetiva que deben ser tenidos en cuenta, como pueda ser la relación entre el sexo y el trabajo productivo remunerado<sup>9</sup>, pero hay otros elementos muy importantes

---

<sup>8</sup> Comparte aquellos periodos de cotización asimilados al parto que su reconocimiento se obtendrá de modo independientemente del lugar donde se haya producido el parto, en coherencia con la STS 525/2016, de 14 de junio y el Criterio de gestión del INSS 27/2016 de 15 de diciembre.

De igual modo, cabe la posibilidad de renuncia siempre que tenga por finalidad adquirir un derecho a otra prestación de Seguridad Social más favorable y que ello no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros. Su carácter complementario respecto de una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente no obsta, de este modo, para que se admita la renuncia a dicho complemento. Criterio de gestión del INSS 8/2017 de 18 de abril.

<sup>9</sup> Son bien conocidos el diferente nivel de población activa, paro, precariedad laboral entre las mujeres y hombres.

de naturaleza subjetiva, que relacionan políticamente el papel de las mujeres con la *ética de la responsabilidad de los cuidados*<sup>10</sup>, que son centrales para determinar los cambios sociales que se persiguen.

Esto significa que determinados roles sociales han cambiado y que otros no lo han hecho de igual modo. Efectivamente, para la mujer de hoy no existe una distinción nítida entre su función productiva y reproductiva, entre su dimensión como soporte *afectivo* de la familia y de sostén *económico* de la misma. Las mujeres viven atrapadas en un *sincretismo de género*<sup>11</sup> que las constriñe a cuidar de su familia a la manera tradicional y, a la vez, lograr su desarrollo individual para formar parte del mundo laboral, a través del éxito y la competencia. La nueva dimensión de las normas de género conserva su sesgo patriarcal al superponer los *viejos* roles femeninos a su *nueva* dedicación laboral, lo que nos permite señalar la persistencia del cuidado familiar y doméstico como cuestión preeminentemente de mujeres a pesar de que éstas desempeñan una creciente actividad en el ámbito público y de la existencia de políticas específicas para promover la incorporación de los hombres a las actividades del hogar.

Al reconocer este complemento exclusivamente a las prestaciones contributivas se desvincula de la necesidad concreta que justificaría dicha medida. Al penalizar a aquellas mujeres o bien que hayan asumido un rol exclusivamente de cuidadoras en el ámbito doméstico o bien no hayan conseguido una carrera profesional reglada, marcada en muchos casos por la extrema precariedad, el trabajo no declarado o la parcialidad de su jornada laboral y, por consiguiente, *premiar* a aquellas capaces de compaginar el trabajo retribuido y no retribuido<sup>12</sup>, se debilita el fin último de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

El objeto de esta medida no deberá de ser otro que el de compensar aquellas desventajas profesionales derivadas de la maternidad o el cuidado de menores a la vez de fomentar la natalidad, por lo que no aparece nítida la razón por la que las prestaciones asistenciales deban ser excluidas de su aplicación<sup>13</sup>. Ciertamente, el Tribunal Constitucional va a reconocer las facultades del legislador para configurar distintos niveles de cobertura en base al marco definido en el artículo 41 CE en tanto que las situaciones de necesidad objeto de nuestro Sistema de Seguridad Social *han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales*. Así compete al legislador regular, en base a las circunstancias particulares, las distintas condiciones y alcance de las prestaciones de Seguridad Social, sin que quepa al Tribunal Constitucional *interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto*

---

<sup>10</sup> TOBIO, C. (2012) *Cuidado e Identidad de Género. De las madres que trabajan a los hombres que cuidan*, Revista Internacional de Sociología, vol.70, nº 2, Mayo-Agosto.

<sup>11</sup> LAGARDE, M. (2003) *Mujeres cuidadoras: entre la obligación y la satisfacción*, en SARE 2003 *Cuidar Cuesta: costes y beneficios del cuidado*, Emakunde.

<sup>12</sup> DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. L. (2016) *Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el complemento por maternidad*, Revista de Derecho Social, nº 76. Pag. 130.

<sup>13</sup> De hecho resulta chocante que dicho complemento haya sido integrado en el capítulo IV de la LGSS dedicado a la acción protectora, cuando su ámbito de aplicación se verá limitado a las pensiones contributivas mencionadas.

*del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable*<sup>14</sup>.

Si las razones de la exclusión tienen fundamentos exclusivamente económicos, parecerían débiles, ya que, precisamente, la dimensión asistencial de nuestro sistema de Seguridad Social no viene a comprometer su viabilidad económica dada sus diferentes fuentes de financiación. Su financiación a través de los presupuestos generales del Estado podría en todo caso justificar un marco regulatorio singular, más que la completa exclusión del ámbito asistencial.

## **2.2. Limitaciones materiales y temporales**

Si bien la principal queja es su excesiva contributividad, no cabe duda que su configuración jurídica va a establecer un marco objetivo limitador de la eficacia y aplicación de este complemento. Por una parte, porque carece de carácter retroactivo, lo que significa que solo aquellas prestaciones generadas a partir del 1 de enero del 2016 van a poder ser mejoradas por esta vía. Ciertamente se va a venir a excluir a aquellas mujeres que protagonizaron las mayores tasas de natalidad en el último siglo, y, por tanto, el ahorro por esta vía va a ser significativo. Por otra parte, al establece el número mínimo de hijos en dos para ser beneficiaria de esta mejora, se verán excluidas todas mujeres que no alcancen al menos esta cifra.

Desde un punto de vista técnico jurídico, cabe hacerse una consideración adicional. El nacimiento de los hijos debe haberse producido antes del hecho causante para que puedan ser computados a efectos del complemento. Esto significa que aquellos hijos nacidos con posterioridad al reconocimiento de la pensión correspondiente no serán tenidos en consideración, como si los nacimientos adicionales desnaturalizasen dicha prestación de algún modo desconocido. No existe justificación alguna para dicha circunstancia, máxime cuando se den los elementos de contributividad suficiente y sostenibilidad del sistema por vía de la contribución demográfica. Piénsese por ejemplo una madre embarazada de su segundo hijo que sufre la pérdida de su cónyuge justo antes del nacimiento, habiéndose dado las cotizaciones suficientes para generar el derecho a la pensión de viudedad y que por tanto no vería mejorada su prestación por mucho que todos los demás elementos objetivos y subjetivos se cumplieren.

En otro orden de cosas, la aplicación de este complemento va a verse también condicionado por los distintos topes de las pensiones contributivas. Así, en el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente supere la pensión máxima sin la aplicación de este complemento, el cómputo tanto de la pensión como del complemento no podrá superar un 50 % del complemento correspondiente, y, en el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida alcanza la pensión máxima aplicando solo parcialmente el complemento, se percibirá el 50 % de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento. Por otra parte, si la pensión inicialmente causada no alcanzase la cuantía mínima, este complemento se aplicará a la cuantía resultante de la aplicación de los complementos a mínimos<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> STC 197/2003 de 30 de octubre.

<sup>15</sup> No olvidemos el importante papel que los complementos a mínimos han jugado históricamente con relación a la pensión de viudedad, en especial por la escasa cuantía de estas pensiones. En todo caso, el incremento del porcentaje aplicable para la determinación de la pensión de viudedad hasta el 70% de la base reguladora ha tenido como consecuencia el trasvase de fondos de uno a otro mecanismo de protección. Pero si la pensión de viudedad es una pensión feminizada, también lo han sido los complementos a mínimos

### III. LA PARADIGMÁTICA INCORPORACIÓN DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD EN LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

El carácter paradigmático se deriva del hecho que dicho complemento se presenta como un factor de sostenibilidad para nuestro sistema de Seguridad Social, lo que contrasta, sin lugar a duda, con las políticas y dinámicas mantenidas en las últimas reformas de nuestro marco de previsión social. La reducción de la tutela pública en el ámbito de las relaciones laborales tuvo como consecuencia directa la pauperización de las condiciones laborales, el descenso de las rentas del trabajo y la disminución de ingresos del sistema de Seguridad Social. Ante dicha circunstancia, las reformas de nuestro sistema de pensiones se fundamentaron en la reducción en la cuantía de la prestación, acercando al sistema hacia el asistencialismo y forzando a la vía de los sistemas complementarios de naturaleza privada a aquellos trabajadores que bien se lo puedan permitir o bien no deseen pasar sus últimos años de vida coqueteando con la pobreza.

La dinámica a corto plazo de ingresos y gastos de nuestro modelo de Seguridad Social nos sitúa ante el agotamiento técnico del fondo de reserva para el pago de las pensiones contributivas, ya que hemos jugado la carta de la recuperación económica a la precarización de las condiciones laborales, por lo que la variante de los ingresos no deja de descender o, en todo caso, no muestra la suficiente fortaleza como para asegurar su sostenibilidad en el tiempo – herida de muerte como se halla, por las insoportables tasas de desempleo -. A medio y largo plazo, la perspectiva es aun peor, factores estructurales relacionados con la evolución demográfica – incremento de la esperanza de vida y descenso de la tasa de natalidad – se unen a la persistencia de la crisis económica y a las particularidades de las políticas impulsadas por la Unión Europea dirigidas a imponer la austeridad y la reducción del gasto público social. De este modo, la única opción que se nos presenta como posible – desde esta óptica perversa - es la de revisar gastos y reducir el marco de protección social. En este contexto, los aproximadamente 21.000 millones de euros que se destinan actualmente al pago de la pensión de viudedad aparecen como chivo expiatorio apropiado, que liberen una carga considerable al marco contributivo de la Seguridad Social.

La pensión de viudedad ha servido para animar un debate en muchos casos contradictorio, llegando incluso a presentarse su defenestración – al menos de su exclusiva contributividad - como la salvaguarda necesaria para la sostenibilidad económica definitiva de nuestro sistema de Seguridad Social<sup>16</sup>. Parece evidente que una reforma de esta figura bajo esta lógica pasaría por una profunda reconfiguración de sus caracteres fundamentales en coherencia con el cambio de rumbo que nuestro modelo de

---

- GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>.D. (2013) *La cuantía de la pensión de viudedad. Complementos a mínimos y derecho a crecimiento*, en MORENO, M<sup>a</sup>.N.; MONEREO, J.L.; DIÁZ, T. (Directores) *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares. También de interés, VILLAR CAÑADA, I.M<sup>a</sup>. (2016) *Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: puntos críticos de la jurisprudencia más reciente*, nº 400, julio, CEF, Trabajo y Seguridad Social.<sup>15</sup>, por lo tanto, muestra una gran sensibilidad a las limitaciones operadas en esta figura de protección social.

<sup>16</sup> Máxime cuando la pensión de viudedad supone un gasto anual equivalente al 1,9% del PIB en España, frente al 1,7% de media en la UE-15, lo que en principio no parece una gran diferencia. Sin embargo, si lo comparamos con el gasto total en prestaciones sociales, el gasto medio en la UE-15 es del 25,9% su PIB, mientras que el de España es del 20,5 %, lo que supone que mientras que la UE-15 emplea sólo el 6,5% de su gasto en prestaciones sociales en pensiones de viudedad, este porcentaje sea del 9,26% en nuestro país.

previsión social está sufriendo en los últimos tiempos. ¿Qué implicaciones tendría un cambio estructural de estas pensiones? La primera y más importante, la mutación radical de esta figura del marco contributivo al asistencial. Ciertamente es una prestación que muestra claras deficiencias en su configuración jurídica que hace que su nivel de cobertura sea ineficaz e insuficiente lo que favorecería una reflexión en profundidad sobre la necesidad de su reforma. Lo que resulta más dudoso, en todo caso, es que su encuadramiento como prestación asistencial venga a resolver alguno de estos problemas.

La mayor queja que habitualmente se ha expresado a esta modalidad prestacional es su excesiva contributividad, que hace que solo aquel lucro cesante causado por el fallecimiento de un trabajador con cierto nivel de cotizaciones derive en una prestación económica para aquellas personas del núcleo familiar que lo sobrevivan. Una segunda queja recurrente es la enorme flexibilidad del ámbito subjetivo de protección, derivado del escaso carácter restrictivo de los requisitos de acceso a la condición de sujeto beneficiario, lo que implica que puedan disfrutar de esta pensión de forma vitalicia aquellas personas que dispongan de rentas de cualquier tipo y que, por tanto, no se encuentren en un estado real y manifiesto de necesidad.

Tiene sentido la existencia de una prestación contributiva, - que pueda ser completada con una de carácter asistencial -, con finalidad compensatoria sustitutiva de rentas originada por el fallecimiento de un familiar. Pero algunos elementos muestran un cierto grado de anacronismo, y requieran una reforma global y profunda, capaz de adaptarse a las nuevas realidades sociales derivadas de la nueva composición del mercado de trabajo y la nueva realidad económica de nuestro sistema de Seguridad Social, especialmente porque se aleja tendencialmente de la finalidad típica de las normas de derecho de la Seguridad Social, al desvincularse de la cobertura suficiente de estados de necesidad, y crear situaciones de sobreprotección y de infraprotección.

De este modo, aun manteniéndose las principales características del modelo contributivo, y en base al tenor del mandato constitucional del artículo 41 CE – y en menor medida 39 y 50 CE - y de los principios básicos de nuestro modelo de previsión social de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad contenidos en el artículo 2.1 LGSS, las prestaciones de la Seguridad Social, no se presentan - y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas - como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual.

El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de la Seguridad Social supone que este se configura como un régimen legal, en que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca. Si bien la doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional niega la existencia de un modelo concreto y cerrado de Seguridad Social y remarcan su carencia de la especial protección que gozan los derechos fundamentales, las normas ordinarias que lo desarrollen deberán respetar, en todo caso, su contenido esencial, que a criterio del Tribunal Constitucional será aquel conjunto de facultades o posibilidades de acción necesarias para que dicho derecho sea reconocible, incorporando aquella tutela necesaria para que los *intereses jurídicamente protegibles resulten real y efectivamente protegidos*<sup>17</sup>. Ciertamente, el cuadro de derechos contenidos en el artículo 41 de la CE es

---

<sup>17</sup> STC 11/1981.

un *minimum garantizado*, que el legislador a impulsos de la política jurídica o política social puede concretar<sup>18</sup>. La Seguridad Social se ha convertido en una auténtica función del Estado, lo que supone apartarse parcialmente de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias, sin que ello signifique en absoluto, que tal protección deba ser otorgada exclusivamente ante situaciones de necesidad.

La Constitución, pues, establece como finalidad de la Seguridad Social la reducción o eliminación de situaciones de necesidad, mediante asistencia o prestaciones sociales suficientes. Como consecuencia, - y aun cuando en un sistema parcialmente de tipo contributivo no pueda excluirse una correlación entre contribuciones y prestaciones - las previsiones constitucionales suponen que pase a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, tales situaciones habrán de ser determinadas y apreciadas, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento<sup>19</sup>. En este contexto, el legislador ha optado por una prestación insuficiente para satisfacer el mandato constitucional de protección ante los estados de necesidad, e ineficaz económicamente en base a las circunstancias de disponibilidad de recursos económicos en conexión con las necesidades de los distintos grupos sociales. Paradójicamente, la flexibilidad subjetiva para acceder a esta prestación es *directamente proporcional a la escasez del nivel de protección*<sup>20</sup>. Efectos que se transmiten directamente a la aplicación del complemento por maternidad a la pensión de viudedad.

Téngase en cuenta que este complemento representa un impulso diferenciado en favor de la mujer como expresión de una discriminación histórica, por lo tanto, en este ámbito preciso, se hacen más odiosas aquellas situaciones de infraprotección y sobreprotección características de esta figura, pero además, al ser una pensión vitalicia<sup>21</sup>, compatible con rentas del trabajo o con la percepción de la pensión de jubilación y de incapacidad permanente – siempre que no se superen los topes máximos -, se refuerza su desconexión con la finalidad asistencial de la prestación, ya que permite que beneficiarios con elevadas rentas, puedan cobrarla.

El mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 en relación con el artículo 14, debería servir de fundamento para que esta acción positiva contuviese una similar

---

<sup>18</sup> STC 103/1983.

<sup>19</sup> STC 65/1987.

<sup>20</sup> MORENO, M<sup>a</sup>.N.; MONEREO, J.L.; DIÁZ, T. (2013) *Prologo*, en MORENO, M<sup>a</sup>.N.; MONEREO, J.L.; DIÁZ, T. (Directores) *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares.

<sup>21</sup> lo que no deja de constituir por otra parte, una auténtica singularidad jurídica respecto a los países de nuestro entorno. En Bélgica se establece una edad mínima de 45 años, en Francia de 55, mientras que en Alemania se reconocen dos tipos de prestaciones, una del 55% de la potencial pensión de jubilación del causante para mayores de 45 años (o que tengan incapacidad permanente o hijos menores a su cargo) y otra del 25% durante dos años para aquellas viudas para menores de 45 años - OLARTE ENCABO, S. (2013) *Modelos comparados de protección social de viudedad*, en MORENO, M<sup>a</sup>.N.; MONEREO, J.L.; DIÁZ, T. (Directores) *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares.

valoración a la aportación demográfica – y en consecuencia a la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social – de todas las mujeres independientemente del criterio de la cotización.

En todo caso, la incorporación del complemento por maternidad a la pensión de viudedad debe ser celebrado por el hecho de ser una medida reformista, que no viene afectar a los gastos sino a mejorar los ingresos. Son necesarias políticas capaces de enfrentar los problemas estructurales de nuestro sistema más allá del desencanto, en este sentido, a expensas de su eficacia, al menos se señala un camino necesario a recorrer por nuestro sistema de previsión social.

#### **IV. EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO**

##### **3.1. Tratamientos diferenciados, acciones positivas y discriminación**

El complemento por maternidad posee naturaleza jurídica de acción positiva, ya que pretende paliar las especiales dificultades que las trabajadoras madres tienen en relación con el acceso a las prestaciones de Seguridad Social lo que justificaría que se dirija exclusivamente a las mujeres. Ciertamente es que aquellas acciones de carácter diferenciador relacionadas con la maternidad y el cuidado de menores han merecido una avanzada evolución en la medida en que la perspectiva de género ha ido asumiéndose normativa y jurisprudencialmente. De este modo, el complemento por maternidad debe ser analizado críticamente y en especial en aquello que pueda colisionar con las necesarias políticas de corresponsabilidad, en el sentido en que se compense de modo diferenciado a las mujeres por el hecho de ser madres, trabajadoras y cuidadoras, lo que puede llegar a favorecer el mantenimiento de roles indeseados<sup>22</sup>.

Es bien conocida la doctrina del Tribunal Constitucional en la que se entiende que el principio de igualdad y no discriminación *no implica que todos los casos deban recibir el mismo tratamiento legal con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica*<sup>23</sup>, de tal manera que toda desigualdad de trato normativo suponga automáticamente un acto discriminatorio, *sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas*<sup>24</sup>. Esta doctrina vino a incorporar una fórmula para el reconocimiento de los hechos discriminatorios<sup>25</sup> en los que sería necesario identificar si aquella diferenciación podía ser calificada de arbitraria o carente de una justificación razonable o por el contrario quedaba sustentada en criterios objetivos y razonables, según juicios de valor generalmente aceptados, debiendo, en todo caso, y como elemento de cierre, evitarse aquellas consecuencias jurídicas desproporcionadas a la finalidad perseguida. La interpretación de esta fórmula antidiscriminatoria no es necesariamente pacífica, ya que requiere que las situaciones subjetivas – en la medida que la norma introduzca directa o

---

<sup>22</sup> En este sentido resulta sugerente la visión crítica de: DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. L. (2016) *Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el complemento por maternidad*, Revista de Derecho Social, n<sup>o</sup> 76.

<sup>23</sup> STC 200/2001 de 4 de octubre.

<sup>24</sup> STC 88/2005 de 18 de abril.

<sup>25</sup> En este sentido ver: PERÁN QUESADA, S. (2014) *Derecho Social y Género*, Aranzadi.

indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas<sup>26</sup> - sean homogéneas o equiparables<sup>27</sup>, sin que la comparación resulte arbitraria<sup>28</sup>, como premisa previa para el juicio valorativo de la licitud constitucional de la diferencia contenida en la norma<sup>29</sup>.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres incorpora una noción de acción positiva por la que impone a los Poderes Públicos el deber de adoptar medidas específicas en favor de las mujeres dirigidas a *corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres*, con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, debiendo, en todo caso, ser limitadas en el tiempo *en tanto subsistan las situaciones* que las motivaron y *ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso*. De este modo, el principio constitucional de igualdad va unido a la finalidad de alcanzar la igualdad efectiva, lo que supone un planteamiento mucho más positivo, ya que en lugar de garantizar la igualdad en el punto de partida, ahora se incide fundamentalmente en garantizar la igualdad en los resultados, siendo exigible en todo caso la presencia de la razonabilidad y la objetividad como criterios que condicionan las de medidas de preferencia a favor de un colectivo determinado, a fin de evitar que las acciones positivas pasen a convertirse en una nueva vía de creación de desigualdades peyorativas en perjuicio de otro colectivo.

De este modo, las acciones positivas no se caracterizan por el tipo de medidas, sino por su objetivo final de *remover los obstáculos que de hecho impiden la realización de la igualdad efectiva para la mujer*. En este sentido, el concepto de acción positiva escapa a definiciones concretas ya que, precisamente, su inevitable diversidad impide su individualización como no sea a través de su identificación en razón de la función que cumplen. Esta indeterminación topológica de las acciones positivas permite reflexionar sobre su naturaleza y en tal sentido atribuirles o bien el significado más simple de medidas dirigidas a la eliminación de la desigualdad por razón de sexo, o bien el más completo y controvertido significado de medidas dirigidas a la revaloración de la diferencia entre hombres y mujeres<sup>30</sup>.

La perspectiva de género tiende de esta forma a superar los términos en que ha estado tradicionalmente anclada la relación entre igualdad y especificidad entre los sexos en las condiciones de trabajo. Esto porque el objetivo perseguido no es la garantía-promoción de situaciones jurídicas o de hecho idénticas, sino la creación de condiciones tales que permitan a los sujetos en sí diferentes, la plena expresión de su potencialidad – referida al trabajo -, y de forma más general, el desarrollo de su personalidad. De esta forma, las acciones positivas serán aquellas que se dirigen a asegurar el reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, impiden que el ejercicio de los derechos de maternidad/paternidad sean un obstáculo al mantenimiento del empleo, a la mejora de las condiciones de trabajo o al acceso a las prestaciones de Seguridad Social, tienden a evitar el acoso sexual o el acoso por razón de sexo que lesiona la dignidad de la mujer, se dirigen a asegurar la formación y preparación profesional de la desempleada y de la

---

<sup>26</sup> STC 181/2000, de 29 de junio.

<sup>27</sup> STC 148/1986, de 25 de noviembre.

<sup>28</sup> STC 1/2001 de 15 de enero.

<sup>29</sup> STC 200/2001 de 4 de octubre.

<sup>30</sup> BALLESTRERO, M.V. (1990) *Modelli di azioni positive, osservazioni sul disegno di legge n. 1818, QDLRI*, p. 26.

trabajadora y a garantizar su derecho de acceso y promoción a cualesquiera puestos de trabajo.

### **3.2. Maternidad y tratamiento diferenciados en favor de la mujer. Un delicado equilibrio**

La discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino que también engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca<sup>31</sup>. Se adopta de este modo una nueva delimitación de la discriminación por razón de sexo, abandonando en cierto sentido la tradicional consideración en donde el hombre era el punto de comparación del trato recibido, para ampliarlo a ámbitos de referencia en los que se tengan en cuenta cualquier circunstancia o consecuencia derivada del hecho de ser mujer, como es, por ejemplo, la maternidad<sup>32</sup>. El permiso de maternidad ha ido evolucionando desde aquella prestación donde lo que se protegía era el hecho del parto, reconociéndola exclusivamente al supuesto de maternidad biológica, cuyo bien jurídico a preservar era, por tanto, la protección de la salud de la trabajadora embarazada que hubiese dado a luz, a la que se le debía reconocer/imponer un periodo de descanso<sup>33</sup> durante el cual el contrato de trabajo quedara suspendido, con reserva de puesto, y derecho a un subsidio de la Seguridad Social, a la actual prestación de naturaleza compleja en la que se contienen circunstancias de distinta naturaleza, con niveles de protección no necesariamente homogéneos. Efectivamente, estas primeras normas tenían la virtualidad de perpetuar los roles sociales de género al primar la titularidad de los derechos de la mujer y otorgar al hombre un papel secundario<sup>34</sup>. En todo caso, se debe matizar la crítica, ya que significó el inicio del camino y la integración de la doble protección de los derechos de la mujer trabajadora: a su salud y a la salud del recién nacido y al del mantenimiento del puesto de trabajo y de los derechos derivados del mismo. En este ámbito los avances han sido continuos, e incluso, puede decirse que en todas las normas de reforma laborales se han introducido cambios de mayor o menor calado en esta materia. En todo caso, desde la óptica del Tribunal Constitucional se ha venido rechazando que la atribución del descanso por maternidad en su integridad a la mujer trabajadora en el supuesto de parto significase una discriminación al hombre, ya que maternidad, embarazo y parto, son realidades biológicas exclusivas de la mujer y no son objeto de protección derivada directamente del art. 39.2 CE o una

---

<sup>31</sup> Así como en base al principio de igualdad de trato se equipara a efectos de tutela discriminatoria, el embarazo y el sexo- STC 94/1984, 166/1988, 173/1994 y 20/2001 -consideran que el despido de una trabajadora por el hecho de estar embarazada constituye una discriminación por razón de sexo” al afectar exclusivamente a la mujer”, lo que impide igualmente la resolución de la relación laboral en el periodo de prueba -STC 94/1984 y 166/1988-, o la no renovación de un contrato temporal - STC 173/1994-.

<sup>32</sup> Como sucede, singularmente, con el embarazo elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres - STC 41/2002 -.

<sup>33</sup> Que en todo caso deberá respetar el periodo de descanso obligatorio postparto de seis semanas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 del Convenio núm. 103 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España el 26 de mayo de 1965.

<sup>34</sup> CONDE-PUMPIDO, T. (2007) *Maternidad y la conciliación dentro de la tutela de igualdad. Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida laboral y protección contra la violencia de género*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p.44.

sobreprotección injusta a la mujer embarazada susceptible igualmente de ser discriminatoria<sup>35</sup>.

De igual modo, rechazó que el principio de igualdad ante la ley y el de no discriminación se viera afectado por el diferente régimen jurídico en los supuestos de parto y adopción, dado la heterogénea finalidad tuitiva perseguida por el legislador en cada uno de estos supuestos. Efectivamente, en el supuesto de adopción no cabe protección de la salud de la trabajadora, sino que su objeto será el de permitir la necesaria integración del menor en la familia adoptante, de este modo, el legislador podrá imponer requisitos supletorios o diferenciados en dicho supuesto respecto al de la maternidad por parto, sin que estos sean tenidos como discriminatorios<sup>36</sup>. Pero si bien no cabe una equiparación automática entre ambos supuestos<sup>37</sup>, tampoco sería justificable un tratamiento diferenciado entre progenitores. La suspensión por adopción no se configura como un derecho de la mujer trabajadora toda vez que no existe en este supuesto el hecho biológico del embarazo y del alumbramiento, lo que impide un tratamiento singular o cualificado de la mujer por el hecho de serlo.

El debate más intenso y trascendente en torno al posible tratamiento diferenciado en el reconocimiento de derechos relativos a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar se produjo en torno al contenido del permiso de lactancia contenido en el artículo 37.4 ET. El redactado actual lo reconoce como un derecho individual que pueden ejercer, indistintamente, uno u otro progenitor si ambos trabajan. Se sigue de esta forma la resolución adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión europea<sup>38</sup> que corregía la norma del derecho laboral español, en donde únicamente se reconocía la titularidad del permiso por lactancia a la madre y de forma secundaria y condicionada al padre. Ciertamente contrasta con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, que mantuvo el criterio contrario al estimar que el permiso por lactancia en su redacción anterior, no vulneraba el derecho a la igualdad, al reconocer la titularidad exclusiva de la madre habida cuenta de la finalidad histórica de dicho permiso, de protección de la salud de la mujer y las *especiales relaciones de la madre con el hijo*<sup>39</sup>, en el periodo que sigue al embarazo y al parto.

Pero esta sentencia del órgano comunitario es especialmente trascendente al considerar que la norma suponía una discriminación por género ya que *la promoción del disfrute femenino de este permiso produce un efecto adverso en los derechos laborales de la mujer y contradice el concepto de corresponsabilidad que debe estar ligado a la igualdad efectiva*. Y es que, de acuerdo con esta resolución, el permiso por lactancia ha perdido en nuestros días la vinculación que en otra época presentaba con la lactancia natural, y por tanto, con la condición biológica de la maternidad, para pasar ahora a ser configurado como un periodo de tiempo dedicado al cuidado del recién nacido, por lo que resultaba irrelevante entonces quien fuera titular del mismo, y quedaba sin justificación el reconocimiento de este derecho con carácter originario a favor de la madre.

---

<sup>35</sup> STC 75/2011, de 11 de junio.

<sup>36</sup> STC 78/2011, de 6 de junio.

<sup>37</sup> De este modo, mientras que el legislador no reconociese expresamente el supuesto de suspensión por adopción, la adopción no daba derecho a la suspensión del contrato de trabajo, ni tampoco, a la protección de la Seguridad Social, Sentencia Tribunal Central de Trabajo de 10 de febrero de 1983.

<sup>38</sup> STJEU de 30 de septiembre de 2010, asunto Roca Álvarez.

<sup>39</sup> STC 78/2011, de 6 de junio.

### 3.3. El complemento por maternidad desde la perspectiva de género

El complemento por maternidad nos plantea si el establecimiento de medidas diferenciadas a favor del colectivo históricamente más desfavorecido, que muestra efectivamente, una especial penalización en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social es un modo adecuado para la materialización de las necesarias políticas activas de igualdad de género. Y ello lo hace por que pueda colisionar con el concepto de corresponsabilidad.

Ciertamente, el concepto de corresponsabilidad supone la entrada en otra fase de la protección de los derechos parentales. Así de lo que era un reconocimiento de derechos unidos a la maternidad de la mujer trabajadora, se pasa al reconocimiento de derechos ligados a la filiación, la convivencia y la familia. La feminización de los derechos relativos a la maternidad y a los cuidados de los menores puede constituir formas específicas de discriminación hacia la mujer en los términos señalados anteriormente. Si el objetivo es alcanzar una distribución de cargas parentales equilibradas, cabría pensar si esta acción fomenta, obliga o favorece que las mujeres continúen asumiendo en exclusiva el cuidado de menores.

Por otra parte, debemos rechazar aquella concepción estática y mecánica de la igualdad, que no tenga en cuenta que los obstáculos históricos y las condiciones necesarias a superar para llegar a la plena expresión de la potencialidad del sujeto no son idénticas para todos los grupos, y tanto menos en el caso de la mujer que ni es una minoría racial ni un grupo de intereses<sup>40</sup>.

Si bien las políticas públicas que interesan serán aquellas que sepan evolucionar desde las medidas vinculadas exclusivamente a la mujer y a la protección específica de la maternidad, hacia aquellas que pongan el acento en la coparticipación o corresponsabilidad entre mujeres y hombres en los cuidados familiares, el elemento crítico no viene de la mano de su naturaleza jurídica como acción positiva, ya que posee como clara diferenciación con los supuestos analizados anteriormente, en el hecho de que no impone el disfrute de periodos de cuidados a un sexo determinado, si bien habría que incorporar la perspectiva de la corresponsabilidad a través de medidas de promoción – por la vía de la Seguridad Social – del disfrute de los permisos compartidos y de paternidad.

La aplicación del principio de igualdad a la maternidad, paternidad y cuidado de menores tiene que estar necesariamente relacionado con el principio de conciliación corresponsable. El cambio perseguido es sustancial y va a requerir dotarlo de un contenido jurídico – laboral importante, a la vez que va a necesitar de nuevos modelos subjetivos, socialmente hablando, que lo acompañen. El objetivo de estas medidas será, por tanto, crear instrumentos eficaces que permitan una reciprocidad por parte de los hombres hacia el cambio protagonizado por las mujeres, como vía privilegiada para producir cambios en las normas de género. Ello implicará nuevas formulas de socialización femenina<sup>41</sup> - y masculina – que rompan con la identificación de que el tiempo principal de las mujeres, de sus mejores energías vitales, afectivas, intelectuales o espirituales, deba ser el dirigido al cuidado familiar y del hogar. Consecuentemente se hacen necesarias medidas complementarias que eviten que esta medida favorezca una

---

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. (1986) *Igualdad y discriminación*. Tecnos. Madrid, Pág. 166.

<sup>41</sup> GILLIGAN, C. (1985) *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*, Fondo de Cultura Económica, México.

feminización de los cuidados.

El complemento por maternidad deberá reconfigurarse con el objeto de reforzar su doble finalidad, como es la *necesidad de paliar las consecuencias negativas que las mujeres experimentan en su vida laboral*, y que consecuentemente tiene una correlación con su nivel prestacional y *el favorecer la mejora demográfica*. Su limitado ámbito de aplicación va a venir a penalizar a aquellas mujeres que con mayor intensidad hayan sufrido aquellas circunstancias sociales discriminatorias que las constriñen al cuidado de los menores, y que, consecuentemente necesiten ciertamente mejorar sus prestaciones sociales.