



La gestación como supuesto excluido para lucrar el complemento de pensión del artículo 60 TRLGSS

PREGNANCY AS AN EXCLUDED EVENT FOR QUALIFYING FOR THE PENSION SUPPLEMENT UNDER ARTICLE 60 TRLGSS

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

csrodas@us.es  0000-0001-9780-7860

Recibido: 13.05.2023 | Aceptado: 14.05.2023

La redacción primigenia del artículo 60 del TRLGSS¹ estableció un complemento de pensión para las mujeres que hubieran tenido hijos biológicos o adoptados y fueran beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social. La norma nacía con vocación de mitigar la brecha de pensiones entre hombres y mujeres y se justificaba por la aportación demográfica de estas últimas a la Seguridad Social. No solo podían ser beneficiarias de este complemento las madres trabajadoras sino también quienes no habiendo nunca cotizado fueran beneficiarias de una pensión de viudedad.

El artículo 60 TRLGSS era un precepto “bienintencionado” pero no precisamente un ejemplo de buena técnica legislativa²: la justificación legal del artículo 60 para reconocer el complemento solo a las madres era, literalmente, la aportación demográfica a la Seguridad Social de las mismas, cuando debería haberse perfilado “su regulación de manera inequívoca hacia ámbitos exclusivos de las mujeres, como es el caso del embarazo y los periodos ligados al mismo, o, en su caso, la adopción, cuando el derecho o licencia fuera disfrutada únicamente por una mujer”³.

1. Incorporado al TRLGSS por la disposición final segunda de la Ley 48/2015.

2. Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: *Una reinención sistémica de la Seguridad Social: Reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*, Bomarzo, Albacete, 2023, p. 61.

3. Rivas Vallejo, P.: “La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2/2020, p. 9.

Que el complemento por aportación demográfica no se reconociera a los progenitores masculinos provocó que el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gerona planteara una cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 12 de diciembre de 2019 que falló que “la Directiva 79/7 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”.

Como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 4 de febrero 2021 se reformó el artículo 60 TRLGSS⁴ y, actualmente el complemento de pensión puede ser reconocido tanto a mujeres como a hombres. En 2023 el citado artículo 60 TRLGSS ha vuelto a ser reformado por el Real Decreto-Ley 2/2023.

A pesar de las sucesivas reformas, la sentencia en unificación de doctrina de 27 de febrero de 2023 del pleno de la Sala IV del Tribunal Supremo ejemplifica los perjuicios en materia de Seguridad Social que recaerán en la mujer gestante en caso de que el feto nazca muerto pues el Tribunal Supremo ha resuelto que únicamente los hijos nacidos con vida pueden computarse a los efectos del complemento por maternidad del artículo 60 TRLGSS.

La citada sentencia del Tribunal Supremo puede ser criticada, en primer lugar, por falta de rigor técnico puesto que en su FJ tercero se afirma respecto al artículo 60 TRLGSS que “la correcta interpretación del precepto es absolutamente inescindible de lo resuelto en la STJUE de 12 de septiembre de 2019 (asunto C-45/18)” pero yerra el Tribunal Supremo en la fecha y en el número de asunto y no una, sino hasta en tres ocasiones, porque la referencia correcta es STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18).

El Tribunal Supremo afirma que “si la finalidad de la norma es la de reconocer esa aportación demográfica, no parece razonable extender el derecho a los dolorosos supuestos en los que el feto ha nacido muerto y no se cumple esa función de incremento demográfico”. Pero “olvida” completamente la Sala IV que el artículo 60 TRLGSS también era y es aplicable a las trabajadoras extranjeras, cuyos hijos ni son españoles ni en la mayoría de los casos residen en España. Por tanto, si el requisito de la aportación demográfica al sistema español de Seguridad Social no era exigible *de facto* cuando de trabajadoras extranjeras se trataba, igualmente podría obviarse en el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo.

A mayor abundamiento, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo hace suya la tesis de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 cuando reproduce la frase de que “la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres (ap. 46)”. Afirmación que sin duda daría para un intenso debate que trasciende el objeto de este trabajo, pero de la que se disiente porque, hoy por hoy, ningún hombre puede ser padre biológico sin el concurso de una mujer gestante. Por tanto, la aportación de

4. Artículo 60 redactado por el apartado uno del artículo 1 del Real Decreto-Ley 3/2021.

las mujeres a la demografía no solo es más necesaria que la de los hombres, sino que es insustituible.

Tampoco se comparte la afirmación del Tribunal Supremo de que la cuestión de si los hijos nacidos muertos deben computar a efectos del complemento de maternidad “incide en la misma medida en el padre y en la madre en orden al reconocimiento y extensión de ese derecho”. Porque el embarazo, por sí mismo, es una circunstancia diferenciadora de tal entidad que conlleva, incluso cuando no se trata de un embarazo de alto riesgo, limitaciones profesionales. Es decir, con independencia de cómo nazca el feto, el embarazo afecta de hecho negativamente a las posibilidades de la embarazada a encontrar un empleo y/o a promocionarse laboralmente. Por tanto, el fallo del Tribunal Supremo provoca que sea la mujer la única que soporte el riesgo que todo embarazo conlleva para la salud física y psíquica (pese a los avances de la medicina) y para la carrera profesional (pese a los avances legislativos en este campo) pero que se verá privada del derecho al complemento de pensión si el feto nació muerto. Mientras que, si nace con vida, aunque sea por un brevísimo período de tiempo, el padre se convierte en potencial beneficiario de un complemento de Seguridad Social, sin que el legislador en estos casos cuestione el derecho del padre, aunque su contribución a la crianza haya sido nula.

Querer poner a hombres y mujeres en una teórica situación legal de igualdad ante la gestación es una falacia puesto que hasta la fecha ningún hombre ha llevado a término un embarazo y por ello en modo alguno es equiparable la situación de la mujer que da a luz un feto muerto con quien, en el estado actual de la Ciencia, jamás podrá estar “embarazado”.

Ciertamente, el artículo 60 TRLGSS en la nueva redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, viene a corroborar la tesis del Tribunal Supremo de que no computan los embarazos que se malogran a efectos del complemento de pensiones, pues el precepto ahora especifica que únicamente se computarán los hijos o hijas que hubieran nacido “con vida”. Contrasta esta cicatera redacción con el artículo 8.4 del Real Decreto 295/2009 que dispone que no se verá reducida la duración de la prestación económica de maternidad en el supuesto de posterior fallecimiento del hijo tras el parto, y que esa misma previsión “será de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días”.

De lege ferenda esta última solución es la que habría que adoptar respecto al complemento por pensiones por cuanto que la gestación debiera ser un bien jurídicamente protegido de manera separada e independiente frente a lo que es la guardia y custodia de los hijos, respecto a los cuales sí está justificada la exigencia del presupuesto de un nacimiento con vida. Que el mero hecho de estar embarazada coloca a la mujer en desventaja en el mercado laboral es tan obvio y evidente que es la causa de que legalmente el despido de una embarazada nunca pueda ser calificado como improcedente.

Por tanto, si la brecha en pensiones deriva de las carreras profesionales más cortas y de cotizaciones correspondientes a sueldos más bajos que desembocan en pensiones

de cuantía inferior en promedio a las de los trabajadores varones, estas causas a su vez tienen su origen último en el hecho diferencial de que solo las mujeres pueden gestar. De ahí que uno de los fines específicos del artículo 60 TRLGSS debiera ser *–de lege ferenda–* compensar a la mujer de los perjuicios derivado de la gestación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2023 cuenta con el voto particular de la magistrada Rosa María Virolés Piñol, quien invoca “la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas... Estimo, dicho sea con los debidos respetos al voto mayoritario que la conclusión debió ser en el presente caso favorable a la concesión del complemento interesado por la demandante por este hijo, porque la perspectiva de género refuerza esta conclusión y no hay razón jurídica para apartarnos de ella partiendo de la doctrina de la propia Sala IV/TS, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, y las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la maternidad. No hay que olvidar que se produjo el parto, tras una gestación de nueve meses, aunque con el desgraciado resultado del nacimiento del hijo muerto”.

En España, que será el país más envejecido del mundo en 2040, mientras los úteros artificiales no sean una realidad o se legalice la maternidad subrogada se hace necesario incorporar de *lege ferenda* medidas específicamente destinadas a las gestantes. Crianza y gestación no son lo mismo y, por tanto, a efectos de reducir la brecha en pensiones deben ser objeto de distinta regulación con distintas/os beneficiarias/os sobre la premisa que ni los hombres ni las madres por adopción están en una situación comparable a la de las mujeres embarazadas porque, parafraseando el preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2021, cuanto mayor es el número de embarazos, “menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida”.

Bibliografía

- Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: *Una reinención sistémica de la Seguridad Social: Reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*, Bormarzo, Albacete, 2023.
- Rivas Vallejo, P.: “La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2/2020.