

**Voto Particular que formula la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón al Auto dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3307-2018.**

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría reflejada en el Auto, formulo el presente Voto, dejando constancia sucintamente de los fundamentos de mi posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan, de acuerdo con los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno.

1. Más allá de otras consideraciones que expondré a continuación, mi discrepancia comienza por lamentar que no se haya enjuiciado con más profundidad, en este caso, el concepto de “cuestión notoriamente infundada” para inadmitir *a limine* la presente cuestión de inconstitucionalidad. Ciertamente, como tiene establecido nuestra doctrina, el concepto de cuestión notoriamente infundada encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad (AATC 17/2007, de 16 de enero, FJ 3; 200/2007, de 27 de marzo, FJ 3, y 32/2009, de 27 de enero, FJ 3, entre otros muchos). Ahora bien, en este caso la cuestión de inconstitucionalidad no se podía considerar notoriamente infundada, no sólo porque el Auto de planteamiento no carece de una motivación suficiente acerca de las dudas de constitucionalidad que el órgano promotor de la misma alberga sobre el precepto que ha de aplicar, ni ha efectuado “una interpretación del precepto legal cuestionado arbitraria o irrazonable o simplemente que se aparta de la comúnmente realizada por los Tribunales de Justicia y las que el Tribunal considera *a limine* inviables” (ATC 84/2013, de 23 de abril, FJ 2), sino porque, además, la cuestión de inconstitucionalidad plantea fundadamente una posible quiebra del art. 14 CE en el precepto cuestionado en la que subyace una temática de género a la que este Tribunal no debe ser ajeno, sino en la que, por el contrario, ha de involucrarse plenamente, mostrando una especial sensibilidad hacia este aspecto como tradicionalmente ha sido la función de este órgano constitucional. Soy consciente de que, una vez admitida la cuestión, el resultado definitivo, tras un profundo estudio y debate de la misma, podría haber sido tanto estimatorio como desestimatorio, pero la importancia de esta cuestión desde la perspectiva del art. 14 CE, que afecta a un colectivo históricamente discriminado, exigía una admisión en el estadio inicial, en lugar de considerar la falta de fundamento constitucional.

2. Expuesto lo anterior, paso a argumentar por qué entiendo que el Juzgado promotor de la cuestión tenía razón en su planteamiento. El art. 60 TRLGSS reconoce el complemento de pensión “por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente”. Se trata, en definitiva, como se justificó al introducir este complemento en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, de 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. Es más, según la justificación de la enmienda núm. 4242 del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, a través de la cual se introdujo este complemento en el Proyecto de Ley de Presupuestos para 2016 (mediante la adición del art. 50 bis al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social a la sazón vigente), el complemento de maternidad perseguía además la consecución de los siguientes objetivos:

- “- 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.
- Eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, cumpliendo en este sentido también las Recomendaciones de la Unión Europea.
- Finalmente, dar concreción a los objetivos generales que atienden a las familias y al entorno en el que se desarrolla la vida familiar, en cumplimiento del Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) 2015-2017”.

Es decir, que se trataba de compensar el mayor esfuerzo que ha supuesto a las mujeres compatibilizar su actividad laboral, y, por tanto, su condición de cotizantes al sistema de Seguridad Social, con la maternidad y la consiguiente aportación de nuevos posibles cotizantes a dicho sistema, de intentar moderar, por vía de este complemento, la reconocida discriminación histórica que han sufrido las mujeres trabajadoras y madres, de reducir una evidente brecha, que no sólo se manifiesta en el ámbito salarial sino también en el de las pensiones, y, por último, de establecer una medida concreta de apoyo a las familias. Lo que no explica la enmienda que introduce el complemento en la regulación del TRLGSS es el motivo por el que se priva de este a quienes se jubilen voluntariamente de manera anticipada. En

cualquier caso, lo que interesa destacar es que, por encima de todo, en el establecimiento de esta prestación subyace una dimensión de género, un reconocimiento de una histórica situación de desigualdad, que el Auto del que disiento no ha apreciado ni ha abordado con el detenimiento que la cuestión demandaba.

El art. 14 CE, en su dimensión de igualdad en la ley, impide al legislador establecer distinciones entre supuestos de hecho que, desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la norma, deban ser considerados iguales, de manera que su diferenciación sea tenida por arbitraria y discriminatoria. Es cierto que, cuando se trata de derechos prestacionales, la rigidez a la que se enfrenta el legislador es menor, por lo cual, la configuración legal de un derecho de prestación se considerará discriminatoria no sólo por establecer diferencias de trato entre distintos grupos, sino cuando, además, esas diferencias de trato carezcan de justificación razonable o sean desproporcionadas. Sin embargo, a pesar de resultar menos estricto ese canon, considero que, en este caso, el art. 60.4 TRLGSS no lo supera.

Como se reconoce en el Auto del que discrepo, desde la perspectiva de la primera finalidad de la norma, esto es, el reconocimiento que a través de esa prestación pública se efectúa de la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad, la situación de la madre trabajadora que ha tenido dos o más hijos es la misma, con independencia de si se jubila al cumplir la edad establecida en el art. 205.1 a), de si lo hace en los supuestos de los arts. 206 y 207, o de si se jubila anticipadamente de manera voluntaria cumpliendo los requisitos del art. 208 TRLGSS. Pero también es la misma desde el punto de vista de las otras finalidades perseguidas por el establecimiento del complemento de maternidad, porque la discriminación histórica respecto de la mujer trabajadora y madre, la brecha de género en las pensiones y el apoyo a las familias son circunstancias comunes a todos los supuestos de jubilación, y, por tanto, atendidas las finalidades que la regulación persigue, no cabe hacer distinciones entre esos diversos supuestos, siempre que se trate de mujeres que han contribuido con dos o más posibles futuros cotizantes al sistema de Seguridad Social, y que, al mismo tiempo que han ejercido su condición de madres, hayan desarrollado una carrera laboral.

Partiendo de esta premisa, me parece absurdo que se diga en el Auto que el complemento de maternidad se reconoce a las madres también porque su “carrera de seguro” (el período de cotización) se ve acortada por las dificultades para la conciliación laboral

derivadas de la maternidad, de manera que no es arbitrario ni irracional excluir del complemento a las que, por optar a la jubilación voluntaria anticipada, deciden acortar esa “carrera de seguro”, o que la medida no es desproporcionada, habida cuenta de la limitada importancia del complemento en términos porcentuales, o el amplio margen de decisión que se reconoce al legislador en la configuración del sistema de la Seguridad Social. Esos argumentos son, cuando menos, desalentadores, porque muestran que, a pesar de los objetivos que la introducción del complemento decía perseguir, la discriminación histórica, la brecha en las pensiones y el desconocimiento de la realidad social y de las necesidades de las mujeres y de las familias, por desgracia, persisten aún.

Mi visión del asunto es muy distinta. A mi modo de ver, la exclusión del abono del complemento de maternidad a las mujeres que se jubilen anticipadamente al amparo de lo previsto en el art. 208 TRLGSS, en virtud de lo dispuesto en el art. 60.4 de la misma Ley, es irrazonable y desproporcionada, y, por ende, discriminatoria y contraria al art. 14 CE.

Hay que comenzar por señalar que el acceso a la jubilación voluntaria anticipada está sujeta a unas condiciones muy estrictas, de acuerdo con el art. 208 TRLGSS: hay que tener cumplida una edad que, como máximo, sea inferior en dos años a la edad de jubilación que corresponde en virtud de lo establecido en el art. 205.1 a) TRLGSS, edad de jubilación que, según los casos, y de acuerdo con la escala gradual que establece la disposición transitoria séptima TRLGSS, supondría en el año 2018 tener cumplidos sesenta y cinco años o sesenta y cinco años y seis meses, según se hayan cotizado treinta y seis años y seis meses o más, o menos de treinta y seis años y seis meses. Además es necesario tener acreditado un período mínimo de cotización efectiva de 35 años. El acortamiento de la “carrera de seguro” no es, por lo expuesto, un criterio válido. Pero la irrazonabilidad del argumento se muestra aún más evidente cuando comparamos estas exigencias con las del derecho a la obtención de la pensión de la jubilación “normal” del art. 205 TRLGSS. El derecho a la pensión se producirá al cumplir las edades reseñadas, siempre que, en el primer caso (sesenta y cinco años en 2018 y sesenta y siete a partir de 2027) se tenga cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho, o bien a los sesenta y cinco años y seis meses (sesenta y cinco años a partir de 2027), cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización. Quiere ello decir que una mujer que se haya jubilado a los sesenta y cinco años en 2018, con quince de cotización, tendrá derecho al complemento de pensión, pero otra que se

haya jubilado voluntariamente de manera anticipada en ese mismo año, con treinta y cinco o más años de cotización, pierde el derecho a ese complemento, y se equipara a las que no hayan tenido hijos o sólo uno, y a los hombres. De este modo, puede darse el caso de que pierda esta prestación aun teniendo, incluso, una cotización superior a la exigida para generar el derecho a pensión conforme al art. 205.1 a) y la disposición transitoria séptima TRLGSS, por el solo hecho de haberse jubilado voluntariamente de manera anticipada.

Por otra parte, la regla del art. 60.4 TRLGSS es, en mi opinión, desproporcionada, porque supone penalizar doblemente a las mujeres que solicitan la jubilación voluntaria anticipada. En el caso del art. 208 LGSS se reduce la pensión aplicando un coeficiente por cada trimestre que falte para cumplir la edad legal de jubilación, en función del número de años cotizados (apartado 2). A ello se uniría la privación del complemento de pensión que, aunque para el Auto del que discrepo sea de escasa importancia en términos porcentuales, en las circunstancias socioeconómicas actuales, para muchas familias puede suponer una valiosa ayuda que les permita vivir algo más desahogadamente. No podemos olvidar que ese complemento se ha establecido a favor de mujeres que han contribuido demográficamente al sistema de Seguridad Social teniendo dos o más hijos, por la mayor dedicación a las tareas domésticas que, tradicionalmente, ello les ha supuesto, al mismo tiempo que han desarrollado su carrera laboral. Quiere ello decir que, a pesar de la mayor actividad que han tenido que desplegar, por haber compaginado el trabajo en el hogar y fuera de él, no se ha considerado siquiera el mayor desgaste que esa situación ha supuesto; circunstancia que puede hacer pensar en el deseo e, incluso, en la necesidad de optar por la jubilación anticipada. Antes al contrario, a pesar de su aportación al sistema, y de todos los objetivos que, presuntamente, trata de cumplir el complemento por maternidad, se les penaliza la posibilidad de jubilarse anticipadamente cuando reúnan las condiciones para ello, porque eso implica, aparte de las reducciones generales, la renuncia a percibir el complemento de pensión. Y en eso el precepto hace tabla rasa, prescindiendo de cualquier consideración de índole personal, a pesar de que cada caso presentará tintes propios. Los atavismos sociales que persisten hoy en día muestran una realidad social en la que quienes han de hacer frente a las cada vez más exigentes necesidades familiares (cuidado de los mayores o de los descendientes) son las mujeres, que en muchos casos se verán obligadas a jubilarse anticipadamente de manera voluntaria en tales casos, y que por esas circunstancias, se verán penalizadas.

Es decir, que el precepto cuestionado sería intrínsecamente discriminatorio, porque, de manera incoherente con las justificaciones que se ofrecieron para introducir el complemento por maternidad, al establecer las condiciones para su percepción no habría tenido en cuenta ni las circunstancias sociales ni, en último término, cuál es la lógica que alienta el establecimiento de ese complemento de pensión, imponiendo una restricción que resulta a todas luces irrazonable y desproporcionada. Una necesaria perspectiva de género en el ámbito de la actividad interpretativa de las normas jurídicas, pone de manifiesto como normas aparentemente neutrales producen situaciones tan injustas que atentan contra el derecho a la igualdad, produciendo discriminaciones veladas o indirectas que obligan al intérprete constitucional a una actividad que supere el contenido literal

3. El Auto trata de respaldar la decisión refiriéndose al supuesto de la trabajadora demandante en el procedimiento *a quo* con un argumento que me parece desconocedor de la realidad social y del mercado de trabajo actual, a pesar de que esa realidad es un elemento hermenéutico de primer orden, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.1 CCiv. Una mujer que, en el momento de solicitar la jubilación anticipada voluntaria, contaba sesenta y tres años de edad, difícilmente podría pensar en conseguir un nuevo trabajo (el Auto presume que no lo había buscado, aunque este dato no consta en los antecedentes). La decisión venía prácticamente impuesta por las circunstancias, pues las consecuencias le resultaban más favorables en un supuesto que en otro. Y, por tratarse de una situación vinculada al género, parece generalizable a la inferior posición de todas las mujeres en el mercado de trabajo, carece de toda justificación privar a las que se jubilan anticipadamente de manera voluntaria del complemento por maternidad, a pesar de haber cumplido con la misión de contribuir demográficamente al sistema de Seguridad Social siendo mujeres trabajadoras, que es la realidad que esa prestación persigue reconocer, junto con un intento de mitigar las tradicionales situaciones discriminatorias que sufren las mujeres.

Por las razones hasta aquí expuestas, estimo que la cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 60.4 TRLGSS no podía considerarse notoriamente infundada, y que lo procedente habría sido admitirla a trámite para examinar en profundidad en Sentencia la problemática de género que en la misma se suscitaba.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a diecisiete de octubre de dos mil dieciocho.