nº 38 (1er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

¿Debe verse reducida la cuantía del complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido a un progenitor si el otro se encuentra percibiendo simultáneamente el complemento para la reducción de la brecha de género?[1]
Comentario a la STS 461/2023, de 29 de junio

Should there be a reduction in the amount of the maternity allowance due to recognised demographic contribution given to one parent if the other is simultaneously receiving the allowance to bridge the gender gap? Comment on Supreme Court Ruling 461/2023 of 29 June

Cristina Ramírez Bandera *Investigadora predoctoral contratada FPU. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
https://orcid.org/0000-0002-5794-8789

Cita Sugerida: RAMÍREZ BANDERA, C.: «¿Debe verse reducida la cuantía del complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido a un progenitor si el otro se encuentra percibiendo simultáneamente el complemento para la reducción de la brecha de género? Comentario a la STS 461/2023, de 29 de junio». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 38 (2024): 189-203.

Resumen

La STS 461/2023, de 29 de junio, constituye un nuevo capítulo más de la controversia interpretativa suscitada en torno a las figuras del complemento para la reducción de la brecha de género y su precedente inmediato, el complemento de maternidad por aportación demográfica. En esta ocasión, el debate suscitado se centra en determinar si procede reducir el importe de este último complemento reconocido a un progenitor conforme a la redacción original del artículo 60 LGSS, si el otro se encuentra percibiendo simultáneamente el complemento para la reducción de la brecha de género introducido por el RDL 3/2021. Tras un análisis de la Disposición transitoria trigésima tercera de la LGSS, el Alto Tribunal determina -aunque con un voto particular discrepante- que los efectos retroactivos dispuestos por la misma no resultan contrarios al artículo 9.3 CE, motivo por el que procede la reducción del importe del complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido en la cuantía del complemento para la reducción de la brecha de género percibido por el otro progenitor.

Abstract

Supreme Court Ruling 461/2023 of June 29 is a new chapter in the controversial interpretation of the figures included in the allowance to bridge the gender gap and its immediate precedent, the maternity allowance due to demographic contribution. On this occasion, the debate focuses on determining whether it is appropriate to reduce the amount of maternity allowance granted to one parent in accordance with the original wording of Article 60 of the General Law on Social Security if the other parent is simultaneously receiving the allowance to bridge the gender gap introduced by Royal Decree Law 3/2021. After an analysis of Transitional Provision 33 of the General Law on Social Security, the High Court determined - albeit with a dissenting opinion - that the retroactive effects provided for by the Provision are not contrary to Article 9.3 of the Spanish Constitution, which is why the reduction of the sum of the maternity allowance due to demographic contribution recognised in the amount of the allowance to bridge the gender gap received by the other parent does apply.

[1] El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación Nacional PID2022-140298NB-100 "La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica", financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades; así como en la Red Temática de I+D+i del Plan Propio de la Universidad de Málaga "Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores".

Fecha Recepción: 15/2/2024 - Fecha Revisión: 28/2/2024 - Fecha Aceptación: 29/2/2024
Pags. 189-203

Palabras clave	Keywords
Complemento de maternidad por aportación demográfica; complemento para la reducción de la brecha de género; retroactividad; minoración; perspectiva de género.	Maternity allowance due to demographic contribution; allowance to bridge the gender gap; retroactivity; reduction; gender perspective

1. INTRODUCCIÓN

La brecha de género en materia de pensiones contributivas asciende en España, en el mes de noviembre de 2023, al 48,23%[2], esto es, la cuantía promedio de las pensiones contributivas percibidas por los hombres en nuestro país resulta prácticamente un 50% superior a la cuantía promedio de las pensiones contributivas percibidas por las mujeres. Este dato resulta realmente preocupante, aunque también debe ponerse en perspectiva.

Es cierto que las desigualdades de género presentes en nuestro sistema contributivo de Seguridad Social -dados los principios de funcionamiento, devengo y cálculo de las prestaciones contributivas- constituyen un reflejo de las desigualdades de género existentes en nuestro mercado de trabajo: si el salario promedio de las mujeres resulta inferior al de los hombres, las pensiones contributivas que estas causen también serán, en promedio, inferiores. Podría decirse, entonces, que la brecha salarial de género y la brecha de género en materia de pensiones contributivas se encuentran inexorablemente vinculadas.

No obstante, debe tomarse en consideración que, de entre todas las pensiones contributivas, la de mayor peso en nuestro sistema es, indiscutiblemente, la pensión de jubilación[3], de modo que la edad promedio de las personas beneficiarias de pensiones contributivas resulta elevada. Esta apreciación no es baladí, pues el dato proporcionado anteriormente acerca de la brecha de género en materia de pensiones contributivas no mide entonces la desigualdad salarial de género existente en nuestro país en la actualidad, sino la que existió en la generación de nuestros padres o abuelos. De ahí que el mismo resulte, en cierta medida engañoso.

Sin duda, la igualdad laboral entre los sexos ha avanzado significativamente desde aquel pasado hasta el presente, gracias a los esfuerzos políticos, normativos y sociales de una sociedad en progreso[4]. Por tanto, resulta esperanzador pensar que la brecha de género en el ámbito de las pensiones contributivas correspondiente al año 2067 -la cual reflejará la igualdad de género actual del mercado laboral español al que se incorpora una persona joven de 22 años de edad- arrojará una cuantía notoriamente inferior; quizás, quien sabe, un importe nada reseñable.

Sin embargo, este progreso igualitario -que se ha acelerado notoriamente en nuestro país en las últimas dos décadas- ya no alcanzará a aquellas mujeres cuya vida laboral se encuentre muy avanzada. Resulta claro que la mayor perspectiva de género existente en la organización actual de nuestras relaciones laborales no ha aprovechado a las mujeres que causan en el presente una pensión contributiva, pues el importe de su prestación será calculado sobre la base de sus esfuerzos invertidos en un mercado de trabajo menos igualitario que el actual. De ahí que, junto a las reformas incorporadas en el Derecho del Trabajo y la ordenación de nuestras relaciones laborales para lograr un mercado laboral más igualitario en términos de género -a fin de reducir la brecha de género en materia de pensiones contributivas que se genere en un futuro-, nuestro legislador también ha introducido innovaciones en nuestro Derecho de la Seguridad Social con el propósito de compensar a aquellas

[2] Instituto Nacional de la Seguridad Social, *Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de noviembre de 2023*, 2023, disponible en https://n9.cl/6qtin.

[3] *Ibid.*

[4] Sociedad que toma como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico la igualdad (art. 1.1 CE), lo que designa a este ideal como guía en la ordenación normativa de nuestras relaciones sociales.

mujeres que causen en el presente pensiones contributivas de menor cuantía como consecuencia del mercado de trabajo menos igualitario en el que vivieron.

Estas medidas incorporadas para reducir la brecha actual de género en materia de pensiones contributivas son numerosas, y de entre todas, quizás la que más discusión judicial y doctrinal haya generado sea el conocido complemento para la reducción de la brecha de género (junto con su precedente inmediato, el complemento de maternidad por aportación demográfica). A continuación, se realizará un sucinto recorrido por la evolución de estas figuras y de los interrogantes jurídicos que han suscitado, para, finalmente, proceder a comentar la STS 461/2023, de 29 de junio (rec. 2808/2022), por la que se proporciona respuesta a un nuevo debate jurídico originado por la controvertida regulación de estos complementos.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y LITIGIOSIDAD JUDICIAL

2.1. Antecedentes legislativos: del complemento de maternidad por aportación demográfica al complemento para la reducción de la brecha de género

Ante el preocupante dato de la brecha de género en materia de pensiones contributivas, el legislador quiso introducir en nuestro sistema de Seguridad Social un nuevo complemento económico del que pudieran beneficiarse aquellas mujeres que hubieran visto perjudicada su carrera laboral[5] como consecuencia del desigual reparto de las tareas de cuidado de los hijos e hijas que tradicionalmente se ha dado en nuestra sociedad -consecuencia, principalmente, de la atribución a la mujer del rol del cuidado del hogar y la familia-.

Así, la disposición final segunda de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 incorporó un artículo 50 bis a la LGSS de 1994[6], por el que se establecía un complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social[7]. Dicho complemento se reconocía a aquellas mujeres que causasen pensiones contributivas de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad a partir del 1 de enero de 2016[8], siempre y cuando hubieran tenido, al menos, dos hijos naturales o adoptados -de ahí que dicho complemento pasase a ser conocido como "complemento de maternidad por aportación demográfica"-. El importe de dicho complemento se establecía de forma proporcional a la cuantía de la pensión causada: si la mujer había tenido 2 hijos, el mismo ascendería al importe del 5% de la cuantía de la pensión; si había tenido 3 hijos, al importe del 10%; y si había tenido 3 o más hijos, al importe del 15% de la cuantía de la pensión.

[5] Aunque es cierto que también se permitía -y permite- su percepción por parte de aquellas mujeres que causasen una pensión de viudedad, aunque nunca se hubieran incorporado al mercado de trabajo.

[6] Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

[7] La disposición final primera de la citada LPGE hizo lo propio en el régimen de clases pasivas, incorporando idéntico complemento mediante la adición de una nueva disposición adicional decimoctava al Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado.

[8] Tal y como se estableció en la disposición final tercera de la mencionada LPGE para el año 2016 y reitera la disposición final única del Real Decreto Legislativo 8/2015, habiendo sido además confirmado este extremo por la STS 111/2023, de 8 de febrero (rec. 1417/2020). Un interesante comentario acerca de esta sentencia y el principio *in claris non fit interpretatio* aplicado tan tajantemente por el TS ante el supuesto de hecho puede consultarse en Molina Navarrete, C., "El "bamboleo" de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia: ¿se puede compensar el "daño de maternidad" (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total? Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Supremo 111/2023, de 8 de febrero, 167/2023, de 27 de febrero, y 169/2023, de 2 de marzo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 474, 2023, pp. 191-195.

La redacción de dicho artículo 50 bis de la LGSS 1994 fue trasladada de forma literal al 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 (en lo sucesivo, LGSS). Sin embargo, el hecho de que el referido complemento tan solo pudiera ser reconocido al sexo femenino determinó la formulación de una cuestión prejudicial europea[9] que desembocó en el dictado de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), por la que se declaró que la regulación del complemento de maternidad por aportación demográfica constituía una discriminación directa por razón de sexo prohibida por el artículo 4 y no amparada en el artículo 7 de la Directiva 79/7 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social[10]. El contenido de dicha sentencia europea determinó que los hombres también pudieran causar el citado complemento por aportación demográfica, siempre y cuando cumplieran los requisitos que para ello se exigía a las mujeres, lo cual determinó un aluvión de solicitudes de progenitores masculinos dirigidas al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a fin de que se les reconociese el referido complemento[11]. No obstante, dicha entidad gestora emitió el 27 de enero de 2020 el criterio de gestión 1/2020, determinando que, en tanto no se procediese a la modificación legislativa del artículo 60 LGSS, se debía seguir reconociendo dicho complemento únicamente a las mujeres solicitantes -sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los órganos jurisdiccionales que reconociesen el citado complemento a los hombres-. En fin, el INSS procedió a denegar sistemáticamente tal complemento a los solicitantes de sexo masculino pese a la doctrina del TJUE, lo cual abocaba a los mismos a recurrir, necesariamente, a la vía judicial para hacer efectivo su derecho[12].

La reforma del artículo 60 LGSS era, entonces, acuciante, siendo realizada finalmente por el RDL 3/2021[13], en virtud del cual el complemento de maternidad por aportación demográfica fue sustituido por un nuevo "complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género", reconocido a aquellas mujeres que hubiesen tenido uno o más hijos o hijas[14] y causasen una pensión de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad a partir del 4 de febrero de 2021 (DA 1º RDL 3/2021). Con todo, para superar la maltrecha regulación anterior, el nuevo texto del artículo 60 LGSS permite que los progenitores varones tengan derecho a dicho complemento, aunque con requisitos adicionales a los exigidos a las mujeres: resultará necesario, en caso de causar el progenitor masculino una pensión de viudedad, que la misma sea reconocida por el fallecimiento del otro progenitor de los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad; o bien, en caso de causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente, que haya visto afectada su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción

[9] Planteada por el Juzgado de lo Social nº3 de Gerona, mediante auto de 21 de junio de 2018.

[10] 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.

[11] Como comentario a esta sentencia del tribunal europeo, puede consultarse Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 22, 2020.

[12] El criterio de gestión 35/2021, de 2 de diciembre de 2021, por el cual se revisó el mencionado criterio 1/2020 reconociendo el derecho a los progenitores varones a percibir el citado complemento, no fue emitido hasta que el art. 60 LGSS no fue reformado por el RDL 3/2021.

[13] Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

[14] Ya no resulta necesario haber tenido, al menos, dos hijas o hijos para poder percibir este complemento, superándose la finalidad de "aportación demográfica" en pos de una mayor perspectiva de género, y ello en coherencia con el objetivo de reducción de la brecha de género en materia de pensiones contributivas. La anterior regulación del complemento de maternidad por aportación demográfica no resultaba muy respetuosa con este objetivo, pues la referida brecha afecta, en especial, a las mujeres que han sido madres, independientemente del número de hijos habidos.

de sus hijos o hijas, en los términos establecidos en el referido precepto -siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer-[15].

Además, el régimen jurídico de este nuevo complemento difiere en múltiples aspectos de su predecesor -cuya percepción se ordena mantener mediante la disposición transitoria trigésima tercera que se incorpora a la LGSS-. Entre otros, la cuantía del mismo no vendrá ya determinada por un porcentaje de la pensión que se cause, sino por el importe fijo que se establezca anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (art. 60.3 LGSS)[16]; contemplándose asimismo un límite temporal a su existencia: el derecho al reconocimiento de este complemento se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación causadas en el año anterior[17] sea superior al 5% (DA 37º LGSS). También resulta llamativo -aunque altamente conveniente- que se haya eliminado la jubilación anticipada como causa de exclusión de la percepción de este complemento (art. 60.4 LGSS), en la medida en que la regulación del anterior complemento de maternidad sí consideraba incompatible esta circunstancia con su percepción.

Asimismo, otra importante diferencia a reseñar se encuentra en el hecho de que la regulación del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género establece expresamente la incompatibilidad del cobro de este complemento por ambos progenitores sobre la base de un mismo hijo o hija común, de modo que "*el reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor* […]" (art. 60.2 LGSS). Por el contrario, esta incompatibilidad no era contemplada en la regulación del anterior complemento de maternidad, silencio que ha sido objeto de litigio, como se expondrá en el epígrafe siguiente.

Por último, cabe señalar que la regulación del actual complemento para la reducción de la brecha de género ha experimentado algunas modificaciones con la entrada en vigor del RDL 2/2023[18], el cual ha venido a reforzar el mismo aumentando su cuantía para el bienio 2024 y 2025 con un incremento, adicional a la correspondiente revalorización anual, de un 10% a distribuir entre estos dos años -en línea con la medida 217 del III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de

[15] Tal y como se afirma en Gala Durán, C., "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar* social, núm. 158, 2021, p. 158, los mencionados requisitos exigidos a los progenitores varones son tan estrictos que resultará muy difícil que tengan derecho a la percepción de este nuevo complemento, lo cual "nos lleva al campo de una posible discriminación hacia los hombres, por cuanto se les da un trato desigual que difícilmente va a poder justificarse de una forma objetiva y proporcionada […]".

[16] Este complemento es satisfecho mensualmente en catorce pagas, y su cuantía para el año 2021 ascendió a 27 euros mensuales (DA 1º RDL 3/2021), la cual fue incrementada hasta los 28 euros mensuales para el año 2022 (DA 39º Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de PGE para el año 2022). A partir del año 2023, se estableció que la cuantía mensual del mismo se revalorizaría conforme a la variación interanual del Índice de Precios al Consumo (IPC) -conforme a la DA 36º Ley 31/2022, de 23 de diciembre de PGE para el año 2023-, de modo que su importe para el citado año asciende a 30,40 euros (DA 6º del RD 1058/2022, de 27 de diciembre).

[17] Resulta llamativo que se tome como referencia la brecha de género en pensiones de jubilación, aunque este complemento se prevea también para las pensiones de viudedad e incapacidad permanente. Probablemente se deba a que la brecha en aquella es la más acusada, tal y como puede consultarse en Instituto Nacional de la Seguridad Social, *Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de noviembre de 2023*…, op. cit.

[18] Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

Mujeres y Hombres 2022-2025[19] y la reforma "R4" del componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia[20]-.

Del mismo modo, el RDL 2/2023 ha añadido un nuevo apartado séptimo al artículo 60 LGSS, a fin de clarificar la forma de determinar qué progenitor percibe pensiones de menor cuantía -debiendo tomarse en consideración la suma de las pensiones percibidas y sus revalorizaciones, aunque no los complementos a las mismas-, modificando también el apartado primero de este precepto, de forma que, para la comprobación del requisito exigido a los hombres de haber sufrido un perjuicio en sus carreras de cotización, no sean tenidos en cuenta los distintos periodos o cuantías considerados ficticiamente como cotizados en caso de excedencias o reducciones de jornada por cuidado de menor, pues carecía de sentido que el progenitor no pudiese invocar estas cotizaciones asimiladas como prueba de estos cuidados[21].

2.2. Controversias interpretativas suscitadas en sede judicial

Una vez expuesta la evolución legislativa tanto del actual complemento para la reducción de la brecha de género como del previo complemento de maternidad por aportación demográfica, quizás resulte conveniente realizar una breve recopilación de los principales pronunciamientos judiciales emitidos en relación a estos complementos desde su origen, de modo que pueda servir de guía al lector para conocer los principales puntos interpretativos resueltos hasta la fecha, a la vez que se ejemplifican las grandes controversias generadas en relación a estas figuras -varias de las cuales resultan útiles para comprender mejor la sentencia objeto del presente comentario-.

De forma preliminar, debe tenerse en cuenta que a las pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente causadas entre el 1 de enero de 2016 y el 3 de febrero de 2021 les resulta de aplicación el complemento de maternidad por aportación demográfica, mientras que, a las pensiones causadas a partir del 4 de febrero de 2021, les resulta aplicable el complemento para la reducción de la brecha de género.

Tomando en consideración lo anterior, los principales puntos de debate planteados han sido los siguientes:

— *La reclamación judicial instada por el progenitor varón al que el INSS le ha denegado indebidamente el complemento de maternidad por aportación demográfica, ¿puede sustanciarse por los trámites de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales?*

Establece la STS 540/2023, de 19 de julio (rec. 3106/2022), que dicha acción no tiene por qué ser sustanciada necesariamente a través de la modalidad procesal de reclamación en materia de Seguridad Social, sino que cabe también que la misma sea tramitada conforme a la modalidad procesal

[19] Instituto de las Mujeres, *III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025*, 2022, p. 130, disponible en https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1824.pdf.

[20] Gobierno de España, *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, 2021, p. 173, disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf.

[21] En el mismo sentido, Maldonado Molina, J.A., "La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social.* CEF, núm. 475, 2023, pp. 35-36. Debe tenerse en cuenta, además, que esta previsión del art. 60.1.b).3ª LGSS ha sido dotada de efectos retroactivos a fin de que la misma también resulte de aplicación a los complementos para la reducción de la brecha de género causados por los progenitores varones desde el 4 de febrero de 2021, y ello en virtud de la disposición transitoria cuadragésima cuarta LGSS incorporada por el RDL 2/2023.

de tutela de derechos fundamentales contemplada en los artículos 177 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), pues, al fin y al cabo, el demandante acciona contra una actuación de la entidad gestora que ha vulnerado su derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE). Considera que esta es la interpretación más adecuada conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio *pro actione* y lo dispuesto en el artículo 184 LRJS[22].

— *¿Cuál debe ser la fecha de efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido al progenitor varón al que se le denegó el mismo?*

En la STS 487/2022, de 30 de mayo (rec. 3192/2021) se plantea la posibilidad de establecer la fecha de efectos económicos del reconocimiento de este complemento en: a) la fecha de la STJUE de 12 de diciembre de 2019; b) los tres meses anteriores a la fecha de solicitud del complemento (art. 53.1 LGSS); c) la fecha del hecho causante de la pensión a complementar[23].

Ante esta encrucijada, entiende la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que debe tomarse como fecha de efectos económicos del complemento la del hecho causante de la pensión a la que este se vincula, al considerar que, atendiendo a la doctrina del TJUE[24], el artículo 60 LGSS -en su redacción anterior al RDL 3/2021- debe entenderse interpretado conforme a la STJUE de 12 de diciembre de 2019, no solo desde la fecha de esta sentencia, sino desde el momento mismo de entrada en vigor de aquel precepto[25] -esto es, el pronunciamiento del TJUE debe tener carácter retroactivo, pues en el mismo no se limitó esta posibilidad-. En idéntico sentido se pronunciaron las sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del TS de fecha 17 de febrero de 2022 (dos) -recursos 2872/2021 y 3379/2021-[26].

— *¿Tiene derecho el progenitor varón que ha visto desestimado por parte del INSS su solicitud del complemento de maternidad por aportación demográfica a recibir una indemnización por los posibles daños morales sufridos?*

Responde negativamente a esta cuestión la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la STS 361/2023, de 17 de mayo (rec. 2222/2022), al entender que dicho perjuicio no resulta atribuible al INSS, pues, como entidad gestora, no tiene atribuidas competencias normativas, de forma que no le resulta posible declarar la nulidad de un precepto legal o proceder a su modificación, siendo esta tarea encomendada al legislador. Del mismo modo, carece de competencias interpretativas para adaptar una norma nacional a la doctrina del TJUE, lo cual corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales.

En consecuencia, la responsabilidad de adaptar el artículo 60 LGSS a aquella doctrina correspondía en cualquier caso al legislador, y, en tanto no lo hiciera, sanciona la Sala el hecho de

[22] Esta sentencia es comentada y aplaudida en Casas Baamonde, M.E., "Proceso de tutela de derechos fundamentales y acción procesal de condena al abono de prestaciones de Seguridad Social (del complemento de maternidad solicitado por un varón)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2023.

[23] A fin de conocer en profundidad los múltiples pronunciamientos dispares que se han dado al respecto en nuestra jurisdicción social, *vid.* Maldonado Molina, J.A, "Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la fecha de efectos del complemento por maternidad reconocido a los hombres", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum,* núm. 32, 2022.

[24] Particularmente, la STJUE de 17 de marzo de 2021 (asunto C-585/19).

[25] En puridad, el artículo 60 LGSS debe ser interpretado conforme al pronunciamiento del TJUE desde la entrada en vigor de la norma de Derecho de la Unión objeto de interpretación (Directiva 79/7), pero, como quiera que en aquel momento aún no se encontraba en vigor el mismo, tomaremos como referencia lógica la fecha de inicio de la vigencia de este precepto.

[26] Aunque, por motivos de congruencia y de respeto al principio dispositivo que rige el proceso en el orden social, en estas resoluciones la Sala no pudo retrotraer los efectos económicos hasta el momento del hecho causante de la pensión a la que se anuda el complemento, pues ello excedía del objeto litigioso delimitado por las partes.

que los solicitantes tan solo pudiesen hacer efectivo su derecho ante la jurisdicción social -debiendo ventilarse las posibles responsabilidades del legislador ante el orden contencioso-administrativo mediante la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial-. Añade, además, que la quiebra del derecho a la igualdad de estos solicitantes a causa de la desestimación de su derecho queda reparada, en el ámbito del proceso sustanciado ante el orden social, por el reconocimiento retroactivo del complemento desde la fecha del hecho causante de la pensión[27].

Sin embargo, con carácter previo al dictado de la referida sentencia, el TSJ de Galicia había formulado una cuestión prejudicial europea[28] a fin de manifestar ante el TJUE esta duda interpretativa existente en torno al reconocimiento o no de una indemnización a estos solicitantes. Dicha cuestión prejudicial fue resuelta por la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (asunto C-113/22), en la cual el tribunal europeo declaró que los perjuicios sufridos por estos solicitantes ante la desestimación de su solicitud no resultan completamente compensados mediante el reconocimiento del complemento con efectos retroactivos desde la fecha del hecho causante de la pensión a la que este se vincula, sino que requieren de una indemnización adicional por los gastos en los que se han visto obligados a incurrir para judicializar su reclamación como consecuencia de una práctica administrativa que continuaba aplicando la norma declarada discriminatoria[29], indemnización que debe ser concedida por el mismo órgano jurisdiccional que conoce de la resolución administrativa desestimatoria del complemento solicitado.

En consecuencia, ante el pronunciamiento del TJUE, la STS 977/2023, de 15 de noviembre (rec. 5547/2022) aclara que los solicitantes que hayan visto denegada por el INSS su solicitud de reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica tienen derecho a que el órgano judicial les reconozca, además del citado complemento, una indemnización que cubra el perjuicio sufrido por el daño que la actuación de la entidad gestora le ha causado, cifrando el importe de la misma en 1.800€.

[27] No obstante, este pronunciamiento obvia la responsabilidad que debe recaer en el INSS como operador jurídico, pues, sin duda, toda intervención legislativa requiere un periodo de tiempo para poder ser elaborada e implementada, y ello, aunque nuestra Constitución prevea la posibilidad de empleo del Real Decreto-ley ante situaciones de extraordinaria y urgente necesidad que requieran la rápida adaptación de nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, en el lapso temporal que está llamado a transcurrir hasta que el legislador (o el Gobierno, en el caso del Real Decreto-ley) proceda a aquella modificación, considero que el INSS debería haber procedido a adaptar su interpretación normativa, especialmente ante la claridad del fallo europeo, no pudiendo afirmarse que esta potestad corresponda en exclusiva a la jurisdicción, pues de lo contrario, ante la necesidad de cualquier labor exegética de una norma, se abocaría a los administrados necesariamente a la vía judicial -de hecho, la razón de ser del orden contencioso-administrativo es, en esencia, la supervisión judicial de las posibles interpretaciones erróneas del Derecho aplicable que haya podido realizar la Administración en su actuación administrativa, pues la obligación de resolver que le incumbe conforme al artículo 21 de la Ley 39/2015 le obliga necesariamente a interpretar el Derecho-. Del mismo modo, el perjuicio sufrido por los solicitantes derivado de la denegación de su derecho por el INSS no puede verse reparado únicamente mediante la retroacción de los efectos económicos de su derecho al momento del hecho causante de la pensión, pues esa habría sido la situación que habrían disfrutado desde un inicio si no se hubiese vulnerado su derecho a la igualdad por el legislador español. En consecuencia, los perjuicios sufridos por los solicitantes varones derivados de la reiterada denegación de sus derechos no parecen agotarse completamente con el exclusivo efecto reparativo de aquella retroacción, sino que parecen exigir una compensación adicional.

[28] Mediante auto del TSJ de Galicia de 2 de febrero de 2022 (rec. 3601/2021).

[29] La importancia de la citada resolución europea radica, principalmente, en el recordatorio que efectúa el TJUE de la obligación de cumplimiento de sus sentencias, no solo por los tribunales nacionales, sino también por "*todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas nacionales encargadas de aplicar ese régimen*" (apartado 42 de dicha sentencia), tal y como se señala en Rojo Torrecilla, E., "Complemento por aportación demográfica. Las sentencias del TJUE también deben ser cumplidas por el INSS, y con reparación económica íntegra por el órgano jurisdiccional. Notas a la dictada por el TJUE el 14 de septiembre de 2023 (asunto C-113/22)", *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* (Blog), 2023, disponible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/09/complemento-por-aportacion-demografica.html.

— *¿Pueden dos progenitores percibir simultáneamente el complemento de maternidad por aportación demográfica?*

Tal y como se ha afirmado en el epígrafe anterior, la regulación del complemento de maternidad por aportación demográfica (art. 50 bis de la LGSS de 1994, transcrito de forma literal en el art. 60 LGSS promulgada por el RDL 8/2015) no contemplaba la incompatibilidad de la percepción de este complemento por ambos progenitores -sin duda, por la circunstancia de que fue configurado para ser percibido únicamente por mujeres, de modo que no se vio la necesidad de regular este aspecto, pues nunca se daría-. Sin embargo, a raíz de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, resulta posible que un hombre tenga derecho a percibir dicho complemento, surgiendo el interrogante de si el mismo sería compatible con la percepción del causado previamente por el otro progenitor.

La STS 362/2023, de 17 de mayo (rec. 3821/2022) resuelve este interrogante, estableciendo que el reconocimiento de este complemento a uno de los progenitores no debe impedir que el otro progenitor también lo perciba si reúne los requisitos legales[30].

Por tanto, la percepción simultánea por los dos progenitores del complemento de maternidad por aportación demográfica resulta posible, mientras que dicha simultaneidad se encuentra vedada para el actual complemento para la reducción de la brecha de género (art. 60.2 LGSS en su redacción posterior al RDL 3/2021). Tan solo resta por clarificar si resulta compatible -y en qué términos- la percepción simultánea del complemento de maternidad por aportación demográfica por parte de un progenitor y del complemento para la reducción de la brecha de género por parte del otro progenitor. Esta cuestión es resuelta por la STS 461/2023, de 29 de junio, la cual será objeto de comentario a continuación.

3. LA COMPATIBILIDAD DE LA PERCEPCIÓN SIMULTÁNEA DEL COMPLEMENTO ANTERIOR Y DEL COMPLEMENTO POSTERIOR AL RDL 3/2021 POR AMBOS PROGENITORES: LA STS 461/2023, DE 29 DE JUNIO

3.1. Antecedentes de hecho y postura de las sentencias contradictorias

Tal y como se ha afirmado anteriormente, la STS 461/2023 resuelve una controversia interpretativa más a añadir a las previamente apuntadas. Los hechos del caso son protagonizados por un pensionista varón, al cual le fue reconocida su pensión contributiva de jubilación con fecha de efectos económicos desde el 5 de octubre de 2018. Con fecha 4 de febrero de 2021, el referido actor procedió a solicitar el complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido en el artículo 60 LGSS en su redacción anterior al RDL 3/2021, al contar con dos hijos nacidos en octubre de 1980 y julio de 1985. Tal complemento le fue denegado por resolución del INSS de 11 de febrero de 2021, reiterándose tal negativa tras la formulación de la correspondiente reclamación previa.

Asimismo, la esposa del demandante es beneficiaria del complemento para la reducción de la brecha de género del artículo 60 LGSS -en su redacción posterior al RDL 3/2021-, el cual percibe junto con su pensión contributiva de jubilación, reconocida con fecha de efectos económicos desde el 8 de noviembre de 2021.

[30] Puede consultarse un comentario a esta sentencia en Ballester Pastor, I., "El complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto previa al RD-ley 3/2021 puede reconocerse a ambos progenitores", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2023. En dicho comentario se destaca la gran litigiosidad que la reclamación por los progenitores varones del complemento de maternidad por aportación demográfica ha generado tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019, así como el elevado número de controversias interpretativas que han tenido que ser resueltas por el Tribunal Supremo al respecto.

Procede entonces el demandante a reclamar judicialmente ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Santander su derecho a percibir el complemento de maternidad por aportación demográfica, estimando su pretensión la sentencia de instancia, la cual le reconoció su abono con fecha de efectos económicos desde el 4 de noviembre de 2020 -nótese que se toma como referencia para fijar dicha fecha de efectos los 3 meses anteriores a la solicitud del complemento-, aunque entendiendo que el referido complemento debe verse minorado en el importe del complemento para la reducción de la brecha de género que percibe su esposa, y ello con fecha de efectos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución por la que se reconoció el citado complemento a la misma.

La referida sentencia fue recurrida en suplicación por parte del actor ante el TSJ de Cantabria, el cual dictó sentencia de fecha 1 de abril de 2022 (rec. 213/2022) estimando el recurso interpuesto, y declarando el derecho del recurrente a percibir el complemento de maternidad por aportación demográfica con fecha de efectos económicos desde el 5 de octubre de 2018 -momento del hecho causante de la pensión de jubilación- y sin minoración alguna por el hecho de que su esposa se encuentre percibiendo simultáneamente el complemento para la reducción de la brecha de género.

Entiende la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria que la disposición transitoria 33º LGSS introducida por el RDL 3/2021 no resulta de aplicación al supuesto de hecho, y ello por dos motivos: en primer lugar, porque la misma no se encontraba en vigor en el momento del hecho causante de la pensión de jubilación del solicitante -5 de octubre de 2018-, no siendo posible su aplicación retroactiva, al no determinarse este efecto en ella (art. 2.3 Código Civil). En segundo lugar, dicha disposición transitoria tan solo contempla la minoración cuando, habiendo causado un progenitor un complemento de maternidad por aportación demográfica, el otro solicite un complemento para la reducción de la brecha de género, no a la inversa -como ocurre en el supuesto ante el que nos encontramos-. Asimismo, reconoce la Sala el derecho del solicitante a percibir el complemento de maternidad solicitado desde el momento del hecho causante de su pensión de jubilación, corrigiendo también a la resolución de instancia en este punto -y ello conforme a la doctrina del Tribunal Supremo mencionada en el apartado anterior de este trabajo-.

Así, por el letrado de la Seguridad Social se interpuso en nombre y representación del INSS y de la TGSS recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia de contraste la STSJ Aragón de 22 de octubre de 2021 (rec. 647/2021), la cual, ante hechos idénticos en lo sustancial, reconoce a un pensionista por jubilación -que lo era desde el 6 de julio de 2017[31]- el derecho a percibir el complemento de maternidad por aportación demográfica reclamado, aunque matizando que, al haberse reconocido a su esposa posteriormente el complemento para la reducción de la brecha de género con motivo de su jubilación, aquel debe ser minorado desde el primer día del mes siguiente a la fecha de la resolución por la que se reconoce a su esposa el derecho a percibir su complemento.

Entiende esta resolución que procede la minoración del complemento en la medida en que resulta de aplicación al pensionista la disposición transitoria 33º LGSS, estableciendo además la fecha de efectos económicos del reiterado complemento en los 3 meses anteriores a la fecha de la solicitud del mismo -recuérdese que, en este momento, el TS aún no había unificado doctrina estableciendo que dichos efectos económicos deben producirse desde la fecha del hecho causante de la pensión objeto de complemento-.

[31] Contiene una errata en este sentido la STS 461/2023, pues en ella se especifica que la pensión de jubilación de dicho pensionista fue reconocida con fecha de efectos económicos desde el "11 de julio de 2017".

3.2. La STS 461/2023: voto mayoritario

En el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto se formularon dos puntos de contradicción: uno referido a la fecha de efectos económicos que debe darse al complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido al progenitor varón, y otro relativo a la aplicación de la minoración prevista en la disposición transitoria 33º LGSS al citado complemento. No obstante, el primer punto de contradicción fue inadmitido por falta de contenido casacional, al haberse resuelto la controversia previamente por el TS, tal y como ya se ha tenido la ocasión de comentar. Por tanto, el debate se centra exclusivamente en torno a la referida minoración, sobre la cual la Sala aún no había tenido ocasión de pronunciarse -dado que en la STS 362/2023 referida en páginas anteriores tan solo se discutió si ambos progenitores tenían derecho a percibir el complemento de maternidad por aportación demográfica, no planteándose la duda aquí presente, al no tener ninguno de ellos derecho al nuevo complemento para la reducción de la brecha de género-.

Así, considera la Sala Cuarta que, ciertamente, la aplicación de la disposición transitoria 33º LGSS al complemento de maternidad por aportación demográfica del solicitante -cuyos efectos económicos se reconocen desde el 5 de octubre de 2018, momento del hecho causante de la pensión-, supone una aplicación retroactiva de la citada norma, a lo que no obsta el artículo 2.3 del Código Civil, pues, con cita en la STC 27/1981 "*el tenor del artículo 2.3 del Código Civil no exige que* [la norma a aplicar de forma retroactiva] *expresamente disponga la retroactividad, sino que ordene que sus efectos alcanzan a tales situaciones"*. Por tanto, resulta claro para la Sala que la referida disposición transitoria pretende su aplicación retroactiva a los complementos de maternidad por aportación demográfica causados -o en cualquier caso, que deberían haberlo sido- con anterioridad a su entrada en vigor el 4 de febrero de 2021, ordenando su minoración en el importe del complemento para la reducción de la brecha de género reconocido al otro progenitor.

No obstante, se cuestiona la Sala si dicha aplicación retroactiva no estaría vedada por el artículo 9.3 CE, al poder considerarse que la misma restringe el derecho individual del progenitor a percibir íntegramente el importe del complemento de maternidad por aportación demográfica que le es reconocido. Sin embargo, se concluye finalmente que dicha retroactividad no supone una restricción de derechos individuales, por cuanto no se niega al progenitor la percepción del complemento, sino que tan solo se minora su cuantía. Así, afirma la sentencia que "*Es evidente que el legislador* […] *ha querido solventar, por medio de esta figura normativa -disposición transitoria- la incidencia de los derechos ya reconocidos bajo el régimen anterior con el nuevo, acudiendo a una regla de minoración cuantitativa del derecho prestacional anterior cuando concurre con el redefinido, lo que no se cuestiona en su constitucionalidad ya que tan solo está afectando a la cuantía que no al derecho que sigue vigente y que puede, incluso, verse restaurado en caso de que se extinga la pensión del otro beneficiario*" (FJ 2 *in fine*).

Por tanto, y compartiendo la opinión emitida por el Ministerio Fiscal en su informe, se declara que procede la percepción del complemento de maternidad por aportación demográfica por el solicitante, aunque minorado en su importe en la cuantía del complemento para la reducción de la brecha de género reconocido a su esposa.

3.3. El voto particular discrepante: la defensa de la interpretación con perspectiva de género

Frente a la interpretación mayoritaria de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, formula la magistrada Rosa María Virolés Piñol voto particular discrepante.

Considera la magistrada que el supuesto de hecho analizado no se encuentra bajo el ámbito de vigencia del RDL 3/2021 y, por tanto, de la disposición transitoria 33º LGSS, en la medida en que el hecho causante de la pensión de jubilación es anterior a su entrada en vigor. Por tanto, ante lo que podría considerarse como una laguna jurídica (si bien en el voto particular no es empleada esta calificación, aunque se afirma que se da una "ausencia de previsión expresa" en el caso), procede integrar Derecho aplicando una interpretación con perspectiva de género en favor del solicitante.

Así, en la medida en que la regulación original del artículo 60 LGSS nada contemplaba al respecto de la incompatibilidad de la percepción simultánea por parte de ambos progenitores del complemento de maternidad por aportación demográfica, y menos aún, por tanto, de su minoración con motivo de que el otro progenitor percibiese un complemento con idéntica finalidad, debe interpretarse en consecuencia que el referido complemento debe ser percibido en su integridad por quien cumpla los requisitos legales contemplados en el precepto, sin tomar en consideración la circunstancia de que el otro progenitor -sea hombre o mujer- se encuentre percibiendo el complemento para la reducción de la brecha de género.

La conclusión contraria quebraría la lógica establecida en la STS 362/2023, en la que el silencio de la redacción original del artículo 60 LGSS fue interpretado, por mor de la perspectiva de género -por la que se consagra el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres-, de modo que se reconociese a ambos progenitores el complemento de maternidad por aportación demográfica, cuando ello no se encontraba expresamente previsto. En idéntico sentido, el silencio del mismo precepto en este caso no debería resolverse en detrimento del solicitante, puesto que, reproduciendo la argumentación de aquella sentencia "*Restringir el beneficio a un solo progenitor (sin que tampoco exista un criterio para determinar quién deba ser) o su reparto entre ambos, bajo el argumento de que los causantes de la prestación son los menores; no solo desconoce las exigencias contributivas, sino que acabaría actuando sin habilitación normativa para ello, en contra de la contemplación igualitaria de una norma, que no puede ampararse en las excepciones destinadas a restablecer previos desequilibrios*".

4. CONCLUSIÓN CRÍTICA

El voto particular contenido en esta resolución aporta una interesante perspectiva que se compartiría en caso de aceptar la premisa de la que parte: la existencia de una laguna jurídica que debe ser integrada debido a que el supuesto analizado no tiene encaje en el ámbito de vigencia del RDL 3/2021 y, por tanto, de la disposición transitoria 33º LGSS.

Si bien es cierto que el hecho causante de la pensión contributiva de jubilación a la que se vincula el complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido es anterior a la entrada en vigor de la referida disposición transitoria, considero que la misma tiene una clara vocación de retroactividad, tal y como declara el voto mayoritario contenido en la sentencia (de hecho, dicho precepto afecta a complementos de maternidad por aportación demográfica que se encuentran necesariamente vinculados a pensiones causadas con anterioridad a su entrada en vigor).

Por tanto, la cuestión radica en si dicha aplicación retroactiva se encuentra vedada por el artículo 9.3 CE. La postura mayoritaria de la Sala afirma que no, por cuanto la referida norma no restringe derechos individuales, en tanto no se suprime el derecho a la percepción del complemento, sino que tan solo se minora su cuantía. Sin embargo, resulta difícil compartir este razonamiento: ¿acaso no diríamos que a un pensionista, al que de un mes para otro se le minora el importe de su pensión, se le está restringiendo el derecho individual al cobro íntegro de la pensión que la normativa vigente en el momento del hecho causante de aquella dispuso para él?

Tal y como afirma la STC 49/2015, de 5 de marzo, "*la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros*", lo cual se arguyó para rechazar que la supresión de la revalorización de la pensiones contemplada para el ejercicio 2012[32] constituyese un supuesto de retroactividad restringida por el artículo 9.3 CE, al considerar que los pensionistas únicamente contaban con una expectativa de derecho, por lo que no se les privó de un derecho patrimonial consolidado. Pues bien, no resulta sencillo en este caso afirmar que el derecho a percibir un complemento económico de cuantía cierta y determinada, que se denegó a un solicitante a causa de una norma que lo discriminó, constituye una mera expectativa o derecho eventual, pues, de hecho, el mismo habría venido percibiendo el referido complemento de forma efectiva y con un importe concreto desde el momento del hecho causante de su pensión, de no ser por la actuación de tal norma discriminatoria. Por tanto, considero que cabría poner en tela de juicio la constitucionalidad de la minoración contemplada en la disposición transitoria 33ª LGSS, habiendo resultado quizás procedente la formulación de una cuestión de inconstitucionalidad en el presente caso.

En fin, el debate suscitado no es sino una controversia más originada en torno a la regulación de unos complementos económicos que, pese a su loable fin, han sido configurados con una deficiente técnica normativa que ha dado lugar a múltiples injusticias, algunas de las cuales se han solventado (*v.gr.* el derecho del progenitor varón a percibir este complemento, desechando la noción de que únicamente la mujer puede verse perjudicada profesionalmente por la crianza de los hijos e hijas), y otras de las cuales, no (*v.gr.* la denegación del complemento de maternidad por aportación demográfica a mujeres jubiladas de forma anticipada, proporcionando un trato diferente a las mujeres que han tenido hijos según su forma de acceso a la jubilación, lo cual ha sido sancionado por el Tribunal Constitucional en su ATC 114/2018, de 16 de octubre[33]). Incluso pese al varapalo judicial sufrido por la redacción original del artículo 60 LGSS, la actual dicción de este precepto ha vuelto a ser puesta en entredicho mediante una nueva cuestión prejudicial europea formulada por el TSJ de Madrid mediante auto de 13 de septiembre de 2023, por la que los magistrados se plantean si la misma resulta nuevamente contraria a la Directiva 79/7 y a los artículos 20, 21, 23 y 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Aunque -dada la incertidumbre inherente a todo proceso judicial- las afirmaciones que se realicen al respecto deben formularse de manera cautelosa, resulta muy posible que el TJUE declare nuevamente la vulneración del Derecho de la Unión por parte del artículo 60 LGSS[34], ante lo cual

[32] Ordenada por el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social.

[33] Una intensa crítica a esta decisión del Tribunal Constitucional -la cual consta de dos votos particulares discrepantes- puede consultarse en Moreno Romero, F., "La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: apunte sobre su reforma por el Real Decreto-ley 3/2021", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, pp. 687-695. Asimismo, cabe destacar que la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada mediante el citado ATC motivó el planteamiento de una cuestión prejudicial europea por parte del Juzgado de lo Social nº3 de Barcelona, la cual desembocó en la STJUE de 12 de mayo de 2021 (asunto C-130/20), por la que se determinó que este trato diferencial no se subsume en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, en la medida en que el supuesto trato discriminatorio no se produce por "razón de sexo", sino como consecuencia de una quiebra de la igualdad de trato entre trabajadoras del sexo femenino. A propósito de la resolución europea, *vid*. Ballester Pastor, I., "El complemento de pensión por jubilación para mujeres con más de dos hijos -por su aportación demográfica a la Seguridad Social- no se abona a perceptoras de pensión de jubilación anticipada por voluntad propia. El art. 60.4º LGSS no supone una discriminación directa de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE, de aplicación progresiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021.

[34] En el mismo sentido, Gala Durán, C., "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?" …, op. cit., p. 159; así como Beltrán de Heredia Ruiz, I. "Complemento por maternidad o para la reducción de la brecha de género (art. 60 LGSS): estado de la doctrina

cabe preguntarse, tal y como realiza el TSJ de Madrid, si no habría sido suficiente con reconocer tal complemento al progenitor que causase una pensión de menor cuantía, sin distinción entre sexos.

5. BIBLIOGRAFÍA

Ballester Pastor, I., "El complemento de pensión por jubilación para mujeres con más de dos hijos -por su aportación demográfica a la Seguridad Social- no se abona a perceptoras de pensión de jubilación anticipada por voluntad propia. El art. 60.4º LGSS no supone una discriminación directa de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE, de aplicación progresiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2021.

Ballester Pastor, I., "El complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto previa al RD-ley 3/2021 puede reconocerse a ambos progenitores", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2023.

Beltrán de Heredia Ruiz, I. "Complemento por maternidad o para la reducción de la brecha de género (art. 60 LGSS): estado de la doctrina jurisprudencial y nueva cuestión jurisprudencial del TSJ Madrid", *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (Blog), 2023, disponible en https://ignasibeltran.com/tag/complemento-maternidad/.

Casas Baamonde, M.E., "Proceso de tutela de derechos fundamentales y acción procesal de condena al abono de prestaciones de Seguridad Social (del complemento de maternidad solicitado por un varón)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2023.

Gala Durán, C., "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar* social, núm. 158, 2021.

Maldonado Molina, J.A, "Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la fecha de efectos del complemento por maternidad reconocido a los hombres", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum,* núm. 32, 2022.

Maldonado molina, J.A., "La reforma de las pensiones de 2023: ¿conciliación de sostenibilidad financiera y social?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social.* CEF, núm. 475, 2023.

Molina Navarrete, C., "El "bamboleo" de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia: ¿se puede compensar el "daño de maternidad" (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total? Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Supremo 111/2023, de 8 de febrero, 167/2023, de 27 de febrero, y 169/2023, de 2 de marzo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 474, 2023.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 22, 2020.

Moreno Romero, F., "La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: apunte sobre su reforma por el Real Decreto-ley 3/2021", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021.

jurisprudencial y nueva cuestión jurisprudencial del TSJ Madrid", *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (Blog), 2023, disponible en https://ignasibeltran.com/tag/complemento-maternidad/.

Rojo Torrecilla, E., "Complemento por aportación demográfica. Las sentencias del TJUE también deben ser cumplidas por el INSS, y con reparación económica íntegra por el órgano jurisdiccional. Notas a la dictada por el TJUE el 14 de septiembre de 2023 (asunto C-113/22)", *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* (Blog), 2023, disponible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/09/complemento-por-aportacion-demografica.html.

5.1. Otras referencias

Gobierno de España, *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, 2021, p. 173, disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf.

Instituto de las Mujeres, *III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025*, 2022, p. 130, disponible en https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1824.pdf.

Instituto Nacional de la Seguridad Social, *Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de noviembre de 2023*, 2023, disponible en https://n9.cl/6qtin.