nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El Tribunal Supremo establece en 1.800 euros la indemnización que el INSS deberá pagar a los varones a los que denegó el complemento de maternidad por aportación demográfica[1] (El complemento de maternidad/brecha de género en controversia jurídica permanente)

The Supreme Court sets the compensation that the INSS must pay to men to whom it denied the maternity supplement due to demographic contribution at 1,800 euros (The maternity supplement/gender gap in permanent legal controversy)

José Luis Monereo Pérez — *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Director de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Guillermo Rodríguez Iniesta — *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum. Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «El Tribunal Supremo establece en 1.800 euros la indemnización que el INSS deberá pagar a los varones a los que denegó el complemento de maternidad por aportación demográfica (El complemento de maternidad/brecha de género en controversia jurídica permanente)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 37 (2023): 13-28.

> *"El derecho crea verdaderas y propias realidades que sin él no existirían, realidades, por tanto, que el derecho no toma de un mundo diferente del suyo para apropiárselas con modificaciones o sin ellas, sino que son exclusiva y originariamente suyas"*
>
> Santi Romano[2].

El pasado viernes 17 de noviembre, el Gabinete Comunicación del Consejo General del Poder Judicial hacía público el siguiente comunicado

[1] Titular y noticia facilitada por el Gabinete de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial en 17 de noviembre de 2023, accesible en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-establece-en-1-800-euros-la-indemnizacion-que-el-INSS-debera-pagar-a-los-varones-a-los-que-denego-el-complemento-de-maternidad-por-aportacion-demografica [consultado en 24 noviembre de 2023].

[2] Romano,S.: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico,* trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, revisión y edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada (Colección Crítica del Derecho), 2002, p. 265.

"De conformidad con la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (C-113-22), resulta obligado establecer una indemnización para compensar los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el solicitante que vio denegada su petición.

El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha reconocido el derecho de un hombre a obtener del INSS una indemnización derivada de la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado, como consecuencia de que le denegó el complemento tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18) que consideró discriminatoria por razón de sexo la regulación de la LGSS.

Se trata de una discriminación autónoma y ligada a dicha actuación denegatoria de la entidad gestora.

De conformidad con la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (C-113-22), resulta obligado establecer una indemnización para compensar los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el solicitante que vio denegada su petición. El Tribunal Supremo, en cumplimiento de su labor unificadora, teniendo en cuenta que los perjuicios causados en cada caso son similares y derivan de la misma decisión del INSS, ha fijado la indemnización en la cantidad de 1.800 euros.

Esa cantidad, concluye la sentencia, comporta una reparación integral del perjuicio sufrido y procede siempre que haya sido menester que el varón discriminado por una resolución del INSS posterior a la STJUE 19 diciembre 2019 haya precisado del acudimiento a la jurisdicción social para conseguir el abono del complemento en cuestión"

No es la primera vez que desde la editorial se aborda el denominado complemento de aportación demográfica/maternidad y su sustituto de brecha de género. Ahí están las editoriales correspondientes a:

1) Editorial del número 35 (segundo trimestre de 2023) *"Ampliación de derechos de los pensionistas, reducción de la brecha de género y nuevo marco de sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social";*

2) Editorial del número 31 (/segundo trimestre 2022) *"Luces y sombras del complemento de brecha de género (complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021"*;

3) Editorial del número 27 (segundo trimestre de 2021) *"Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (a propósito del RD-Ley 3/2021, de 3 febrero);* y

4) Editorial n.º 22 (primer trimestre de 2020*) "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social 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 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)*".

Nunca un complemento a las pensiones había sido objeto de tanta atención en las editoriales de una revista especializada como es la *Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum*, pero las controversias que ha provocado el régimen jurídico del mismo lo merecían.

La verdad es que en principio podría pensarse que la fijación de un complemento económico a las pensiones contributivas (de jubilación, incapacidad permanente y viudedad) no sería objeto de

discusiones o complejas controversias judiciales. La realidad, desde su implantación en 2015, como "*Complemento por maternidad*" y luego en 2021 como "*Complemento para la reducción de brecha de género*" ha sido otra, son múltiples decisiones judiciales sobre el particular, criterios administrativos que ser revisan continuamente e incluso con pronunciamientos relevantes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Si hacemos un breve recordatorio de su incorporación al Sistema de Seguridad Social resulta lo siguiente:

El complemento por maternidad, sería introducido como art. 50 bis al texto refundido de la LGSS de 1994[3] por la Disposición final 2.1 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, aplicable a las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente que se causaran a partir de 1-1-2016[4]. De su régimen jurídico cabría destacar

a) Su naturaleza de pensión pública contributiva.

b) Consistía en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad un porcentaje que estaba en función del número de hijos nacidos o adoptados antes del hecho causante:

    a) 2 hijos un 5%; b) 3 hijos un 10%; y c) 4 o más un 15%.

c) Establecía previsiones para diversas situaciones:

    — Cuando la cuantía de la pensión reconocida inicial era superior al límite máximo de las pensiones, o bien la cuantía de la pensión más el complemento resultaba superior al límite máximo de las pensiones[5].

    — Previsiones para cuando se permite legal o reglamentariamente la superación del límite máximo de las pensiones[6];

    — Para pensiones causadas en aplicación de la normativa internacional[7];

    — Reglas que contemplaban la situación de aquella pensión que no alcanzar la cuantía mínima legal[8]; y

[3] Que luego pasaría a ser el art. 60 del actual texto refundido de LGSS de 2015.

[4] Disposición final tercera de la Ley 48/2015, de 29 de octubre.

[5] Se establecían unos límites:
a) Pensión que supera el límite (si cómputo del complemento la suma de la pensión y el complemento no pueden superar el límite máximo incrementado en un 50%.
b) Se supera aplicando solo parcialmente el complemento a la cuantía de la pensión, se tendría derecho a percibir el 50% de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.

[6] Cuando legal o reglamentariamente esté permitido la superación del límite máximo de las pensiones públicas, el complemento se calcula en los términos previstos, considerando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento.

[7] Si la pensión se causa totalizando períodos de seguro *prorrata temporis*, en aplicación de la normativa internacional, el complemento se calcula sobre la pensión teórica causada y al resultado obtenido se le aplica la prorrata que corresponda.

[8] Se reconocía dicha cuantía teniendo en cuenta el complemento a mínimos (art. 59 LGSS) y a este importe se le sumaba el complemento por hijo.

— Situaciones de concurrencia de pensiones[9].

d) No permitía el complemento en caso de jubilaciones anticipadas por voluntad de la interesada, ni tampoco en los casos de jubilación parcial[10].

e) El complemento iba vinculado a la pensión a completar en cuanto a su dinámica y actualización.

f) Solo se aplicaba a pensiones causadas a partir de 1-1-2016[11].

Su implantación y desarrollo posterior ha sido fuente de continuas controversias. Además de las más sonoras de la exclusión de varón y del reconocimiento a quienes se jubilarán anticipadamente, podrían recordarse las siguientes (sin ánimo de ser exhaustivo):

— *Viabilidad de reconocer el complemento en caso de nacido que no llega adquirir la personalidad civil.* Tras múltiples decisiones judiciales y criterios administrativos se decantó a favor de la tesis del INSS tras la STS 167/2023, de 27 de febrero[12] *"... si el hijo que nace muerto no ha de tenerse en cuenta en el esquema legal actual, en el que ninguna duda queda que el complemento está dirigido a reducir la brecha de género, la misma solución ha de aplicarse bajo el régimen de la normativa legal derogada cuando el complemento se sustentaba en la contribución demográfica*" [FD.4º].

— *Hijo nacido vivo que fallece antes de las 24 horas*. Este supuesto es resuelto por STSJ Madrid en sentencia número 521/2018, de 24 septiembre[13], que tiene en cuenta la finalidad que a dicho complemento atribuye la norma y por ello se lo reconoce a quien dio a luz a un niño que falleció antes del transcurso de 24 horas, pues supuso para la madre una limitación en el acceso y mantenimiento del empleo equivalente a la provocada por un parto exitoso ya que igualmente estuvo embarazada, parió y preciso descanso recuperatorio.

— *Hijo dado en adopción y determinación del beneficiario*. Los Tribunales vendrán a considerar que son hijos computables para determinar la cuantía del complemento por maternidad son aquellos cuya filiación esté determinada a favor de la beneficiaria de la pensión en el momento del hecho causante, independientemente de que se trate de filiación biológica o por adopción[14].

— *Hijo nacido o adoptado en el extranjero* . La cuestión relativa a si cabe exigir o no que el hijo haya nacido o sea adoptado en España, es resuelta asumiendo la doctrina del Tribunal Supremo 525/2016, de 14 de junio, siempre que con anterioridad al hecho causante de la prestación sobre la que se calcule el complemento y de conformidad con lo previsto en el artículo 9.5 del Código Civil, la adopción constituida por autoridades extranjeras haya

[9] En caso de concurrencia de pensiones se aplica a la que resulte más favorable. En caso de que concurriera pensión de jubilación y viudedad, se aplica a la de jubilación.

[10] Excepto a jubilaciones parciales anteriores a la anteriores a su entrada en vigor, si bien se estableció la previsión de reconocerlas una vez que la jubilación fuera plena, una vez que se cumpla la edad exigible.

[11] No procede reconocer a beneficiaria de una incapacidad permanente total cuyo hecho causante fue anterior a 1 de enero de 2016, STS 111/2023, de 8 febrero, ECLI:ES:TS:2023:395.

[12] ECLI:ES:TS:2023:748 (rec. 3225/2021). Contiene voto discrepante.

[13] STSJ Madrid 521/2018, 24 septiembre, ECLI:ES:TSJM:2018:11448 (rec. 592/2017).

[14] Criterio de gestión 1/2018, de 1 de febrero, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.

surtido efectos en España con arreglo a las disposiciones de la Ley 5/2016, de 14 de junio, de Adopción Internacional[15].

— *Sobre la posibilidad de la elección de la fecha del hecho causante.* La posibilidad de que la beneficiaria pueda llegar a *"elegir"* la fecha del hecho causante fue también contemplada en sede administrativa. Se trataba del supuesto de mujeres cuyo cese en el trabajo se hubiera producido en el año 2015 reuniendo en ese momento los requisitos de edad y cotización para acceder a la pensión de jubilación, pero esperen a solicitar la prestación en 2016, fecha en la ya estaba en vigor el complemento y se pueda entender causado el derecho a dicha pensión en la fecha de la solicitud siempre que la trabajadora así lo solicite, accediendo a la prestación desde situación de no alta o, en su caso, de asimilada al alta, permitiendo de este modo lucrar el complemento por maternidad. El criterio del ente gestor es contrario por entender que, causada la pensión de jubilación en el momento del cese en el trabajo en 2015, es decir, en la condición de alta, no existe motivo alguno para reconocer la pensión desde situación de no alta o asimilada cuando la pensión se solicita posteriormente en 2016, pues habiéndose producido ya el hecho causante el mantenimiento del derecho a la misma es imprescriptible. Si bien, deja una salida a la situación, entendiendo que si después de cesar en el trabajo en 2015, cumpliendo todos los requisitos de carencia y edad para obtener la edad de jubilación y fijado un hecho causante en ese momento, la trabajadora vuelve a trabajar en 2016, pues en ese caso sí que las circunstancias a tener en cuenta han cambiado y la situación a proteger es otra distinta, ya que tienen que computarse nuevas cotizaciones y debe tomarse en consideración una fecha de cese en el trabajo posterior, con lo que se conforma un nuevo hecho causante el cual determina la aplicación del régimen jurídico de la pensión de jubilación vigente en la fecha en que se produce[16].

— La modalidad de acceso a la pensión de jubilación como impedimento para su obtención. La supuesta discriminación gira en torno a si cabía o no reconocerlo a quien accedía a la jubilación antes del cumplimiento de la edad ordinaria de acceso. El Juzgado de los Social núm. 1 de Barcelona planteó una cuestión de inconstitucionalidad respecto al apartado 4 (que excluía a las jubilaciones anticipadas) en relación con el apartado 1 del art. 60 LGSS[17], que el Tribunal Constitucional resolvió declarando inadmisible el recurso por estar notoriamente infundada la cuestión planteada[18].

Y así llegamos al al aspecto más controvertido: la viabilidad del que el varón pueda acceder a dicho complemento.

La cuestión llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y fue resuelta en sentencia de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), en el sentido de que el régimen jurídico instaurado por el art. 60 LGSS, en tanto reconocía el derecho al complemento solo a las mujeres pensionistas que hubieran sido madres de dos o más hijos biológicos o adoptados y no a los hombres en la misma situación era contraria a la Directiva 79/7 CEE del Consejo.

De los fundamentos de su decisión cabe destacar lo siguiente:

[15] Asumido en Criterio 27/2016, de 15 diciembre, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.
[16] Criterio 9/2016, de 30 mayo. Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.
[17] Auto 8 junio 2020, ECLI:ES:JSO:2020:60A
[18] Auto TC 16 octubre 2018. El Auto contó con votos particulares.

— El objetivo perseguido por art. 60 LGSS de recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, es igualmente predicable de los hombres, cuya contribución a la demografía es tan necesaria como la de aquellas, de ahí que, dicha circunstancia no pueda justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión.

— La norma en cuestión, perseguía, al menos parcialmente, la protección de las mujeres en su condición de progenitoras, cualidad también protegible respecto a los hombres, habida cuenta de que las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos y el precepto no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto, sino que se concede dicho complemento a las mujeres que hayan adoptado dos hijos, lo que indica que el legislador nacional no pretendió limitar la aplicación del complemento a la protección de la condición biológica de las mujeres que hayan dado a luz, y tampoco la norma exige que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos, por lo que no se cumple el requisito relativo a que hayan disfrutado de un permiso de maternidad[19].

— La norma no supedita la concesión del complemento de pensión a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a su educación, sino únicamente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social.

— La regulación legal se limitaba a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional[20].

¿Y cual fueron las consecuencias de la sentencia del TJUE que consideró discriminatorio la exclusión al varón de su acceso?

La primera consecuencia obvia fue la de abrir la puerta de acceso al complemento a los hombres en paridad con las mujeres, si bien la interpretación que ha venido haciendo el INSS del acceso del hombre a dicho complemento ha encontrado múltiples trabas por parte de la Administración que han requerido nuevos pronunciamientos judiciales, incluido el TJUE, entre ellas:

[19] En relación con pensionistas del régimen de clases pasivas véase STSJ Madrid (sala de lo contencioso) 208/2021, 30 junio, ECLI:ES:TSJM:2021:7791 (rec. 483/2020).

[20] Ver STS 163/2022, 17 febrero, ECLI:ES:TS:2022:622, rec. 3379/2021. No obstante, en este caso concreto los efectos económicos quedaron fijados en los tres meses anteriores a la petición formulada en atención al principio dispositivo de las partes.
Las sentencias analizadas por el TS fueron STSJ Asturias 1363/2021, de 22 junio (rec. 177/2021) y la de contraste STSJ País Vasco 2 de marzo 2021 (rec. 1099/2021).
Véase también STS La Rioja 29/2022, de 10 febrero, ECLI:ES:TSLR:2022:78 (rec. 25/2022); STSJ Aragón 722/2021, 12 noviembre, ECLI:ES:TSJAR:2021:1077 (rec. 679/2021).

— La discusión acerca de los efectos económicos del reconocimiento: si debe aplicarse el artículo 53.1 LGSS, que establece una retroacción de tres meses desde la fecha de la solicitud, o si, por el contrario, el *dies a quo* debe fijarse en la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18 (TJCE 2019, 281) , WA contra INSS), que se publicó el 17 de febrero de 2020 de la que ha tenido que ocuparse el TS en el sentido de que la norma podrá y deberá ser aplicada en consecuencia a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma. La referida interpretación conforme conduce, correlativamente, a situar el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas a la prestación debatida en un tiempo anterior al arriba señalado, a una retroacción al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante -efectos *ex tunc* -, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento. Y ello siempre que se cumplieran los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60 LGSS, pues, en definitiva, también a los hombres que reunieran dichos requisitos se les tendría que haber reconocido el complemento que solo se reconoció a las mujeres[21].

— Si es compatible el complemento reconocido a la madre con el que procede reconocer al padre. La cuestión gira en torno a considerar como prestación única y si es incompatible el disfrute simultáneo por ambos progenitores y es resuelto en el sentido de que el art. 60 LGSS en su redacción original no establecía incompatibilidad alguna y por tanto procede su reconocimiento[22]. Y en este sentido también se ha pronunciado el TS[23] que recuerda que el art. 60 LGSS omite por completo la consideración de qué sucede cuando el progenitor distinto del solicitante ya disfruta del complemento[24]. Si el legislador quisiera eliminar el beneficio en tales casos debiera haberlo explicitado. En cuestiones relacionadas con la protección frente a situaciones de necesidad (art. 41 de la Constitución), si la norma no exige más requisitos, el intérprete tampoco puede hacerlo.

Pero lo más llamativo ha sido esa obstinada práctica administrativa de denegar la prestación. Y así se puede ver el su criterio de gestión 1/2020, de 13 de enero, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, que se reproduce a continuación[25]:

"*Hasta que se proceda a la modificación legislativa necesaria para adaptar el artículo 60 del TRLGSS al pronunciamiento del TJUE se establecen, de conformidad con el informe emitido por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) de fecha 27 de enero de 2020, las siguientes pautas de actuación de esta entidad gestora:*

[21] SJS nº 2 de San Sebastián 108/2022, 28 abril (JUR/2022/148845).

[22] STS 362/2023, 17 mayo, ECLI:ES:2023:2132 (rec. 3821/2022), dictada en recurso de casación contra la STSJ Galicia de 8 julio de 2022 (rec. 1417/2022).

[23] A diferencia del vigente art. 60 LGSS.

[24] Criterio que ha sido revisado por el criterio de gestión 35/2021, de 2 diciembre (ver apartado III letra H de este estudio).

[25] La Disposición Final tercera dispuso que entraría en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir el 4 de febrero. Otras medidas recogidas en dicho RD-ley eran relativas a una nueva modificación del RD-ley 20/2020, de 29 de mayo, sobre el Ingreso Mínimo Vital, compatibilidad de la pensión de jubilación con el nombramiento como personal estatutario de los profesionales sanitarios y extensión de la protección por contingencias profesionales al personal sanitario de la Inspección Médica de los Servicios Públicos de salud, del INSS y del ISM.

1. El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el artículo 60 del TRLGSS, en tanto no se lleve a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguirá reconociendo únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal como se viene haciendo hasta la fecha.

2. Lo establecido en el apartado uno debe entenderse lógicamente sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres, y de la obligación de iniciar el pago de la prestación cuando exista sentencia de un juzgado de lo social o tribunal de justicia condenatoria y se interponga el correspondiente recurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 230.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social"

Lo que suponía un mensaje muy claro a los hombres que pretendiesen que se les reconociese el indicado complemento: litigue usted y que en la Jurisdicción Social nos condene.

Craso error de cálculo, pues el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con arreglo al art. 267 TFUE, mediante auto de 2 de febrero de 2022, planteó las siguientes cuestiones prejudiciales relativas a: si el incumplimiento administrativo del INSS era contrario al principio de igualdad de trato; si la fechas de efectos del reconocimiento judicial del complemento debería de ser la de solicitud (con retroacción de tres meses) o debe ser la fecha en que se ha dictado o publicado la sentencia del TJUE; y en tercer lugar, si de acuerdo a principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), procede [una] indemnización que sea reparadora de daños y perjuicios, y con eficacia disuasoria, por considerar que aquellos no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento, y en todo caso en todo caso, si el importe de las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante esta Sala de lo Social se debe incluir como un concepto de la indemnización[26].

[26] Literalmente la cuestión quedó planteada en los siguientes términos:
"1) Si la práctica de la entidad gestora recogida en el Criterio de Gestión [1/2020] de denegar siempre el complemento [de pensión] litigioso a los varones y obligarlos a reclamar en vía judicial, como le ha ocurrido al demandante en el presente juicio, se debe considerar, de acuerdo con la Directiva [79/7], un incumplimiento administrativo de la misma diferente del incumplimiento normativo apreciado en Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 [de] diciembre [de] 2019, [Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C450/18, EU:C:2019:1075)], de manera que, en sí mismo considerado, ese incumplimiento administrativo constituye una discriminación por razón de sexo, a la vista de que, según su artículo 4, el principio de igualdad de trato se define como ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, y que, según su artículo 5, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir disposiciones tanto legislativas como administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.
2) Si, atendiendo a la respuesta que se dé a la anterior cuestión y considerando la Directiva 79/7 (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento debe ser la de la solicitud (con retroacción de 3 meses), o esa fecha de efectos se debe retrotraer a la fecha en que se ha dictado o publicado la [sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C450/18, EU:C:2019:1075)], o a la del hecho causante de la prestación de incapacidad permanente a que se refiere el complemento [de pensión] litigioso.
3) Si, atendiendo a la respuesta que se dé a las anteriores cuestiones y considerando la Directiva aplicable (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), procede [una] indemnización que sea reparadora de daños y perjuicios, y con eficacia disuasoria, por considerar que aquellos no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento, y en todo caso, si el importe de las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante esta Sala de lo Social se debe incluir como un concepto de la indemnización."

El TJUE respondió a las cuestiones prejudiciales primera y tercera en los siguientes términos:

"62. Habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que la Directiva 79/7 y, en particular, su artículo 6 deben interpretarse en el sentido de que, tratándose de una solicitud de concesión de un complemento de pensión, presentada por un afiliado de sexo masculino, que ha sido denegada por la autoridad competente en virtud de una norma nacional que reserva la concesión de dicho complemento a las afiliadas de sexo femenino, y dándose la circunstancia de que esa norma constituye una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 79/7, tal como fue interpretada por el Tribunal de Justicia en una sentencia prejudicial dictada con anterioridad a la resolución denegatoria de la solicitud en cuestión, el órgano jurisdiccional nacional, que conoce de una demanda presentada frente a esa resolución denegatoria, debe ordenar a dicha autoridad no solo que conceda al interesado el complemento de pensión solicitado, sino también que le abone una indemnización que permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial."

Y la consecuencia ya se habrá adivinado, el aluvión de reclamaciones del complemento y en su caso de indemnizaciones ha empezado a producirse, de hecho basta acceder a las redes sociales para ver anuncios en los que múltiples despachos se ofrece a reclamar tal complemento, todos ellos con variadas y sugerentes ofertas para el llamado a ser beneficiario y también los interrogantes que plantean web jurídicas ¿Qué va a hacer el INSS ahora?[27].

Pues bien, como se indicaba al inicio de esta editorial el Tribunal Supremo ha venido a establecer una indemnización para compensar los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el solicitante que vio denegada su petición y se le obligue a litigar, que tasa en 1.800 euros. La pregunta que se puede hacer uno a continuación ¿es adecuada? ¿satisface los daños sufridos por una persona que tiene que litigar para obtener algo que la sinrazón le ha denegado? Si se piensa en que la reparación consiste en el abono de los gastos que el beneficiario ha tenido o tiene que abonar a un profesional, pues a lo mejor sí. Ahora bien, si tenemos en cuenta que la pensión media de jubilación (por señalar una) a diciembre de 2022 era de 1.261,37 euros/mes o que el importe del complemento de maternidad/aportación demográfica para una persona con dos hijos (lo mínimo exigido) era del 5% de su importe, la reparación parece un poco escasa. Desde luego poco efecto disuasorio en un Ente Gestor en claro, obstinado e injustificado incumplimiento de sus deberes de acatar las resoluciones judiciales, sin causa alguna que lo pudiera justificar. No tiene mucho sentido a que a los beneficiarios de la Seguridad Social se les obligue a litigar absurdamente.

La cosa no queda aquí, un nuevo frente se le ha abierto a la Entidad Gestora, ahora con el complemento que sustituye al de aportación demográfica, el denominado complemento de brecha de género introducido por el RD-ley 3/2021, de 2 de febrero en vigor desde 4 de febrero de dicho año. Realmente no debe sorprender a nadie, en editorial previa ya se había advertido, el nuevo diseñó del complemento de brecha de género en relación a los requerimientos que al hombre se le hacían podrían ser discriminatorios. Ya tenemos una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona, auto de fecha 21 de septiembre de 2023, dictado en el recurso 1095/2022[28].

[27] https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/laboral/unas-notas-sobre-el-complemento-de-maternidad-que-va-a-hacer-el-inss-ahora-2023-07-11/

[28] Una síntesis del extenso auto es lo que a continuación encontrará el lector.

De los antecedentes recogidos en dicho auto resulta –en síntesis– lo siguiente:

— El INSS por resolución de 5 de julio de 2021 reconoció al demandante una pensión de jubilación con hecho causante de 30 de junio de 2021. La pensión de jubilación se reconoció con efectos económicos del 1 de julio de 2021 e importe de 1.637,08 euros (líquido de 1457 euros, tras deducción del impuesto IRPF). La base reguladora mensual es de 2.302,91 euros y se aplicó el porcentaje del 71,0876%, con 34 años y 180 días cotizados.

— Con fecha 16 de junio de 2022 el demandante solicitó al INSS el reconocimiento del complemento de pensión por brecha de género desde la fecha de reconocimiento inicial de la pensión de jubilación al tener dos hijos.

— Se denegó por resolución del INSS de 14 de noviembre de 2022 al considerar que no reunía los requisitos que exige el artículo 60 de la LGSS[29].

— El demandante impugnó la resolución denegatoria de la seguridad social española al considerar que la actual regulación del artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social infringe el derecho de la Unión Europea y, en concreto, las disposiciones que prohíben un trato desigual y discriminatorio de las mujeres y de los hombres, en este caso en los derechos y prestaciones de seguridad social.

Cuando al INSS se le da traslado del posible planteamiento de la cuestión prejudicial invoca en contra –en síntesis– lo siguiente:

— La nueva regulación del complemento respeta las exigencias de la Directiva 79/7/CEE y las previsiones de sus arts. 4.1 y 7.1 b), al tiempo que salva la defectuosa regulación precedente, que dio lugar a la STJUE de 13.12.2019, Asunto C-450/18.

— Insiste en que la nueva regulación recoge la finalidad legítima y proporcionada de la regulación del complemento de pensión reclamado en los términos que se expresa la exposición de motivos del RDL 3/2021, de 2 de febrero, al "compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de los trabajadores (ATC 114/2018)".

— Añadiendo que "el mismo Tribunal ha avalado las medidas de acción positiva a favor de las mujeres siempre que exista una concreción normativa previa, que la medida sea proporcionada y que su eficacia sea temporal, hasta que desaparezca la situación de desigualdad".

— Concluye sus alegaciones en el respeto a la Directiva al configurar el complemento para la reducción de la brecha de género, "que es el reflejo de esa situación de subordinación de las mujeres en el mercado de trabajo al haber asumido históricamente un papel principal en la tarea de cuidados de los hijos. Pero se hace dejando la puerta abierta a

[29] Con posterioridad a la denegación del complemento al demandante por no reunir los requisitos legales se reconoció a la progenitora de los dos hijos el complemento de reducción de la brecha de género. En concreto por resolución del INSS de 22.12.2022 se reconoció a la madre la pensión de jubilación anticipada por razón de edad con un complemento de reducción brecha de género en cuantía de 56 euros. El INSS en el desarrollo del debate del planteamiento de la cuestión prejudicial complemento a favor del hombre debe determinar la extinción del complemento que ya tiene reconocido la madre porque su pensión es superior a la del otro progenitor.

que aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados tengan acceso al complemento". Además de que el alcance temporal del nuevo complemento económico se vincula a la consecución del objetivo de reducir la brecha de género en las pensiones contributivas de jubilación por debajo del 5 por ciento.

El Ministerio Fiscal sin embargo informó que consideraba procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE ante las dudas sobre la adecuación del art. 60 de la LGSS al Derecho de la UE (Carta de Derechos Fundamentales y Directiva 79/7/CEE).

Y por su parte, el magistrado requirió al INSS que le facilitara datos estadísticos que le fueron facilitados por la Subdirección General de Prestaciones del INSS en fecha 17 julio de 2023, siendo los siguientes:

— Desde la entrada en vigor del RDL 3/2021, de 2 de febrero, se han reconocido 326.593 complementos para la reducción de la brecha de género de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente.

— Del total indicado, 279.910 correspondían a complementos a pensionistas mujeres, y 46.683 a pensionistas varones.

— Del total de pensionistas mujeres con complemento, 8.920 pensiones de jubilación alcanzaban por sus cotizaciones y periodos cotizados la pensión máxima del sistema de seguridad social establecida por ley cada año, a cuyo importe máximo se le añadía el importe del complemento; y en caso de pensionistas mujeres por incapacidad permanente alcanzaban la pensión máxima del sistema 850 (en el caso de complementos de pensionistas de jubilación reconocidas a hombres alcanzaban la pensión máxima 1402 y en caso de la incapacidad permanente 73).

— Del total de beneficiarias del complemento de reducción de brecha de género de las pensiones, se aplicó a 7915 mujeres el régimen legal de cotizaciones ficticias elevadas al 100% por situaciones de disfrute de excedencias y reducciones de jornada por guarda legal.

En su estudio para el planteamiento de la cuestión prejudicial el magistrado analiza:

A) Derecho de la Unión Europea:

— Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social[30].
— Tratado de la Unión Europea, arts. 6 y 157.4
— Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, arts. 20, 21, 23, y 34.

B) Normativa nacional:

— Arts. 7, ap. 1; 60, disposiciones adicionales trigésima sexta y trigésima séptima de la LGSS.
— Art. 14 Constitución Española
— Arts. 3, 4, 11.1 de la LO 3/2007, de 22 marzo.

[30] Cita tercer considerando; art. 1, art. 3 apartado 1, art. 4; y art. 7.

El juez de lo Social en su argumentación se va planteando dudas a las que luego va dando respuestas para justificar su planteamiento de cuestión prejudicial.

Comienza advirtiendo que la situación concreta que llega a su conocimiento es la siguiente: el reclamante, padre de dos hijos, y con pensión inferior a la que percibe la madre (la base reguladora y la pensión de jubilación que percibe la madre es superior a la del otro progenitor varón), no tiene derecho al complemento de su pensión porque no tiene más de 120 días sin cotización entre los nueves meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha (como exige el art. 60 de la LGSS).

Y a partir de aquí se va haciendo preguntas y respondiendo a las mismas:

¿El complemento de pensión reclamado ¿está incluido en el ámbito de la Directiva 79/7?

Pues bien, tras el análisis de la indicada Directiva, concluye que forma parte de las prestaciones de seguridad social vinculado a las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad, dentro de un sistema como el español de naturaleza contributiva. Según las contribuciones realizadas a lo largo de la carrera mediante cotizaciones mensuales se obtiene un importe concreto de la pensión. La particularidad del complemento discutido es que se adiciona al importe de la pensión calculado según las cotizaciones realizadas durante la vida profesional.

¿Hay una diferencia de trato, posible discriminación directa por *razón de sexo, situaciones comparables de las mujeres y hombres?*

Entiende que es indudable la diferencia de trato entre los beneficiarios de las pensiones según sea mujer u hombre. La norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres que han tenido hijos biológicos o adoptados. Por otro lado, en la comprobación de si la diferencia de trato entre hombres y mujeres establecida por la norma nacional se refiere a categorías de personas que se encuentran en situaciones comparables; y a este respecto, la exigencia del carácter comparable de las situaciones no requiere que las situaciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas.

¿Está justificada la diferencia normativa *en la brecha de género en las pensiones con carácter general o en el cuidado y atención de hijos/as como tarea desarrollada de forma mayoritaria por las mujeres?*

Aquí el juez de lo Social tras un análisis detenido de la exposición de motivos del RD-ley 3/2021, llega a las siguientes consideraciones:

a) El complemento de las pensiones se reconoce a las mujeres al margen del impacto real que la maternidad o la adopción haya podido causar en su carrera profesional y al margen del importe de su pensión y de la contribución realizada a través de cotizaciones al sistema de seguridad social.

b) En el caso de las mujeres no se exige para el reconocimiento automático del derecho al complemento de la pensión lagunas de cotización ni cotizaciones inferiores a las que pueda haber realizado los hombres durante la vida laboral en general ni en determinados periodos de tiempo próximos al nacimiento o la adopción.

c) En cambio, en el caso de los hombres es necesario que acrediten lagunas de cotización o cotizaciones inferiores en periodos de tiempo posteriores al nacimiento o la adopción

en relación a las inmediatamente anteriores. Solo se reconoce el complemento a aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados. En definitiva, en el caso de las mujeres se presume iuris et de iure la afectación desfavorable del cuidado de los hijos sobre la carrera de cotización, en el supuesto de los hombres ese impacto negativo deberá probarse mediante la concurrencia de alguna de las situaciones recogidas en el propio artículo 60.1 párrafo 2º de la LGSS.

d) Por otra parte, el complemento de pensiones se reconoce a todas las mujeres que acceden a la pensión de jubilación y de incapacidad permanente al margen de la cuantía de la pensión que perciban. No se vincula a la brecha de pensión de forma concreta, en relación a cada beneficiaria y vinculado al hecho de obtener una pensión inferior por el perjuicio que haya tenido en su carrera profesional o en la contribución a la seguridad social a través de sus cotizaciones.

Y prosigue en su análisis confrontando el marco jurídico actual del complemento con los razonamientos que su día llevaron al TJUE a declarar discriminatorio el complemento de maternidad o aportación demográfica.

¿El complemento de brecha de género cabe encuadrarlo en una medida de acción positiva al amparo del art. 157.4 del TFUE?

Y aquí recuerda nuevamente los razonamientos de la STJUE de 12 diciembre 2019:

a) El complemento de las pensiones se reconoce a las mujeres al margen del impacto real que la maternidad o la adopción haya podido causar en su carrera profesional y al margen del importe de su pensión y de la contribución realizada a través de cotizaciones al sistema de seguridad social. En el caso de las mujeres no se exige para el reconocimiento automático del derecho al complemento de la pensión lagunas de cotización ni cotizaciones inferiores a las que pueda haber realizado los hombres durante la vida laboral en general ni en determinados periodos de tiempo próximos al nacimiento o la adopción y , en el caso de los hombres es necesario que acrediten lagunas de cotización o cotizaciones inferiores en periodos de tiempo posteriores al nacimiento o la adopción en relación a las inmediatamente anteriores. Solo se reconoce el complemento a aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados. En definitiva, en el caso de las mujeres se presume iuris et de iure la afectación desfavorable del cuidado de los hijos sobre la carrera de cotización, en el supuesto de los hombres ese impacto negativo deberá probarse mediante la concurrencia de alguna de las situaciones recogidas en el propio artículo 60.1 párrafo 2º de la LGSS.

b) Y además el complemento de pensiones se reconoce a todas las mujeres que acceden a la pensión de jubilación y de incapacidad permanente al margen de la cuantía de la pensión que perciban. No se vincula a la brecha de pensión de forma concreta, en relación a cada beneficiaria y vinculado al hecho de obtener una pensión inferior por el perjuicio que haya tenido en su carrera profesional o en la contribución a la seguridad social a través de sus cotizaciones.

Lo razonado anteriormente le lleva a formular al TJUE, en el ámbito de las previsiones del art. 2677 TFUE, las siguientes cuestiones sobre la validez e interpretación del art. 60 LGSS en relación con los arts. 1, 4 y 7 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978:

"PRIMERA CUESTIÓN:

¿La 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, debe interpretarse en el sentido de que no respeta el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por los *arts. 1 y 4 de la Directiva, una regulación nacional como la contenida en el artículo 60 de la Ley General de Seguridad Social que, bajo la rúbrica "Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género", reconoce la titularidad del derecho a un complemento a las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente a las mujeres que hayan tenido hijos o hijas biológicos o adoptados y sean beneficiarias de dichas pensiones, sin ningún otro requisito y al margen del importe de sus pensiones, y no se reconoce en las mismas condiciones a los hombres en idéntica situación al exigir para acceder al complemento de su pensión de jubilación o de incapacidad permanente determinados periodos sin cotización o cotizaciones inferiores con posterioridad al nacimiento de los hijos/as o a la adopción y, en concreto, en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el NUM001 de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer, y en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el NUM002 de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, 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?*

SEGUNDA CUESTIÓN:

¿La 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, impone como consecuencia de la discriminación derivada de la exclusión del pensionista de sexo masculino que se le reconozca el complemento de la pensión de jubilación a pesar de que el artículo 60 de la LGSS establezca que el complemento solo puede reconocerse a uno de los progenitores y, al mismo tiempo, el reconocimiento del complemento al pensionista varón no debe determinar como efecto de la sentencia del TJUE y de la inadecuación de la regulación nacional a la Directiva la supresión del complemento reconocido a la mujer pensionista de jubilación al concurrir en ella los requisitos legales de ser madre de uno o más hijos?".

En realidad el Juez de lo Social lo que ha hecho ha sido someter al art. 60 LGSS al mismo escrutinio que hizo la STJUE de 13 de diciembre 2019 respecto a la anterior versión del mismo. Y concluye finalmente que los mismos o similares reproches pueden hacerse a la versión actual.

Un examen detenido del art. 60 LGSS fuera de planteamientos alejados de la objetividad nos podría llevar con facilidad a poder asumir las dudas que al Juzgador se le han presentado.

Algunas consideraciones finales sobre el art. 60 LGSS y la necesidad de su replanteamiento

La primera consideración que cabría hacer es ¿Qué es lo que realmente se quiere proteger o compensar con este complemento?

Si lo que se quiere es compensar la denominada brecha de género, DA. 37.º de la LGSS, rubricada como "Alcance temporal de las acciones positivas para la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas", su apartado 1 dice así:

"*A los efectos de esta ley, se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres*".

Se podría pensar qué sentido tiene reconocer tal complemento a las pensiones de viudedad e incapacidad permanente. Recuérdese que la pensión de viudedad se calcula sobre la cotización del causante que en este caso (lo más común) será un hombre y que, si es cierto que en general presenta cotizaciones superiores a la mujer, la cuantía de la pensión de viudedad será normalmente superior a la que pudiera obtener un hombre respecto de la mujer ¿habría brecha de género aquí?

La segunda consideración es quizás más delicada, pero hay que señalarla. A la mujer no se le exige acreditación alguna de haber visto afectada su carrera de seguro y al hombre sí. Se dirá que eso obvio, que la mujer se habrá dedicado al cuidado del nacido o adoptado, y probablemente mayoritariamente haya sido así. Pero entonces habrá que preguntarse si lo que se quiere es mantener este estatus (el de mujer al cuidado de hijo) y si eso favorece o no la corresponsabilidad en los cuidados de los hijos por parte del hombre.

Absurda y probablemente discriminatoria es la interpretación que el INSS hace cuando se es beneficiario de la pensión de viudedad y se pide el complemento, pues si para la mujer procede a computar los hijos de ella con independencia de la filiación, sin embargo, en caso de que sea hombre tendrá que ser hijos comunes con la causante. Y si fuere causante el hombre tampoco sería de aplicación y tendríamos que estar a la regla general de hombres causantes y beneficiarios

La tercera consideración, partiendo de presumir que alguno de los progenitores haya visto afectada su carrera profesional por el nacimiento o adopción de un hijo, es si habrá también que presumirlo de un hombre que decide adoptar el solo un hijo (fuera de matrimonio o pareja) ¿no? O ¿seguimos discriminando a las familias unipersonales cuyo progenitor sea hombre?

La cuarta consideración es si también resultan discriminados los matrimonios o parejas homosexuales (formadas por dos hombres) ya que ellos tienen que acreditar los requisitos que a un matrimonio o pareja entre mujeres no se les exige.

La cuarta consideración va referida a las dudas que puede plantear la exigencia de tales requisitos a los hombres solamente. Convendría mirar nuevamente a la citada STJUE y reflexionar sobre lo que allí se dice:

— La procreación como la responsabilidad en el cuidado, la atención, la alimentación y la educación de los hijos son predicables de toda persona que pueda tener la condición de madre o de padre. Por consiguiente, la interrupción del trabajo como consecuencia del nacimiento o adopción de los hijos o por el cuidado de los hijos puede perjudicar por igual a hombres y mujeres.

— La procreación implica un mayor sacrificio para las mujeres a nivel personal y profesional. De hecho, han de afrontar un período de embarazo y un nacimiento que comporta sacrificios biológicos y fisiológicos evidentes, con el detrimento que comporta para las mujeres, no solo en la esfera física, sino también en la esfera laboral y sus legítimas expectativas de promoción en el ámbito profesional. Por tanto, desde el punto de vista

> biológico, las disposiciones del artículo 60, apartado 1, de la LGSS podrían justificarse en la medida en que están destinadas a proteger a las mujeres de las consecuencias derivadas del embarazo y la maternidad.

Pero si la procreación o adopción la lleva a cabo un hombre y por tanto se encuentra en situación idéntica se le exigen distintos requisitos, no es descabellado concluir que una norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Este trato menos favorable basado en el sexo puede constituir una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CE, relativa a la aplicación progresiva de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

Por tanto, tanto si pensamos que la clave o el objeto del complemento es tener en cuenta la aportación demográfica o el efecto negativo que pueda tener en la carrera profesional de una persona y el objetivo perseguido consiste en garantizar el reconocimiento de pensiones adecuadas a las mujeres que han visto reducida su capacidad de cotización y, con ello, la cuantía de sus pensiones, cuando por haber tenido dos o más hijos, y haberse dedicado a su cuidado, han visto interrumpidas o acortadas sus carreras profesionales, lo mismo es predicable de los hombres[31]. Y reconocer a las mujeres, en cualquier caso, sin ningún condicionante y a los hombres que se encuentre en la misma situación unos requisitos, no solamente de acreditar haber sido afectada la carrera profesional, si no –en el caso de que la pensión de viudedad a completar- que los hijos tienen que ser comunes y además beneficiarios de pensión de orfandad, podría considerarse como discriminatorio.

Una quinta consideración esa extraña fijación de dos fechas de referencia en torno a los vacíos de cotización: hijos nacidos o adoptados antes o después de 1 de enero de 2015 y la razón para ser más "duros" para los hijos tenido o adoptados hasta el día 31-12-2014 a los que se exige días sin cotización (por tanto, lagunas) y a los nacidos a partir del día 1-1-2015 en cuyo caso basta con una incidencia en las bases de cotización. A no ser que se nos esté queriendo decir que la TGSS no tiene datos ciertos sobre las bases de cotización anteriores a 2015 y por eso se prefiere, sin más, exigir vacíos totales en la cotización.

Y una sexta consideración, no se explica la razón de que si los progenitores son dos hombres se mantengan esos requisitos para ambos, el de acreditar que la carrera profesional se ha visto afectada en los términos antes indicados y si fueran dos progenitores mujeres no sea preciso.

Cuando se analiza este legítimo, necesario y bien intencionado complemento para la reducción de la brecha de género, se recuerda respecto a su regulación legal específica el fenómeno paradójico de la *heterogonía de los fine*s: la idea de que los resultados finales objetivos de nuestras acciones son con frecuencia, cuando no con regularidad, diametralmente opuestos a las intenciones iniciales[32].

---

[31] Véase «Estudio de impacto del nuevo Complemento de pensiones no contributivas para reducir la brecha de género (art. 60 LGSS), regulado en el RD-ley 3/2021, como resultado del proceso de debate y negociación en el ámbito del Diálogo Social», elaborado por CC.OO. en fecha 3 de febrero de 2021. Accesible en https://www.ccoo.es/2dcb498db3515a699c57681ec18c2b3c000001.pdf. Consultado en 24 de febrero de 2021.

[32] Heterogonía de los fines es una expresión formulada en 1886 por el psicólogo alemán Wilhelm Wundt, para denotar el fenómeno de cómo la actividad dirigida a un objetivo a menudo causa experiencias que modifican el patrón motivacional original. Cfr. Wundt, Guillermo G. [Wilhelm]: *Ética. Una investigación de los hechos y leyes de la vida moral,* 3 Tomos, trad. de la cuarta edición alemana por Fermín Herrero Bahillo, Madrid, Daniel Jorro, Editor, 1917. Max Weber realzaría el sentido trágico de la "heterogonía de los fines" vinculándola a las disfuncionalidades de la racionalidad con arreglo a fines, incluida la racionalidad jurídica. En ese marco Weber sugiere que la sociedad en un medio en el cual las mejores intenciones se transforman, con elevada frecuencia, en malos resultados. En el fondo, dentro de su visión pesimista, la heterogonía negativa de los fines opera en todas las circunstancias y, más particularmente en el destino universal de todos los esfuerzos colectivos para mejorar el mundo.Cfr. Monereo Pérez, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, capítulo I, espec., págs. 110 y sigs.