Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Estudios de Doctrina Judicial
nº 41 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Pags. 147-170

Las controversias judiciales en torno al viejo complemento por maternidad y al supuesto "varón discriminado", con especial referencia a la cuestión relativa al concreto cauce procesal

The judicial controversies surrounding the old maternity allowance and the alleged 'discriminated male', with particular reference to the question of the specific procedural channel

Cristina Aragón Gómez *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*
https://orcid.org/0000-0003-0849-8299

Sumario

1. **El origen del conflicto**
2. **Las controversias judiciales en torno al viejo complemento por maternidad y al supuesto "varón discriminado"**
   2.1. La fecha de efectos económicos del complemento por maternidad
   2.2. El plazo de prescripción del derecho al complemento
   2.3. La titularidad única o dual del complemento
   2.4. La reparación del supuesto daño causado
   2.5. El cauce procesal para reclamar el complemento por parte de un "varón discriminado"
3. **La reclamación judicial del complemento por maternidad a través del proceso en materia de prestaciones de Seguridad Social**
4. **La reclamación judicial del complemento a través del proceso de tutela de derechos fundamentales**
5. **Valoración personal**
6. **Bibliografía**

Fecha Recepción: 5/8/2024
Fecha Revisión: 1/10/2024
Fecha Aceptación: 1/10/2024

Cita Sugerida: ARAGÓN GÓMEZ, C.: «Las controversias judiciales en torno al viejo complemento por maternidad y al supuesto "varón discriminado", con especial referencia a la cuestión relativa al concreto cauce procesal». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 41 (2024): 147-170.

Resumen

La STJUE 12-12-2019 declaró que el complemento por maternidad previsto en el art. 60 LGSS (en su redacción originaria) resultaba contrario a la Directiva 79/7/CEE, por cuanto discriminaba directamente a los varones. Dada la preminencia del Derecho de la Unión, el INSS debía haber acatado la doctrina del Tribunal de Luxemburgo. Sin embargo, alegando la ausencia de competencias normativas y su sumisión al principio de legalidad interna, la entidad gestora advirtió que seguiría reconociendo el derecho al complemento únicamente a las mujeres que cumplieran los requisitos legalmente exigidos, mientras no se produjera una modificación legislativa. Un criterio que se mantuvo hasta casi dos años después, cuando el INSS finalmente revisó su previa y errónea decisión. Desde entonces, el Tribunal Supremo ha tenido que dar respuesta a multitud de controversias judiciales en torno al viejo complemento por maternidad y al supuesto "varón discriminado".

Palabras clave

complemento por maternidad; complemento por aportación demográfica; discriminación del varón; retroactividad; reclamación de prestaciones de Seguridad Social; proceso de tutela de derechos fundamentales; indemnización por daños

Abstract

The CJEU 12-12-2019 declared that the maternity allowance provided for in art. 60 LGSS (in its original wording) was contrary to Directive 79/7/EEC, in that it directly discriminated against men. Given the pre-eminence of EU law, the INSS should have complied with the doctrine of the Luxembourg Court. However, citing the absence of regulatory powers and its submission to the principle of internal legality, the managing body warned that it would continue to recognise the right to the allowance only for women who met the legally required conditions, as long as there was no legislative amendment. A criterion that was maintained until almost two years later, when the INSS finally reviewed its previous erroneous decision. Since then, the Supreme Court has had to respond to a multitude of legal disputes concerning the old maternity allowance and the alleged 'discriminated male'.

Keywords

maternity allowance; demographic contribution allowance; discrimination against men; retroactivity; claim for social security benefits; proceedings for the protection of fundamental rights; compensation for damages

1. EL ORIGEN DEL CONFLICTO

Históricamente, las mujeres han asumido un papel principal en el cuidado de los hijos, de los ancianos y de las personas en situación de dependencia. La sociedad, en su conjunto, tiene una insalvable deuda con tantas esposas, madres, hermana y abuelas que han sostenido la vida, aun cuando ello supusiera un evidente perjuicio en su carrera profesional y, por ende, en su carrera de seguro. La trayectoria laboral de las mujeres provoca, en el ámbito de la protección social, dos importantes consecuencias: una mayor dificultad para poder causar una prestación de carácter contributivo y una menor intensidad de la acción protectora[1].

Conscientes de este problema, los miembros de la comisión del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo del año 2011 respaldaron *"la valoración de la dimensión de género en materia de pensiones y la consideración en la carrera de cotización de las mujeres de las diversas circunstancias que pueden incidir en ellas"* (recomendación núm. 17). En este contexto, la Ley 48/2015[2] reconoció a las mujeres que habían tenido hijos (biológicos o adoptados) el derecho a un complemento de su pensión. Y aunque ninguna justificación se contenía en la exposición de motivos de la norma, su objetivo no era otro que reducir la brecha de género en las pensiones tratando de compensar el impacto que la crianza provocaba en las carreras de seguro.

A tal efecto, la DF2ª Ley 48/2015 incorporaba un nuevo precepto (el art. 50.bis) en la LGSS de 1994; regulación que quedaría definitivamente incluida en el art. 60 LGSS de 2015, como un complemento por maternidad, reconociendo con ello a las mujeres con hijos *"su aportación demográfica a la Seguridad Social"*. Concretamente, el derecho a este complemento se condicionaba al cumplimiento de determinados requisitos: a) que la mujer hubiera tenido, al menos, dos hijos biológicos o adoptivos antes del hecho causante de la prestación; b) que la mujer fuese beneficiaria de una pensión contributiva de jubilación (salvo jubilación anticipada voluntaria y jubilación parcial), viudedad o incapacidad permanente; y c) que la pensión se hubiera causado a partir del 1-1-2016. Y el importe de este complemento era el resultado de aplicar, a la cuantía inicial de la pensión, un porcentaje que variaba en función del número de hijos: un 5% en caso de dos hijos; un 10% en caso de tres hijos; y un 15% en caso de cuatro o más hijos.

La configuración jurídica del complemento por maternidad planteaba dudas con respecto a su conformidad con el art. 14 CE y con la Directiva 79/7/CEE[3], por cuando generaba diferencias de trato entre mujeres y hombres en el acceso al derecho. Para nuestro Tribunal Constitucional, la duda de constitucionalidad de este nuevo complemento no resultaba mínimamente fundada (ATC 61/2018). Sin embargo, tras varias cuestiones prejudiciales inadmitidas a trámite, la STJUE 12-12-2019, C-450/18[4] concluyó que el complemento por maternidad no era conforme con el Derecho de la Unión y ello con base en los siguientes argumentos:

Primero.- La aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la aportación de las mujeres.

---

[1] *In extenso*: Aragón Gómez, Cristina. "El impacto de la conciliación en el acceso a la protección del sistema de Seguridad Social y en la intensidad de su cobertura: la brecha prestacional entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social". En: AAVV. *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*. Murcia, Ediciones Laborum, 2018, Tomo II, pp. 121 a 138.

[2] Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (BOE 30-10-2015, núm. 260).

[3] Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (DOCE 10-1-1979, núm. L 006).

[4] En respuesta a una cuestión prejudicial interpuesta por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gerona.

Segundo.- La condición de progenitor es una cualidad predicable tanto de mujeres como de hombres.

Tercero.- La situación de un padre y de una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos. En palabras del propio Tribunal: *"La circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera"*.

Es cierto que el principio de igualdad de trato no se opone a disposiciones que protejan a la mujer por motivos de la maternidad (art. 4.2 Directiva 79/7/CEE). Lo que ocurre es que el art. 60 LGSS 2015 (en su redacción originaria) no contenía ningún elemento que estableciera un vínculo entre la concesión del complemento y las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue a la adopción o al parto. El complemento prescinde de si la mujer se ha visto realmente perjudicada en su carrera profesional y únicamente toma en consideración el hecho de que haya tenido dos o más hijos. Y, precisamente por ello, en opinión del Tribunal, el complemento de maternidad no estaba comprendido en el ámbito de aplicación del art. 4.2 Directiva 79/7/CEE, y constituía una discriminación directa por razón de sexo. En definitiva, el tribunal mantiene la misma tesis que ya sostuvo previamente en la STJCE 29-11-2001 (asunto Griesmar) y en la STJUE 17-7-2014 (asunto Leone).

Esta resolución ha tenido un impacto trascendental en nuestro sistema de pensiones, pues partiendo del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, todo varón con dos o más hijos que hubiera causado una pensión contributiva de jubilación, de viudedad o de incapacidad permanente entre el 1-1-2016 y el 3-2-2021, y que haya reclamado o reclame el complemento por maternidad tiene derecho su reconocimiento. En definitiva, con motivo de esta resolución judicial, el complemento por maternidad se hizo extensivo a todos los pensionistas con dos o más hijos, lo que ha favorecido un incremento de la brecha prestacional (pues el complemento de los hombres es superior al de las mujeres en la medida en que representa un porcentaje sobre la pensión). Y de ahí que urgiera una modificación legislativa que evitara ese alcance subjetivo generalizado y, al tiempo, depurara las situaciones de discriminación.

Sin embargo, hubo que esperar más de un año para que el RDLey 3/2021[5] confiriera una nueva redacción al art. 60 LGSS y, en su virtud[6], sustituyera el antiguo complemento por maternidad, por un complemento para reducir la brecha de género. A través de él, el legislador ha pretendido combinar *"una acción positiva en favor de las mujeres (si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el «complemento» lo percibe la mujer) con la previsión de una «puerta abierta» para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable"* (preámbulo). El problema es que este nuevo complemento se aplica únicamente a las pensiones a partir del 4-2-2021. Para las pensiones causadas con anterioridad, sigue siendo aplicable el art. 60 LGSS en su antigua redacción.

Pues bien, dictada la STJUE 12-12-2019, y dada la preminencia del Derecho de la Unión, el INSS debía haber acatado su doctrina. Sin embargo, alegando la ausencia de competencias normativas y su sumisión al principio de legalidad interna, la entidad gestora advirtió que seguiría reconociendo el

[5] 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 (BOE 3-2-2021, núm. 29).

[6] Y su réplica en el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

derecho al complemento únicamente a las mujeres que cumplieran los requisitos legalmente exigidos, mientras no se produjera una modificación legislativa que adaptara el art. 60 LGSS al Derecho de la Unión[7]. Sin perjuicio, obviamente, de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconocieran el citado complemento de pensión a los hombres. Un criterio que se mantuvo hasta el 2-12-2021; fecha en la que el INSS revisó finalmente su previa y errónea decisión.

Desde entonces, el Tribunal Supremo ha tenido que dar respuesta a varias controversias judiciales en torno al viejo complemento por maternidad y al supuesto "varón discriminado" de especial interés y relevancia, que serán objeto de análisis a lo largo de las siguientes líneas.

2. LAS CONTROVERSIAS JUDICIALES EN TORNO AL VIEJO COMPLEMENTO POR MATERNIDAD Y AL SUPUESTO "VARÓN DISCRIMINADO"

2.1. La fecha de efectos económicos del complemento por maternidad

Uno de los principales motivos de controversia ha girado en torno a la fecha de efectos económicos del reconocimiento del complemento por maternidad a un varón con dos o más hijos. Para la entidad gestora, los efectos económicos se debían producir a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presentase la correspondiente solicitud, y nunca más allá del 17 de febrero de 2020 (fecha de publicación de la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019)[8]. Y, por su parte, los Tribunales Superiores de Justicia han mantenido tesis dispares[9]: algunas resoluciones entendían que resultaba de aplicación el art. 53 LGSS y, en su virtud, establecían una retroacción de tres meses desde la fecha de la solicitud[10]. Otras resoluciones[11] situaban los efectos económicos del complemento en la fecha de publicación de la sentencia, pues -en opinión del Tribunal- este criterio se desprendía del art. 32.6 Ley 40/2015[12]. Y, para una tercera corriente de la doctrina judicial, los efectos económicos debían situarse en la fecha de reconocimiento de la pensión complementada, pues solo así se restablecía al beneficiario en la integridad de su derecho y se le reponía en la situación anterior al momento de producirse la vulneración del principio de igualdad y no discriminación[13].

Pues bien, el Tribunal Supremo ha zanjado finalmente este debate, inclinándose por la tercera de las tesis expuestas[14]. Con carácter general, el pago de una prestación causada se condiciona a la previa solicitud del interesado. Y, en la medida en que esta regla resulta igualmente aplicable

[7] Instituto Nacional de la Seguridad Social. Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica. Criterio de Gestión 1/2020, de 31-1-2020.

[8] Criterio de gestión 35/2021, de 2-12-2021, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

[9] *In extenso*, Maldonado Molina, Juan Antonio. "Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de la doctrina judicial", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF,* núm. 466, 2022, pp. 209 a 232 y Vivero Serrano, Juan Bautista. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género,* Granada, Editorial Comares, 2021, pp. 103 a 131.

[10] SSTSJ Galicia 13-4-2021, Rº 3654/2020, Asturias 1-6-2021, Rº 942/2021 y Castilla y León 4-11-2021, Rº 459/2021. Criterio defendido igualmente por Vivero Serrano, Juan Bautista. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género.* Granada, Comares, 2021, p. 121.

[11] STSJ País Vasco 2-3-2021, Rº 177/2021.

[12] Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE 2-10-2015, núm. 236). De conformidad con dicho precepto, *"la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa".*

[13] SSTSJ Navarra 1-7-2021, Rº 205/2021 y Rioja 18-11-2021, Rº 205/2021.

[14] SSTS 17-2-2022, Rº 2872/2021 y Rº 3379/2021 y 30-5-2022, Rº 3192/2021.

al complemento por maternidad[15], la inactividad del individuo o una solicitud intempestiva puede afectar tanto al derecho, como a su percepción o disfrute. En efecto, según el art. 53 LGSS, el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribe a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la LGSS y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

Pero, para el Tribunal Supremo, *"era extremadamente difícil que el beneficiario pudiera ejercitar su derecho en la fecha de reconocimiento de la pensión"*, lo que provocó en la práctica la demora en la reclamación del complemento por maternidad. Dicho, en otros términos, según la Sala 4ª, el retraso en la solicitud no es imputable al beneficiario, por lo que no puede ser éste quien sufra las consecuencias derivadas del mismo.

De otro lado, el art. 32.6 Ley 40/2015 dispone que la sentencia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea produce efectos desde la fecha de su publicación en el DOUE. Pero este precepto se encuentra incardinado en la sección 1ª del Capítulo IV, que regula la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Y, en consecuencia, no resulta aplicable al caso, pues, en opinión del Tribunal Supremo, no puede proyectarse sin más sobre otros ámbitos.

Al margen de lo expuesto, el Tribunal Supremo nos recuerda que la interpretación que hace el TJUE de una norma de Derecho de la Unión Europea aclara y precisa el significado y alcance de ésta, tal y como habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. Por tanto, las sentencias del TJUE que resuelven cuestiones prejudiciales no tienen carácter constitutivo, sino declarativo y, en consecuencia, sus efectos son *ex tunc* y se retrotraen a la fecha de entrada en vigor de la disposición interpretada (art. 267 TFUE). Es cierto que, con carácter excepcional y con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica, se pueden limitar los efectos de la sentencia en el tiempo. Pero tal limitación solo la puede decidir el propio TJUE en la misma sentencia en la que se resuelve la interpretación solicitada. Lo que ocurre es que la STJUE 12-12-2019 no estableció ninguna limitación temporal, de manera que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia de que se trate.

A mayor abundamiento, el art. 4 bis.1 LOPJ[16] dispone que los órganos judiciales nacionales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, lo que evidencia el carácter vinculante de ésta. Por lo expuesto, el órgano judicial nacional está obligado a interpretar y aplicar la normativa interna a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que esta persigue. Y esa interpretación conforme, según el Tribunal Supremo, conduce a ubicar la fecha de efectos económicos del complemento en la fecha del hecho causante de la pensión complementada, siempre y cuando el varón cumpliera en tal momento los restantes requisitos exigidos por el art. 60 LGSS en su redacción original. De esta forma, los tribunales debían aplicar este precepto en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento.

[15] Las últimas sentencias del Tribunal Supremo, no obstante, parecen apuntar a la idea de que, aunque efectivamente es precisa la solicitud, no es necesaria una petición expresa del complemento en cuestión, sino que basta con la solicitud de la pensión complementada. En palabras del Tribunal, basta con solicitar la pensión para que la entidad gestora, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos, deba incluir en la resolución los concretos complementos a que haya lugar. En definitiva, la solicitud del complemento se encuentra ínsita en la solicitud de la pensión, pues su objeto no solo alcanzaría a su mero reconocimiento, sino también a todos los elementos determinantes de su concreta cuantía (STS 5-6-2024, Rº 3195/2023).

[16] Añadido por el art. único.2 Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE 22-7-2015, núm. 174).

En definitiva, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutan las personas de la categoría privilegiada. Debe así reconocerse al "varón discriminado" el derecho al complemento por maternidad con efectos económicos desde la fecha del hecho causante de su pensión, pues si el beneficiario hubiera sido una mujer le hubieran reconocido el complemento desde esa misma fecha[17].

2.2. El plazo de prescripción del derecho al complemento

Un segundo motivo de debate, íntimamente relacionado con el anterior, es el relativo al plazo de prescripción del derecho al complemento por maternidad. Ya hemos visto que, según el art. 53 LGSS, *"el reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley"*.

Pues bien, según el antiguo art. 60.1 LGSS -en su redacción anterior-, el complemento por maternidad tiene naturaleza jurídica de pensión pública contributiva. Y, además, establece en su apartado sexto que el derecho al complemento se encuentra sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente al nacimiento, duración, extinción y, en su caso, actualización. Por lo expuesto, resultaría aplicable el régimen jurídico de la prescripción contenido en el art. 53 LGSS. A mayor abundamiento, sería perfectamente posible defender que, en la medida en que las pensiones de jubilación y de viudedad son imprescriptibles (arts. 212 y 230 LGSS), el derecho al complemento con respecto a estas concretas pensiones también lo sería[18]. Sin embargo, para el INSS, esta sujeción al régimen jurídico de la pensión principal no alcanzaba al plazo de prescripción, por lo que el complemento por maternidad prescribiría a los cinco años en todo caso[19].

Pero el Tribunal Supremo no comparte este criterio. De un lado, para el Supremo, el *dies a quo* del plazo para solicitar el complemento por maternidad no puede fijarse en un momento anterior al 12-12-2019, pues, hasta dicha fecha, la redacción literal del art. 60 LGSS únicamente contemplaba el complemento para las mujeres. Y dicha redacción no fue considerada contraria a la Directiva 79/7/CEE por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo hasta la sentencia del TJUE. *"Por tanto, los varones no pudieron adquirir pleno conocimiento de un derecho que la literalidad de la norma les negaba hasta la fecha de la referida sentencia; por lo que con anterioridad a la misma no podía comenzar, en ningún caso, plazo de prescripción alguno"*[20].

Y de otro lado, el complemento de maternidad -al igual que el complemento a mínimos, o el complemento de brecha de género- no es autónomo, sino que actúa de manera accesoria a la pensión contributiva a la que complementa. En consecuencia, no constituye una pretensión independiente de la solicitada en el momento en que se pide la pensión, sino que estaba ínsita en dicha acción. Dicho en otros términos, solicitada en plazo la prestación contributiva, los posibles complementos que de la misma pudieran derivar no prescriben.

Pues bien, acatando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el INSS ha modificado su anterior criterio de gestión. Y, en el nuevo, expresamente aclara: *"La naturaleza jurídica del complemento por maternidad es la misma que la pensión a la que complementa, por lo que el derecho al complemento*

[17] STS 21-2-2024, Rº 1083/2023.

[18] Algo que ya sostuvimos con carácter previo: Aragón Gómez, Cristina. "El complemento de pensiones para reducir la brecha de género", *Foro de Seguridad Social*, núm. 30, 2022, p. 46.

[19] Criterio de gestión 35/2021, de 2-12-2021.

[20] SSTS 21-2-2024, Rº 862/2023 y 5-6-2024, Rº 3195/2023.

será imprescriptible si el derecho a la pensión también lo es. No obstante, una vez reconocida la pensión, el derecho al complemento deviene en todo caso imprescriptible"[21].

2.3. La titularidad única o dual del complemento

La tercera de las cuestiones que ha generado controversia es la titularidad única o dual del complemento por maternidad. Sabemos bien que el actual complemento para reducir la brecha de género solo puede percibirse por uno de los dos progenitores. Y, a tal efecto, el legislador prevé determinadas cautelas para determinar cuál de ellos dos va a ser el concreto beneficiario de esta medida de acción positiva. Pero esta regulación resulta aplicable a los hechos causantes que se produzcan desde la entrada en vigor del RDLey 3/2021 y no afecta a las situaciones previas.

Pero, como es obvio, la regulación del complemento por maternidad nada decía al respecto, pues se partía de una premisa distinta: solo las mujeres podían percibirlo. El problema es que, tras la sentencia del TJUE de 12-12-2019, nos vemos en la obligación de sustituir el término "mujeres" por el término "personas" (prescindiendo, por tanto, del sexo del solicitante), lo que genera la posibilidad de que cualquier sujeto que cumpla los requisitos legalmente establecidos, acceda a esta mejora. Y ello nos aboca a la posibilidad de reconocer el complemento a ambos progenitores, lo que suscita la siguiente duda: ¿un mismo descendiente puede causar varios complementos o, dicho en otros términos, el complemento de maternidad puede disfrutarse por los ambos progenitores de forma simultánea?

Ante esta cuestión, la entidad gestora entendió que la titularidad debía ser única[22]. En su opinión, si el motivo para la concesión del complemento por maternidad era la aportación demográfica a la Seguridad Social y esta aportación es la misma para ambos progenitores, el complemento tenía carácter unitario y no era admisible reconocer más de un complemento en razón de un mismo hijo o hija. Con base en lo expuesto, el criterio de gestión concluía: *"podrá reconocerse el complemento por maternidad al hombre o la mujer que reúna los requisitos necesarios. Si bien, atendiendo al carácter unitario del complemento por maternidad, que determina que los hijos darán derecho al reconocimiento de un único complemento, sólo podrá reconocerse a uno de ellos, por lo que, en aquellos casos en los que el derecho ya haya sido ejercido por uno de los progenitores, se ha de denegar al segundo progenitor que lo solicite".* Una interpretación a la que, en su día, ya auguramos un corto recorrido en sede judicial, pues el supuesto carácter único del complemento no se desprendía de la norma[23]. A mayor abundamiento, este criterio interpretativo podía privar a las propias mujeres del cobro del complemento, en el supuesto de que el pensionista varón lo hubiese solicitado con carácter previo[24]. Y no cabe duda de que resultaría paradójico que una medida nacida para compensar la situación desfavorable sufrida por muchas mujeres, fuese denegada a una de ellas con el argumento de que ya está disfrutando del complemento el progenitor varón.

Y, de hecho, así lo ha entendido una parte de la doctrina judicial[25] y el propio Tribunal Supremo. En efecto, según la STS 17-5-2023, Rº 3821/2022[26], el complemento de maternidad por

[21] Criterio de gestión 5/2024, de 8-3-2024.

[22] Criterio de gestión 35/2021, de 2-12-2021.

[23] Aragón Gómez, Cristina. "El complemento de pensiones para reducir la brecha de género", *Foro de Seguridad Social*, núm. 30, 2022, p. 45.

[24] Ballester Pastor, Inmaculada. "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.

[25] SSTSJ Aragón 10-9-2021, Rº 518/2021 y Galicia 8-7-2022, Rº 1417/2022, entre otras.

[26] Esta misma cuestión ya se había planteado previamente ante el Tribunal Supremo en casación para unificación de doctrina. Pero la Sala 4ª no pudo entrar en el fondo del asunto por cuanto no se cumplió el requisito legal de contradicción (pues se aportó, como resolución de contraste, un auto de la Sala 3ª del Supremo de 4-3-2021, Rº 4535/2020; una resolución que no puede considerarse idónea a estos concretos efectos).

aportación demográfica puede ser obtenido por ambos progenitores de forma simultánea, siempre y cuando cumplan los requisitos legalmente exigidos. En palabras de la Sala 4ª, *"como la ley omite toda referencia al otro progenitor (o persona asimilada) carece de soporte legal que se deniegue el complemento por el hecho de que ya lo venga percibiendo"*. Y añade: *"La regla limitativa e interpretativa según la cual este beneficio solo podrá ser percibido por uno de los progenitores en caso de que ambos sean pensionistas no se corresponde con el tenor del precepto y comporta una extralimitación de esta tarea"*. En definitiva, en cuestiones relacionadas con la protección frente a situaciones de necesidad, si la norma no exige más requisitos, el intérprete tampoco puede hacerlo. De esta forma, resulta irrelevante el hecho de que el otro progenitor también tenga o pueda tener derecho a la percepción del complemento.

2.4. La reparación del supuesto daño causado

Ya hemos apuntado que, tras la STJUE 12-12-2019, el INSS decidió desestimar en vía administrativa las solicitudes de los varones que reclamaban el reconocimiento del complemento de maternidad, obligándoles a interponer demandas judiciales frente a estas resoluciones denegatorias. Pues bien, el cuarto foco de controversia ha girado precisamente en torno a si el beneficiario varón tiene derecho a una indemnización por los daños y perjuicios originados por esta práctica de la entidad gestora. En un primer momento, el Tribunal Supremo, en su STS 17-5-2023, Rº 2222/2022, pareció justificar la posición del INSS, recordándonos que este órgano no tiene atribuidas competencias de naturaleza normativa, por lo que no puede *"declarar la nulidad de un precepto en vigor o estimarlo derogado"*. Dicho en otros términos, la obligación de adaptar la normativa interna a la consecución de los objetivos perseguidos por la Directiva recae en el Estado Legislador *"y no en el ente gestor (INSS) que dictó la resolución sobre el complemento de maternidad aplicando la norma entonces vigente"*.

Además, para el Supremo, la eventual responsabilidad del Estado *"no puede dilucidarse en este procedimiento"*. Sabemos que, de conformidad con el art. 106.2 CE, los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Y, en concreción de este mandato del constituyente, los arts. 32 a 35 Ley 40/2015 establecen el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, incluyendo expresamente la responsabilidad ante el daño derivado de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea [art. 32.3.b)]. En consecuencia, según la Sala 4ª, la posible responsabilidad de la entidad gestora debía reclamarse ante los órganos del orden contencioso-administrativo, pues estamos ante una de las materias expresamente excluidas del orden social con base en el art. 3.g) LJS[27].

A mayor abundamiento, el Tribunal entiende que el daño ocasionado ya estaría reparado. En definitiva, en la medida en que se ha reconocido al beneficiario el derecho a percibir el complemento por maternidad con efectos retroactivos desde el momento del hecho causante de la pensión, ya se habría repuesto el derecho a la igualdad en su integridad[28]. Teniendo en cuenta que la vulneración del derecho fundamental deriva de un acto legislativo, desde el momento en el que se reconoce el derecho al complemento, retrotrayendo la fecha de efectos al momento de nacimiento de la prestación

[27] En el mismo sentido, STSJ Comunidad Valenciana 30-5-2022, Rº 3309/2021.

[28] En esta línea, se había pronunciado la STSJ Madrid 25-5-2022, Rº 271/2022, que defendió expresamente: *"la reparación del daño se entiende cumplido con el reconocimiento del complemento y abono de atrasos, desde la fecha en la que es solicitó y así se le reconoció la pensión de jubilación"*. En sentido similar, la STSJ Navarra 10-3-2022, Rº 98/2022 acogió la pretensión del trabajador de que se condenara al INSS al pago de una indemnización de 1.500 € ya que, *"independientemente de que se haya producido la vulneración denunciada, la parte actora no acredita la existencia de daños y perjuicios que deban compensarse. Sin que pueda entenderse que de todas las vulneraciones de derechos fundamentales se derive un daño indemnizable, más aún cuando, como sucede en el caso enjuiciado, se ha producido el restablecimiento de su derecho desde el mismo momento del hecho causante"*.

complementada, el daño material estaría compensado. Y, según la doctrina judicial, *"de la corrección interpretativa de un acto legislativo no puede derivarse daño moral alguno para el interesado, salvo concurrencia de supuestos excepcionales"*[29].

Pero el Tribunal Superior de Justicia de Galicia entendió que sí podría existir un daño adicional. Y, por auto de 2-2-2022, Rº 3601/2021, planteó ante el TJUE la siguiente cuestión prejudicial: si la práctica de la entidad gestora[30] conforme a la cual se denegaba sistemáticamente el complemento a los varones y se les obligaba a reclamar en vía judicial, suponía un incumplimiento de la Directiva 79/7/CEE constitutivo de discriminación por razón de sexo, diferente al incumplimiento previamente apreciado en la STJUE 12-12-2019. Y, en tal caso, si procedía condenar a la entidad gestora al abono de una indemnización disuasoria y reparadora de los daños y perjuicios causados (por entender que estos no quedaban íntegramente satisfechos con el reconocimiento judicial del derecho al complemento con efectos retroactivos).

Y ante esta cuestión prejudicial, la STJUE 14-9-2023, C-113/22 respondió a ambas cuestiones en sentido afirmativo. El tribunal apoya su fallo en los siguientes argumentos:

Primero.- Una vez constatada la existencia de una discriminación contraria al Derecho de la Unión Europea y, mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutan las personas de la categoría privilegiada.

Segundo.- Esta obligación de garantizar la igualdad no solo incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino a todos los órganos del Estado (incluidas las autoridades administrativas responsables del reconocimiento de las prestaciones).

Tercero.- La práctica de la entidad gestora genera, para los varones, una discriminación por razón de sexo en relación a los requisitos procedimentales que regulan la concesión del complemento; una discriminación, por tanto, adicional a la que ya existía con respecto a los requisitos materiales. En definitiva, la práctica del INSS provocaba que fueran únicamente los hombres los que se vieran obligados a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial, lo que los exponía a un plazo más largo para su obtención y, en su caso, a gastos adicionales.

Cuarto.- Vulnerado el principio de igualdad de trato, la reparación pecuniaria debe ser adecuada según las normas nacionales aplicables. No obstante, a pesar de esta remisión al derecho interno del Estado miembro, el propio TJUE apunta algunas consideraciones que la sala debe tener en cuenta: a) que dicha reparación debe compensar íntegramente el perjuicio efectivamente sufrido como consecuencia de la discriminación; b) que la indemnización debe ser disuasoria y proporcionada.

Quinto.- El reconocimiento del derecho al complemento con carácter retroactivo restablece la igualdad de trato en lo que respecta a los requisitos materiales de concesión del complemento, pero no sirve para subsanar los perjuicios derivados del carácter discriminatorio de los requisitos procedimentales.

Sexto.- Se deben tener en cuenta los gastos en que el interesado ha tenido que incurrir como consecuencia de habérsele aplicado requisitos procedimentales discriminatorios, incluidas, en su caso, las costas y los honorarios de abogado relativos a los procedimientos judiciales necesarios para hacer valer sus derechos.

[29] STSJ Castilla-La Mancha 28-10-2022, Rº 1436/2022.

[30] Recogida en el criterio de gestión 1/2020, de 31-1-2020.

Y séptimo.- Debe ser el propio órgano jurisdiccional nacional que conoce de la demanda presentada frente a la resolución denegatoria, el que conceda al beneficiario el complemento de pensión y el que reconozca además el derecho a la indemnización adicional. Dicho en otros términos, la indemnización no puede hacerse valer por la vía de la responsabilidad patrimonial, sino que debe fijarla el propio órgano judicial que conoce del asunto.

Pues bien, aquietándose a esta sentencia, la sala de lo Social del Tribunal Supremo ha modificado su anterior criterio. Así, de un lado, advierte que la vulneración del derecho fundamental a la igualdad conlleva obligatoriamente el resarcimiento del daño que indiscutiblemente se ha producido. De esta forma, en aquéllos supuestos en los que un varón solicitó el complemento de maternidad regulado en el art. 60 LGSS, en su versión anterior a la entrada en vigor del RDL 3/2021 y le fue denegado por el INSS con posterioridad a la STJUE 12-12-2019, teniendo que acudir a los órganos judiciales para su obtención, el solicitante tiene derecho a que el órgano judicial le reconozca, además del complemento prestacional con efectos desde el nacimiento de la prestación correspondiente, una indemnización que cubra el perjuicio sufrido por el daño que el proceder de la entidad gestora le ha provocado y ello sin necesidad de acreditar las bases o presupuestos del mismo[31].

De otro lado, y con el objetivo de que los distintos órganos judiciales del orden social operen al respecto *"con homogeneidad, aportando seguridad jurídica y evitando la multiplicación de los litigios sobre la cuestión"*, la STS 15-11-2023, Rº 5547/2022[32], decidió fijar en 1.800 € el importe de la indemnización que el INSS debe abonar a todos los varones a los que les ha denegado en sede administrativa el complemento de maternidad y se habían visto obligados a acudir a la vía judicial. En palabras del propio Tribunal, *"toda vez que la actuación del INSS que genera este perjuicio es una y la misma para todos los afectados, lo razonable es fijar igualmente idéntica cuantía indemnizatoria para todos ellos, sin dar lugar a agravios comparativos derivados de posibles soluciones dispares que pudieran generar una desigualdad difícilmente justificable. Y puesto que la finalidad de la indemnización es la de compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, resulta objetivamente irrazonable considerar que en este ámbito puedan presentarse diferencias relevantes en la valoración de estos perjuicios"*.

En opinión del Supremo, esta cantidad (1.800 €) permite una reparación integral del perjuicio, partiendo de los siguientes extremos: en primer lugar, que no estamos en presencia de una prestación, sino de un complemento de ésta cuya cuantía es sensiblemente inferior. De esta forma, el daño patrimonial que se deriva de la demora en el pago es menor que el que resultaría de la denegación de la pensión principal. En segundo lugar, que el art. 235 LJS dispone que la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso y añade que dichas costas comprenden los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria, sin que las mismas puedan superar la cantidad de 1.800 €. Y, en tercer lugar, que la *"eventual zozobra moral"* (en palabras del propio Tribunal) derivada de tener que acudir a los órganos de la jurisdicción social quedaría englobada en esta reparación a tanto alzado. Por lo tanto, parece que, para el Supremo, el daño moral quedaría también reparado[33].

[31] STS 15-11-2023, Rº 5547/2022.

[32] Seguida por las SSTS 24-1-2024, Rº 3557/2022 y 25-6-2024, Rº 1277/2023.

[33] López Cumbre, Lourdes. "Complemento de maternidad. Varón discriminado e indemnización por el daño causado". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 67, 2024, p. 633, sin embargo, considera que esta indemnización únicamente está compensando el daño patrimonial, no así el daño moral. Por ello, entiende que la indemnización por daño moral podrían reclamarla los varones que impugnaron judicialmente la denegación del INSS, pero también quienes no lo hicieron.

Partiendo de todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que las resoluciones denegatorias del complemento de maternidad generan la obligación de indemnizar, pero siempre y cuando el solicitante varón: a) acreditara los requisitos precisos para lucrar el derecho al complemento; b) solicitase su reconocimiento y recibiese una resolución denegatoria por parte del INSS con posterioridad a la STJUE 12-12-2019; c) acudiese a los órganos judiciales para la obtención del derecho; y d) reclamase expresamente ese resarcimiento, según parece desprenderse de la STS 25-6-2024, Rº 1277/2023). Ahora bien, debemos tener en cuenta que el propio suplico de la demanda supone un límite infranqueable para el juzgador, pues de lo contrario la sentencia incurriría en incongruencia *extra petita*.

Finalmente, para concluir este epígrafe, conviene tener en cuenta dos cosas: a) que esta indemnización no estaría sujeta a ninguna retención por IRPF, pues con base en el art. 7.q) Ley 35/2006[34], están exentas las indemnizaciones satisfechas por las Administraciones públicas por daños personales como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; y b) que los gastos de defensa jurídica (como son los gastos sufragados al abogado que ha tramitado la reclamación en la vía judicial) tienen la consideración de gastos deducibles para la determinación del rendimiento neto del trabajo, con el límite de 300 € anuales, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 19.2.e) de este mismo cuerpo normativo[35].

Además, el importe del complemento por maternidad (en la medida en que tiene naturaleza de prestación pública) se considera rendimiento del trabajo y se encuentra sujeto al IRPF, por aplicación de lo dispuesto en el art. 17.2.a) Ley 35/2006. Ahora bien, el importe de los atrasos debe imputarse el período impositivo en el que la resolución judicial ha adquirido firmeza (art. 14) y puede beneficiarse de la reducción del 30% establecida en el art. 18.2, cuando haya sido reconocidos por sentencia judicial y abarquen más de dos años.

2.5. El cauce procesal para reclamar el complemento por parte de un "varón discriminado"

La última controversia que se ha suscitado con respecto al complemento por maternidad, versa sobre el concreto cauce procesal a través del cual se debe articular la reclamación en sede judicial. Sabemos bien que el art. 2.o) LJS atribuye al orden social la competencia en materia de prestaciones de Seguridad Social o, lo que es lo mismo, la revisión de los actos dictados por las entidades gestoras en materia de reconocimiento o denegación de prestaciones. Estos actos, en cuanto dictados por una persona jurídica pública son actos administrativos, pero su enjuiciamiento ha sido excluido del orden contencioso administrativo[36].

Pues bien, con carácter general, las reclamaciones en materia de Seguridad Social no pueden acumularse, ni entre sí, ni a otras pretensiones distintas. Es cierto que el art. 26.6 LJS solo prohíbe la acumulación de reclamaciones en materia de Seguridad Social *"entre sí"* y no hace alusión a la incompatibilidad entre dichas reclamaciones con pretensiones de otra naturaleza. Sin embargo, la lógica nos lleva a defender que esta prohibición de acumulación operaría con mayor abundamiento y con más justificación aún que la primera[37]. De esta forma, el precepto encierra una prohibición expresa que impide acumular entre sí reclamaciones en materia de Seguridad Social y una prohibición

[34] Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE 29-11-2006, núm. 285).

[35] Consulta Vinculante de la DGT de 19-3-2024, núm. V0452-24.

[36] Losada González, Herminio. "Proceso y derechos fundamentales en el ámbito de la Seguridad Social". *Foro de Seguridad Social,* núm. 15/16, 2006, p. 55.

[37] Montoya Melgal, Alfredo, Galiana Moreno, Jesús Mª, Sempere Navarro, Antonio V. et al. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 122.

implícita en virtud de la cual no cabría acumular estas pretensiones con otras de naturaleza distinta. En definitiva, este proceso especial se caracteriza por la existencia de un previo expediente administrativo que se inicia con la solicitud de una única prestación. Y la prohibición de acumulación no tiene otro objeto que garantizar la correspondencia entre ese concreto expediente y el proceso judicial[38].

Pero esta regla general presenta dos excepciones: a) cuando las reclamaciones tengan la misma causa de pedir; b) y cuando se alega la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas. Y esta última acumulación podría motivar, en su caso, la solicitud de los pronunciamientos complementarios previstos en el art. 182 LJS. En efecto, el proceso de derechos fundamentales tiene como objetivo obtener el reconocimiento del derecho vulnerado en toda su extensión y con todas sus posibles consecuencias. Y, con tal finalidad, el art. 182 LJS indica que el contenido de la sentencia incluirá la declaración de existencia de la vulneración alegada con nulidad de la actuación, el cese inmediato de la conducta, así como *"el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de su acción u omisión"*.

Por lo tanto, si el demandante canaliza su pretensión a través del proceso en materia de prestaciones de Seguridad Social, nada impide que, en ese mismo procedimiento, pueda hacer valer la vulneración de un derecho fundamental, debiéndose pronunciar la sentencia sobre ello, pues los arts. 26.6 y 140.1 LJS prevén expresamente tal posibilidad[39].

¿Pero cabría articular la pretensión por el proceso especial de tutela de derechos fundamentales? Esta es la cuestión a la que precisamente da respuesta la STS 19-7-2023, Rº 3106/2022. En este concreto supuesto, el demandante (pensionista de jubilación y padre de dos hijos) solicitó el complemento por maternidad ante el INSS y la entidad gestora se lo denegó. Ante esta resolución desestimatoria, el trabajador interpuso demanda en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales frente al INSS y TGSS en la que solicitaba se le reconociera el complemento de maternidad en la pensión de jubilación. Además, pedía que se declarara que había habido una discriminación y que se condenara al INSS a su cese inmediato. En la instancia, el Juzgado de lo Social estimó la excepción procesal de inadecuación de procedimiento, pues consideró que la petición del beneficiario no era subsumible en la modalidad procesal de tutela, cuya cognición es limitada. Sin embargo, en suplicación, la STSJ Madrid 22-4-2022, Rº 108/2022, declaró nula la sentencia de instancia y mandó retrotraer las actuaciones para que el Juzgado resolviese sobre el fondo del asunto. En definitiva, para el TSJ de Madrid, nada obsta para plantear la reclamación del complemento de maternidad a través de esta concreta modalidad procesal. Si el actor ampara su demanda en que se ha vulnerado su derecho a la igualdad y a la no discriminación por la resolución el INSS, *"es perfectamente coherente que haya articulado su pretensión a través de la modalidad procesal de vulneración de derechos fundamentales en aplicación del art. 177 de la LRJS, dado que puede recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas"*.

Es más, para el TSJ de Madrid, el procedimiento de vulneración de derechos fundamentales, pese a ser de cognición limitada (al quedar limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública), no impide entrar a analizar, una vez constatada la vulneración del derecho fundamental, aquellas otras cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas a ella. Distinto sería que el juzgador no constatara la vulneración de un derecho fundamental pues, en tal caso, no sería posible examinar las cuestiones de legalidad ordinaria.

[38] Lousada Arochena, José Fernando. "La acumulación de acciones, procesos, recursos y ejecuciones en la Ley Reguladora de la Jurisdicción social". *Aranzadi Social*, núm. 3, 2012, p. 9 de la edición digital.

[39] En este mismo sentido, SSTSJ Cantabria 28-11-2022, Rº 824/2022 y 16-12-2022, Rº 831/2022.

Pues bien, contra la sentencia dictada en suplicación, la letrada del INSS y de la TGSS interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste la STSJ Madrid 2-2-2022, Rº 906/2021. En este concreto pronunciamiento judicial, el Tribunal entendió que cuando la pretensión se articula a través de un proceso de tutela de derechos fundamentales, la sentencia únicamente puede declarar si existe o no la vulneración, pero no puede condenar al INSS al abono de una prestación de Seguridad Social.

El Supremo zanjó finalmente este debate en su STS 19-7-2023, Rº 3106/2022. En su opinión, la pretensión sí puede articularse por el proceso de tutela de derechos fundamentales: de un lado, el art. 140.1 LJS *"abre la puerta a que se opte por ejercitar exclusivamente esta última mediante la modalidad procesal de tutela"*. De otro lado, en el listado del art. 184 LJS no se relaciona de forma expresa la modalidad sobre prestaciones de Seguridad Social. Y, en palabras del propio Tribunal Supremo, el hecho de que esta modalidad no aparezca en esa larga lista *"es un poderoso argumento interpretativo"* [40].

Y aunque es cierto que la modalidad procesal de vulneración de derechos fundamentales posee un objeto material acotado (puesto que queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental, sin posibilidad de acumular acciones de otra naturaleza *ex* art. 170.1 LJS), esta cognición limitada -según el Tribunal Supremo- no puede impedir examinar el fondo de la pretensión. Dicho, en otros términos, cuando concurre la vulneración reclamada resulta posible y pertinente entrar a examinar las cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas a ella. Así, evitando falsas dicotomías reduccionistas[41], el Supremo sienta una doctrina de especial relevancia, pues la doctrina académica venía entendiendo (con base en la propia literalidad del art. 140.1 LJS) que, a través de la modalidad procesal de tutela, se puede plantear exclusivamente una cuestión relativa a la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas en materia de Seguridad Social, pero obviando cualquier otra cuestión de legalidad ordinaria[42].

Por todo lo anteriormente expuesto, el Supremo concluye: *"Cuando un beneficiario de prestaciones de Seguridad Social considera que la resolución de la entidad gestora lo discrimina puede canalizar su acción procesal a través de la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Así procede en el caso del varón jubilado bajo la vigencia del art. 60 LGSS antes de su modificación por el RDL 3/2021 pero después de la STJUE 12 diciembre 2019 a quien, pese a tener dos hijos, el INSS deniega el complemento de pensión".* En consecuencia, se desestima el recurso interpuesto por el INSS y por la TGSS y, en aplicación del art. 227 LJS, se retrotraen las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado en la sentencia de instancia a fin de que se dicte otra en la que se resuelva sobre el fondo del asunto, dando respuesta a todas las cuestiones planteadas, salvando la excepción de inadecuación de procedimiento.

En conclusión, estamos ante un cauce procesal optativo, de forma que el demandante puede impugnar la conducta que entiende lesiva de su derecho fundamental bien por el cauce del proceso de tutela de derechos fundamentales, bien por el cauce del proceso en materia de prestaciones de

[40] En este mismo sentido, Rodríguez Pastor, Guillermo. "Reclamaciones judiciales en materia de Seguridad Social", En: Roqueta Buj, Remedios y García Ortega, Jesús (dirs.). *Derecho de la Seguridad Social.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 12ª ed, p. 925.

[41] En las acertadas palabras de Casas Baamonde, María Emilia. "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, p. 11.

[42] Rivas Vallejo, Pilar y Carratalá Teruel, José Luis. *Proceso de Seguridad Social Práctico. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios.* Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2004, p. 100.
Pastor, Guillermo. "Reclamaciones judiciales en materia de Seguridad Social", En: Roqueta Buj, Remedios y García Ortega, Jesús (dirs.). *Derecho de la Seguridad Social.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 12ª ed, p. 925.

Seguridad Social. Se ofrece así al beneficiario una doble vía de protección: una normal u ordinaria (de cognición no restringida, que comprende la protección judicial de todos los derechos) y otra excepcional a la que el interesado puede acogerse libremente, caracterizada por su preferencia y sumariedad.

3. LA RECLAMACIÓN JUDICIAL DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD A TRAVÉS DEL PROCESO EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Ya hemos visto que la pretensión puede tramitarse por el proceso de prestaciones de Seguridad Social (arts. 140 a 147 LJS) o por el proceso de tutela de derechos fundamentales (arts. 177 a 184 LJS). Pero es importante aclarar que *"la elección de la modalidad procesal comporta que se sometan a sus reglas específicas las pretensiones, tanto en instancia cuanto en caso de recurso"*[43]. Y de ahí que resulte de especial interés analizar las particularidades de uno y otro procedimiento.

Con carácter general, las reclamaciones en materia de prestaciones de Seguridad Social se tramitan a través de la modalidad procesal regulada en los arts. 140 a 147 LJS. Y, en la medida en que el complemento por maternidad tiene naturaleza jurídica de pensión pública contributiva *"a todos los efectos"* (art. 60.1 LGSS, en su redacción original), este es el cauce natural para reclamarlo en sede judicial.

Para reclamar el complemento por maternidad a través de esta vía, tienen legitimación activa los beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social (concretamente, los pensionistas de jubilación, de incapacidad permanente y de prestaciones por muerte y supervivencia) o los causahabientes del sujeto causante cuando este hubiese fallecido, en la medida en que son igualmente titulares de un interés legítimo.

Por su parte, el legislador no regula con precisión quién ostenta la legitimación pasiva en este concreto proceso. No obstante, del art. 140.1 LJS se desprende que la demanda se formula contra organismos gestores y entidades colaboradoras en la gestión. El problema es que el art. 60 LGSS (en su reacción anterior a la modificación operada por el RDLey 3/2021) no estableció ninguna regla con respecto a la gestión de complemento y la responsabilidad en orden a su pago. A pesar de ello, la Administración entendió que la entidad responsable del reconocimiento y abono de la pensión sobre la que tal complemento se aplicaba debía ser igualmente la responsable del mismo[44]. Por tanto, con carácter habitual la responsabilidad se atribuirá a la entidad gestora competente (INSS o ISM) o a la correspondiente mutua colaboradora (en caso de que el complemento acrezca la cuantía de una pensión derivada de contingencias profesionales). Pero incluso sería posible la responsabilidad del propio empresario[45].

De otro lado, con respecto a los trámites previos a la interposición de la demanda, el art. 140.1 LJS exige la interposición de reclamación administrativa previa ante la entidad gestora o, en su caso, ante la entidad colaboradora (cuando tuviera atribuida la competencia para resolver). Y este presupuesto procesal se mantiene incluso en el supuesto de que *"se haya acumulado la alegación de un derecho fundamental o libertad pública"*[46]. Se trata de un trámite a través del cual se pone en conocimiento del organismo correspondiente el contenido y los fundamentos de la pretensión y se da

[43] STS 19-7-2023, Rº 3106/2022.

[44] Criterio de gestión 22/2021, de 30 de agosto de 2021, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

[45] Vivero Serrano, Juan Bautista. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género.* Granada, Comares, 2021, p. 85.

[46] Sin embargo, como veremos, dicho trámite no es exigible si se opta por ejercitar la pretensión a través de la modalidad procesal de tutela.

la oportunidad a la entidad gestora de resolver directamente la controversia sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales[47].

La reclamación administrativa previa debe interponerse ante el órgano competente que haya dictado resolución sobre la solicitud inicial del interesado. Y este organismo expedirá recibo de la presentación de la reclamación previa (art. 71.7 LJS), que será el documento que deberá acompañarse a la demanda a efectos de justificar el agotamiento de este trámite.

El plazo para presentar la reclamación administrativa previa es de treinta días desde la notificación de la resolución de la solicitud, si es expresa, o desde la fecha en que dicha solicitud deba entenderse denegada por silencio administrativo (art. 71.2 LJS)[48]. Y, a tal efecto, debemos tener en cuenta que el plazo para resolver por parte del INSS se rige por lo dispuesto en el RD 286/2003[49] que establece diferentes plazos máximos para cada una de las prestaciones. Por lo tanto, si el complemento por maternidad se solicitó junto con la pensión complementada, regirán los plazos de ésta: a) noventa días para las pensiones de jubilación y para las prestaciones por muerte y supervivencia; y b) ciento treinta y cinco días para las pensiones por incapacidad permanente. Sin embargo, si la solicitud se refiere exclusivamente al complemento (por cuanto se presentó por separado), a falta de plazo *ad hoc* de resolución expresa en el art. 60 LGSS y en el RD 286/2003, habría que acudir al plazo general de tres meses del art. 21.3 Ley 39/2015[50].

A este respecto, conviene aclarar que estamos ante un plazo de carácter administrativo, cuyo cómputo se rige por lo dispuesto en el art. 30.2 Ley 39/2015. En consecuencia, se trata de días inhábiles, de los que debemos excluir *"los sábados, los domingos y los declarados festivos"*. Sin embargo, habría que incluir los días del mes de agosto, así como los días que median entre el 24 de diciembre de un año y el 6 de enero del año siguiente (siempre que no se trate de sábados, domingos y festivos, como es obvio), en la medida en que la Ley 39/2015 nada indica al respecto (a diferencia de lo dispuesto en los arts. 182 y 183 LOPJ[51] y en el art. 43 LJS en relación con el cómputo de los plazos de carácter procesal).

Formulada reclamación previa, la entidad gestora o colaboradora deberá contestar expresamente a la misma en el plazo de cuarenta y cinco días, entendiéndose, en caso contrario, denegada la reclamación por silencio administrativo (art. 71.5 LJS). Un plazo que no debe confundirse con el que tiene la entidad gestora para resolver la solicitud inicial del interesado.

La demanda debe formularse en el plazo de treinta días a contar desde la fecha en que se notifique la denegación de la reclamación previa o desde el día en que se entienda denegada por silencio administrativo. Y este plazo no varía aún en el supuesto de que se alegue la vulneración de un derecho fundamental. Por lo que respecta al cómputo de dicho plazo, el Tribunal Supremo aclara que

[47] STC 108/2000.

[48] Pues ya sabemos que, con base en el art. 129.3 LGSS, *"en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, una vez transcurrido el plazo máximo para dictar resolución y notificarla fijado por la norma reguladora del procedimiento de que se trate sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo"*.

[49] Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social (BOE 8-4-2003, núm. 84).

[50] Vivero Serrano, Juan Bautista. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género.* Granada, Comares, 2021, p. 115.

[51] En la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (BOE 23-12-2022, núm. 307).

estamos ante un período que ni es propiamente procesal, ni puede ser entendido como sustantivo al no afectar al derecho subjetivo ejercitado[52]. Y, ante esa naturaleza ambigua, el Tribunal califica dicho plazo de carácter preprocesal y concluye que deben aplicarse las reglas propias de las actuaciones procesales. Pues bien, aunque esa doctrina se refería en exclusiva a la inhabilidad del mes de agosto, en la actualidad su alcance debe predicarse de todos los días procesales inhábiles de acuerdo con los arts. 182 y 183 LOPJ[53].

Siguiendo con el plazo para presentar la demanda y su concreto cómputo, una última aclaración es precisa con respecto al *dies a quo*: el plazo puede contarse desde la denegación expresa, aun cuando esta se produzca con posterioridad al momento en que la reclamación previa debió entenderse desestimada por silencio administrativo. En efecto, el silencio administrativo constituye una ficción jurídica en favor del interesado y resultaría anómalo que un instituto concebido en interés de los litigantes pueda conducir a consecuencias perjudiciales para ellos. En consecuencia, transcurrido el plazo determinado por la norma, el sujeto puede acceder a la vía jurisdiccional sin esperar la resolución expresa. Pero eso no le priva del derecho a demandar una vez haya tenido lugar el pronunciamiento, aun cuando se hubiese agotado anteriormente el plazo para impugnar la denegación presunta. Si esto no fuese así, la obligación que tiene la Administración de resolver expresamente en cualquier caso carecería de sentido cuando el interesado hubiese dejado transcurrir el plazo establecido por la norma del silencio administrativo sin acudir a la vía jurisdiccional[54].

En la demanda debe acreditarse que se ha agotado la vía administrativa correspondiente (art. 140.1 LJS). Y, en caso de omitirse este trámite, el letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ) dispondrá que se subsane el defecto en el plazo de cuatro días. Realizada la subsanación, se admitirá la demanda. En otro caso, el LAJ dará cuenta al tribunal para que por el mismo se resuelva sobre la admisión de la demanda (art. 140.2 LJS). Y, de hecho, el incumplimiento del precepto por el órgano judicial determina la nulidad de las actuaciones practicadas y seguidas a partir de la presentación de la demanda, con reposición del procedimiento al momento procesal inmediatamente anterior[55].

Ahora bien, es importante aclarar que la inobservancia del plazo de treinta días o que la inadmisión de la demanda por el defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social no afecta al derecho material controvertido, pues solo comporta la caducidad en la instancia y la correlativa pérdida del trámite[56]. Por lo tanto, y de acuerdo con esta consolidada doctrina jurisprudencial[57], nada impediría que el sujeto ejercitase nuevamente su acción, siempre y cuando el derecho a la prestación no se encontrara prescrito. De hecho, esta dotrina se ha positivizado en el art. 71.4 LJS, a cuyo tenor *"podrá reiterarse la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho"*.

Durante el proceso, es necesario contar con el expediente administrativo en el que conste la resolución recurrida. Y, a tal efecto, dicho expediente será reclamado a la entidad gestora o al organismo gestor o colaborador para que lo aporte en el plazo de diez días. Cumplido el plazo de remisión del expediente sin que se hubiese recibido el mismo, el LAJ reiterará por vía urgente su inmediata remisión. Pero si la Administración tampoco aporta el expediente, el proceso no se paraliza, pues según aclara el art. 144.1 LJS, el juicio se seguirá celebrando en el día señalado a pesar de ello.

[52] SSTS 19-10-1996, Rº 3893/1995 y 21-5-1997, Rº 3614/1996.

[53] Valle De Joz, Juan Ignacio. *El enjuiciamiento de la actividad prestacional de la Seguridad Social. Delimitación material y actuaciones administrativas en el proceso*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 462.

[54] STS 30-10-1995, Rº 1414/1995.

[55] STS 24-3-2004, Rº 3350/2002.

[56] SSTS 23-2-2017, Rº 1980/2015 y 21-2-2018, Rº 2628/2015, entre otras muchas.

[57] Pacífica desde la STS 7-10-1974, RJ 1974\3903.

Solo si al demandante le conviniera la aportación del expediente a sus propios fines, podrá solicitar la suspensión del juicio para que se reitere la orden de remisión del expediente en un nuevo plazo de diez días con apercibimiento de imposición de las medidas a las que se refiere el art. 75.5 LJS. Si llegada la fecha del nuevo señalamiento no se hubiera remitido el expediente, podrán tenerse por probados los hechos alegados por el demandante cuya prueba fuese imposible o de difícil demostración por medios distintos de aquél.

Una de las particularidades de esta modalidad procesal es la necesidad de congruencia entre lo aducido en el expediente administrativo y lo alegado en el proceso. Por tanto, las partes no pueden introducir *"variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad"* (art. 72 LJS). Un principio que reitera el art. 143 LJS, en su apartado 4º.

En cuanto a la sentencia, no se prevén particularidades con respecto a las reglas que rigen el proceso ordinario. Ahora bien, es importante advertir que las sentencias de instancia que resuelvan sobre el reconocimiento o la denegación del derecho a prestaciones de Seguridad Social son recurribles en suplicación [art. 191.3.c) LJS]. Y, precisamente por ello, estas resoluciones no pueden dictarse de viva voz (art. 50.1 LJS). No obstante, en los supuestos en los que el derecho a la prestación no se cuestiona y el debate versa en torno a su importe, solo existe posibilidad de recurrir si la cuantía litigiosa supera el umbral previsto en el art. 191.2.g) LJS. Así, si lo que se debate es la cuantía del complemento por maternidad (por ejemplo, porque la entidad gestora no ha incluido en el cómputo a un hijo que ha nacido muerto o que ha fallecido a las pocas horas de nacer), la sentencia del Juzgado de lo Social solo sería recurrible en suplicación si la diferencia entre el complemento reconocido y el complemento reclamado superara los 3.000 € en cómputo anual.

Pero, incluso en los supuestos en lo que lo reclamado no supere los 3.000 € anuales, el acceso al recurso de suplicación podría obtenerse por otra vía indirecta: la vía de la afectación general, pues recordemos que procede en todo caso la suplicación cuando la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de beneficiarios de la Seguridad Social, *"siempre que tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes"* [art. 191.3.b) LJS]. Y, al hilo de nuestro ejemplo anterior, es importante aclarar que el Tribunal Supremo ha apreciado la existencia de afectación general *"al constatarse que la entidad gestora deniega siempre el incremento del complemento de maternidad en relación con situaciones en las que el alumbramiento lo ha sido de un feto muerto o habiendo nacido fallece a las pocas horas"*[58].

¿Y cabría el acceso a la suplicación por el hecho de haber acumulado la pretensión de tutela de derechos fundamentales? Sabemos que, según el art. 191.3.g) LJS, procede en todo caso la suplicación contra las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Y, de acuerdo con el art. 192.2 LJS, cuando en un mismo proceso se ejerciten una o más acciones acumuladas de las que solamente alguna sea recurrible en suplicación, procederá igualmente dicho recurso salvo expresa disposición en contrario. Pues bien, en respuesta a esta cuestión, el Tribunal Supremo ha contestado en sentido afirmativo, pero lo ha admitido con respecto a aquellos supuestos

[58] STS 1-12-2023, Rº 4666/2022. Y en los mismos términos se ha pronunciado la STS 21-12-2023, Rº 3886/2022, conforme a la cual debió admitirse el recurso de suplicación por existir una evidente afectación general, al ser notoria la litigiosidad que, sobre esta cuestión, se está produciendo.

en los que no cabía la posibilidad de elección de la modalidad procesal[59], en cuyo caso es lógico que se añadan las garantías del proceso de los arts. 177 LJS y siguientes. Pero, sin duda, resulta cuestionable en supuestos en los que el beneficiario, teniendo capacidad de elección -como es el caso-, no haya optado por el proceso de tutela de derechos fundamentales. No olvidemos que el derecho al recurso no aparece configurado como tal en la CE y según la doctrina del TC compete al legislador su establecimiento y delimitación de su concreto alcance y requisitos[60]. Por lo expuesto, el recurso de suplicación no es una garantía adicional que haya de aplicarse a un procedimiento que lo excluye, cuando lo que persigue es lograr una solución rápida y eficaz.

Por lo que respecta a la ejecución, la sentencia representa el único título ejecutivo, en la medida en que no es admisible la conciliación (dado que la Administración Pública carece de facultades de transigir). Además, es necesario indicar que las sentencias en materia de Seguridad Social son ejecutivas aun cuando se hayan recurrido, en cuyo caso, el responsable queda obligado a abonar la prestación durante la tramitación del recurso (art. 294.1 LJS). Y, de hecho, en los procesos en materia de prestaciones periódicas de Seguridad Social en los que resulta condenada la entidad gestora, el inicio del pago de la prestación es un requisito que condiciona la posibilidad de recurrir (art. 230.4 LJS). En definitiva, estamos ante una exigencia que afecta al orden público procesal y que se revela como una condición *sine qua non* para la admisibilidad de los medios impugnatorios. La finalidad de esta exigencia es que el beneficiario, que tiene por sentencia judicial reconocido un derecho de contenido económico, no quede desasistido durante la tramitación del recurso, evitando que se le perjudique por el hecho de haber recurrido[61].

Precisamente por ello, es necesario que la entidad gestora presente certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación y de que lo proseguirá haciendo de forma puntual durante la tramitación del recurso. Y dicha certificación debe acreditar el abono real y efectivo de la prestación, y no un mero compromiso de pago, siendo un incumplimiento de carácter insubsanable. Pues bien, el requisito de la certificación que contempla el art. 230.2.c) LRJS no se produce solo en los supuestos de reconocimiento por la sentencia de la prestación, sino también en aquellos en los que la sentencia la reconoce por una cuantía superior a la administrativamente obtenida. En estos casos, se debe certificar el abono del importe incrementado por la sentencia. Además, debemos tener en cuenta que las cantidades percibidas por el beneficiario no se reintegrarán aunque la sentencia se revoque.

4. LA RECLAMACIÓN JUDICIAL DEL COMPLEMENTO A TRAVÉS DEL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

De acuerdo a lo previsto en el art. 53.2 CE, cualquier ciudadano puede recabar la tutela de los derechos fundamentales y del principio de igualdad y no discriminación a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Para dar cumplimiento a este mandato constitucional, en el ámbito laboral, se incluyó en el texto de la LPL de 1990 el proceso de tutela de la libertad sindical; una modalidad procesal que resultaba de aplicación a las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales (art. 181 LPL).

A día de hoy, la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas se encuentra regulada en los arts. 177 a 184 LJS y tiene carácter urgente a todos los efectos y preferencia absoluta respecto de todos los procesos que se sigan en el Juzgado o Tribunal, ya sea en la instancia o en los recursos (art. 179.1 LJS).

[59] Por ejemplo, las SSTS 30-6-2020, Rº 4093/2017 y 19-10-2022, Rº 840/2022 con respecto a un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

[60] Por todas, SSTC 51/1982 y 3/1983.

[61] STS 4-6-2024, Rº 538/2023.

Pues bien, entendiendo la sumariedad como aligeración de los trámites y aceleración procedimental, la aplicación de este principio constitucional al proceso de tutela de derechos fundamentales se concreta, a lo largo del articulado de la LJS, en las siguientes manifestaciones: a) La habilidad del mes de agosto (art. 43.4 LJS); b) La exoneración del requisito de intento de conciliación y de reclamación previa en vía administrativa (arts. 64.1 y 70 LJS); c) La ejecutividad de la sentencia sin perjuicio del recurso que contra ella puede interponerse (art. 303.1 LJS); d) Y, por último, el acortamiento de los plazos de tramitación, que se reducen prácticamente a la mitad: el juez citará a las partes para los actos de conciliación y juicio en el plazo de cinco días desde la admisión de la demanda –frente a los diez días previstos en el proceso ordinario- y dictará sentencia en el plazo de tres días desde la celebración del acto del juicio –cuando, con carácter general, son cinco los días de los que dispone-, notificándose a las partes de forma inmediata –y no en los dos días siguientes- (apartados 1 y 3 del art. 181, en relación con los arts. 82.1 y 97.1 LJS).

En efecto, el art. 70 LJS aclara que no es preciso agotar la vía administrativa para interponer una demanda de tutela de derechos fundamentales frente a actos de las Administraciones Públicas. Y, por su parte, el art. 140.1 LJS ahonda en esta misma conclusión, pues indica que este trámite no es obligatorio cuando el demandante opte por canalizar su pretensión a través de la modalidad procesal de tutela. No obstante, aun no siendo necesaria la reclamación administrativa previa, el agotamiento de este trámite resulta potestativo, según se deduce del art. 70 LJS.

Pero la sumariedad procesal no solo debe interpretarse en un sentido exclusivamente cuantitativo, sino también tiene un alcance cualitativo que hace referencia a la limitación de la *cognitio* judicial. Estamos ante un proceso cuyo campo de actuación es reducido, debiendo limitarse al examen de si ha existido o no la violación de un derecho fundamental y a su concreta reparación. No pueden así alegarse, ni debatirse presuntas irregularidades que no repercutan en el derecho fundamental, ni formularse pedimentos cuya concesión o denegación requiera examinar la legalidad ordinaria[62]. Ahora bien, la cognición limitada de esta modalidad procesal no puede impedir que se examine el fondo de la pretensión y que se aborden aquellas cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas a la lesión del derecho fundamental. En palabras de la mejor doctrina, *"los derechos fundamentales no viven en compartimentos estancos, sin contagiarse con cuestiones de legalidad ordinaria, cuya resolución se hace precisa para garantizar su efectividad"*[63].

Pero el régimen jurídico del proceso de tutela previsto en la LJS no solo dota al proceso de preferencia y sumariedad, sino que además le atribuye otras peculiaridades con las que se refuerza la protección de los derechos fundamentales por encima de ese mínimo fijado por el constituyente. Así, el proceso de tutela se caracteriza además: a) por el apoyo al justiciable mediante la sustitución procesal o la legitimación de terceros no directamente afectados (arts. 11 bis LEC, 7.3 LOPJ y 177 LJS); b) por la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en calidad de parte (art. 177.3 LJS); c) por la facilitación de la actividad probatoria del demandante, de forma que una vez constatada la concurrencia de indicios de vulneración de un derecho fundamental, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 181.2 LJS); d) por la propia tutela que se dispensa al afectado pues, en caso de estimarse la demanda, el juez declarará la nulidad radical de la conducta lesiva del derecho fundamental, ordenará su cese inmediato y la reposición del demandante a la situación anterior a producirse la misma y, finalmente, condenará al demandado a reparar las consecuencias derivadas

[62] Cavas Martínez, Faustino. *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales.* Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2004, p. 275.

[63] Casas Baamonde, María Emilia. "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, p. 11.

de la lesión del derecho fundamental (art. 182 LJS); e) y, por último, por el carácter recurrible de la sentencia en suplicación (art. 191.3.f) LJS).

Pues bien, estas garantías se hacen extensivas a aquellos supuestos en los que no cabe la posibilidad de elegir el cauce procesal. En efecto, conforme a lo previsto en el art. 184 LJS determinadas pretensiones deben canalizarse necesariamente a través de una modalidad procesal específica. En tal caso, el art. 178.2 LJS aclara que cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal.

Pero es evidente que esta conclusión no puede ser la misma en los supuestos en los que cabe la posibilidad de elección. Cuando el cauce procesal es optativo, el demandante puede impugnar la conducta que entiende lesiva de su derecho fundamental bien por el cauce del proceso de tutela, bien por el cauce del proceso ordinario o de las otras modalidades procesales[64]. En consecuencia, cuando se escoge una y no otra, habrá de estarse a la modalidad elegida.

5. VALORACIÓN PERSONAL

Lo expuesto a largo de este estudio evidencia cómo la STJUE 12-12-2019 ha puesto todo el régimen jurídico del complemento por maternidad "patas arriba"[65], por lo que el fin perseguido con su implantación ha quedado plenamente desbaratado[66]. Y de ahí que el profesor Molina Navarrete haya advertido de forma elocuente que el TJUE nos ha hecho *"un pan como una torta"*[67].

Y desde luego, a este desaguisado, también ha contribuido la inacción del legislador y de la Administración Pública. Durante 419 días (del 12-12-2019 al 4-2-2021), el art. 60 LGSS estuvo en conflicto con el Derecho de la Unión Europea. Y durante 721 días (del 12-12-2019 al 2-12-2021[68]), el INSS optó por aplicar una norma que, en opinión del TJUE, era contraria a la Directiva 79/7/CEE. Precisamente por ello, no es de sorprender que, en un período de tan solo cuatro años, concretamente, del año 2019 al año 2022[69], se hayan iniciado un total de 22.717 procesos judiciales relacionados con el complemento por maternidad, tal y como se desglosa en la siguiente tabla:

AÑO	PROCESOS INICIADOS		
	En la instancia	En suplicación	En casación
2019	17	8	0
2020	524	27	2
2021	12.310	2.588	202
2022	9.866	4.557	666
TOTAL	**22.717**	**7.180**	**870**

Elaboración propia a través de los datos obtenidos de los informes estadísticos que anualmente elabora el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social. La última memoria publicada es la correspondiente al año 2022.

[64] STS 30-5-2002, Rº 1228/2001.

[65] Tal como advierte la mejor doctrina: VIVERO SERRANO, Juan Bautista. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género.* Granada, Comares, 2021, p. 103.

[66] Hierro Hierro, Francisco Javier. "El complemento por maternidad: reflexiones sobre su retroactividad". *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 153, 2022, p. 177.

[67] Molina Navarrete, Cristóbal. "De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 457, 2021, p. 142.

[68] Fecha en la que se aprueba el criterio de gestión 35/2021.

[69] Primer y último dato publicado.

Y es evidente que esta circunstancia no contribuye a la reducción de la brecha prestacional, más bien favorece su mantenimiento. En agosto de 2024[70], del total de pensiones con complemento por maternidad, el 19,97% ya era percibido por hombres. Estamos hablando concretamente de 192.198 pensiones y de un importe medio en concepto de complemento de 104,83 €. Sin embargo, el importe medio percibido por las mujeres es de 72,36 €, por lo que existe una brecha prestacional, con respecto a la cuantía del complemento por maternidad, que asciende al 30,97%.

Y, por desgracia la saga continúa y nos quedan aún por ver los capítulos de la nueva temporada. Como vimos, el complemento por maternidad se caracterizaba por ser un derecho de titularidad exclusivamente femenina. Y frente a ello, el complemento para la reducción de la brecha de género se ha configurado como un beneficio no exclusivo, sino preferentemente femenino[71], pues el legislador parte de una presunción *iuris et de iure*, en virtud de la cual no se exige a las mujeres la prueba de un perjuicio profesional concreto. Los hombres, por su parte, sí que deben demostrar que su carrera de seguro se ha visto afectada por la asunción de tareas de cuidado. Además, debemos tener en cuenta que en el supuesto de que ambos progenitores acrediten los requisitos legalmente exigidos, únicamente se concederá el complemento por reducción de la brecha de género a uno de ellos. Concretamente, si los progenitores son un hombre y una mujer, debemos realizar el siguiente desglose: a) si el padre no acredita un perjuicio en su carrera de cotización, el complemento lo percibe la mujer, pues el legislador presume que las tareas de cuidado han sido asumidas fundamentalmente por ella; y b) si el padre acredita un perjuicio en su carrera de seguro, será éste quien cobre el complemento pero siempre y cuando el importe de su pensión sea inferior al importe de la pensión que le corresponda a la madre.

Pues bien, esta nueva redacción ya está sometida a varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE, pendientes de resolución: el ATSJ Madrid 13-9-2023, Rº 333/2023 y el AJS núm. 3 de Pamplona de 21-9-2023, Rº 1095/2022. Concretamente, en opinión de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, el Derecho nacional incluye una diferencia de trato entre hombres y mujeres en el acceso al complemento para reducir la brecha de género, exigiendo a los hombres que acrediten unos requisitos que no se imponen a las mujeres. De esta forma, las mujeres tienen derecho al complemento de forma automática por el mero hecho de haber tenido uno o más hijos, aun cuando su carrera profesional no se haya visto afectada. Además -dice el Tribunal- si el padre acredita un perjuicio en su carrera profesional y la madre no, se sigue reconociendo el complemento a la mujer salvo que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas al hombre sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer. Y, partiendo de lo expuesto, se cuestiona si esta diferencia de trato es compatible con el principio de igualdad entre mujeres y hombres que consagra la Directiva 79/7/CEE.

Ante esta situación, compartimos la preocupación manifestada por algunos autores[72]. El complemento para la reducción de la brecha de género representa una medida de acción positiva que descansa sobre una premisa: la desigualdad entre hombres y mujeres en materia de protección social. Una desigualdad que es notoria e incontestable, así como la identificación de la causa principal: la perpetuación de roles y su incidencia en la carrera profesional y de cotización. Por ello, *"cuestionar estas premisas y sostener la identidad y comparabilidad de ambos colectivos desde la perspectiva de género no nos parece aceptable"*[73].

[70] Último dato publicado.

[71] Vivero Serrano, Juan Bautista. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género.* Granada, Comares, 2021, p. 169.

[72] Serna Calvo, Mar y Agustí Maragall, Joan. "Complemento de brecha de género: ¿discriminación o acción positiva?". *Jurisdicción Social*, 2023, núm. 247, pp. 5 a 8 y Maldonado Molina, Juan Antonio. "Las cuestiones prejudiciales sobre el complemento para la reducción de la brecha de género". *Briefs AEDTSS*, 2024, núm. 37.

[73] Ídem, p. 7.

6. BIBLIOGRAFÍA

Aragón Gómez, Cristina. "El complemento de pensiones para reducir la brecha de género", Foro de Seguridad Social, núm. 30, 2022, pp. 19 a 49.

Aragón Gómez, Cristina. "El impacto de la conciliación en el acceso a la protección del sistema de Seguridad Social y en la intensidad de su cobertura: la brecha prestacional entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social". En: AAVV. *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*. Murcia, Ediciones Laborum, 2018, Tomo II, pp. 121 a 138.

Ballester Pastor, Inmaculada. "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.

Casas Baamonde, María Emilia. "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.

Cavas Martínez, Faustino. *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2004, 428 p.

Cruz Villalón, Jesús. "El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* núm. 28, 2021, pp. 37 a 46.

Gómez Abelleira, Francisco Javier. *El proceso de Seguridad Social.* Madrid, Edersa, 2000, 248 p.

Hierro Hierro, Francisco Javier. "El complemento por maternidad: reflexiones sobre su retroactividad". Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, núm. 153, 2022, pp. 153 a 180.

López Cumbre, Lourdes. "Complemento de maternidad. Varón discriminado e indemnización por el daño causado. Tribunal Supremo -Sala Social. Pleno- Sentencia 977/2023, de 15 de noviembre (Rcud. 5547/2022)". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 67, 2024, pp. 606 a 648.

Losada González, H. "Proceso y derechos fundamentales en el ámbito de la Seguridad Social". *Foro de Seguridad Social,* núm. 15/16, 2006, pp. 55 a 64.

Lousada Arochena, José Fernando. "La acumulación de acciones, procesos, recursos y ejecuciones en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social". *Aranzadi Social*, núm. 3, 2012.

Maldonado Molina, Juan Antonio. "Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de la doctrina judicial", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF,* núm. 466, 2022, pp. 209 a 232.

Molina Navarrete, Cristóbal. "De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF,* núm. 457, 2021, pp. 135 a 163.

Rivas Vallejo, Pilar y Carratalá Teruel, José Luis. *Proceso de Seguridad Social Práctico. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios.* Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2004, 635 p.

Rodríguez Pastor, Guillermo. "Reclamaciones judiciales en materia de Seguridad Social", En: Roqueta Buj, Remedios y García Ortega, Jesús (dirs.). *Derecho de la Seguridad Social.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 12ª ed, pp. 917 a 961.

Serna Calvo, Mar y Agustí Maragall, Joan. "Complemento de brecha de género: ¿discriminación o acción positiva?". *Jurisdicción Social*, núm. 247, 2023, pp. 5 a 8.

Valle De Joz, Juan Ignacio. *El enjuiciamiento de la actividad prestacional de la Seguridad Social. Delimitación material y actuaciones administrativas en el proceso*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2017, 610 p.

Vivero Serrano, Juan Bautista. *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género,* Granada, Editorial Comares, 2021, p. 244 p.