

# EL RECONOCIMIENTO DISCRIMINATORIO DEL DERECHO AL ANTIGUO ‘COMPLEMENTO DE MATERNIDAD’ PARA LAS PENSIONES CONTRIBUTIVAS DE HOMBRES Y MUJERES ¿GENERA, A SU VEZ, UN DERECHO A INDEMNIZACIÓN POR AGRAVIO PROCEDIMENTAL? EL TJUE RESPONDE

## Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2023 (Asunto C-113/22)

MILENA BOGONI

NET21 NÚMERO 15, octubre 2023

Entre el año 2015 y el año 2021, asistimos, en el ordenamiento jurídico español, a una serie de importantes reformas normativas que, desde la introducción por Ley del definido “complemento de maternidad por aportación demográfica” (Disposición final 2.1 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015 que incorporó un art. 50 bis al Texto refundido de la LGSS de 1994), pasando por significativas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (especialmente importante, en este sentido, la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18), acabó con la redefinición, no sin cierta polémica, de este complemento a las pensiones como “complemento para la reducción de la brecha de género” (introducido por el art. 1 del RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero que modifica la redacción del art. 60 LGSS).

Sin voluntad de ahondar demasiado en los profundos cambios introducidos en este tiempo, resulta, sin duda, interesante –especialmente con el fin de contextualizar el litigio objeto de la Sentencia a analizar– recordar los momentos más relevantes de esta historia y su impacto en el ordenamiento jurídico. Es sobradamente conocido que el antiguo “complemento de maternidad” de las pensiones se configuraba como una prestación económica adicional que se otorgaba (de manera exclusiva y excluyente) a las mujeres en España como reconocimiento a su contribución al sistema de Seguridad Social a través de la maternidad. Esta contribución operaba una vez calculada la

pensión contributiva y por lo tanto se otorgaba a mujeres con carreras de cotización suficiente para generar una pensión, incorporando así al ordenamiento jurídico español lo que en doctrina se ha definido como el concepto de "cotización demográfica", es decir, en el cálculo final "se tiene en cuenta el número de hijos que se aportan, clave para la sostenibilidad futura del sistema en la medida en que se trata de futuros cotizantes, y no sólo la cotización económica tradicional" (MONEREO PÉREZ, J.L. – RODRÍGUEZ INIESTA, G., 2022, p. 15).

Después de funcionar durante algunos años, este complemento acaba por experimentar una inevitable evolución, conceptual y práctica, influida, sin duda, por el impacto directo de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18) que determina, como ya es conocido, la existencia de un trato discriminatorio –al excluir su aplicación en supuestos iguales protagonizados por padres trabajadores– y la oposición de la norma española a 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. A raíz de esta Sentencia, se desarrollan en el ordenamiento jurídico español dos acciones concretas, ambas muy relevantes para entender el contexto jurídico en el que se desarrolla la cuestión prejudicial objeto de la STJUE, de 14 de septiembre de 2023 (Asunto C-113/22).

Por un lado, el legislador trabaja en una reforma del art. 60 LGSS –que finalmente verá la luz con la aprobación del art. 1 del RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero– destinada a renombrar el complemento (que pasa a llamarse "complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género") con el objetivo de convertir este complemento en una herramienta eficaz en la estrategia de reducción de la brecha de género en las pensiones, entendiendo que –y así queda reflejado en la exposición de motivos– la brecha de género es la manifestación de la insuficiencia de la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones ya que la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas afecta, histórica y estructuralmente, en mayor medida, a las mujeres que a los hombres. Esto conllevaría una afectación decisiva de la maternidad en las trayectorias laborales de las mujeres, siendo una de las principales causas, en definitiva, de la menor cotización de éstas. Además, en el RD-Ley se afirma que esta afectación a la vida activa (y contributiva) de las mujeres es, tendencialmente, proporcional al número de hijas e hijos y, por tanto, implica una contabilización proporcionada del incremento en las pensiones en función del número de aquellas y aquellos. El complemento, finalmente, se debería aplicar a las mujeres, sin excluir aquellos padres que, pudiendo acreditar un

perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de uno o más hijos, se podrían, perfecta y legítimamente, considerar, igualmente, beneficiarios de este complemento. La redacción y consecuente aplicación de este nuevo complemento, no está exenta de ciertas complejidades que, sin embargo, al no tener relación directa con el comentario que se pretende desarrollar en estas líneas, no serán objeto de ulterior profundización en estas páginas, aunque para su estudio se remite a la abundante y relevante producción científica en materia.

Por otro lado, y ahí está el origen de muchos de los problemas que llevaron a la STJUE de 14 de septiembre, el INSS estableció, en aplicación del Criterio de Gestión 1/2020, unas pautas de actuación que, a la espera de que el legislador operara una reforma legal del art. 60 LGSS acorde a lo dispuesto en la Sentencia, se orientan, especialmente, a la gestión de todas aquellas solicitudes de complemento que se habían originado bajo la anterior previsión legal y que resultaban directamente afectadas por el pronunciamiento del TJUE. Concretamente, se establece, en primer lugar, que el complemento de maternidad, en los supuestos de pensiones por incapacidad permanente, jubilación y viudedad, se seguirá reconociendo única (y exclusivamente) a las mujeres que cumplan con los requisitos exigidos en el mismo, tal y como se venía haciendo hasta la fecha. En cambio, en el caso de los padres, este complemento se reconocería sólo en los supuestos de sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que les reconocieran el citado complemento de pensión, en cuyo caso, además, el inicio del pago de la prestación coincidiría con la existencia de una sentencia de un juzgado de lo social o tribunal de justicia condenatoria y se haya, por tanto, interpuesto el correspondiente recurso. Lo cual produce una paradoja jurídica de no poca trascendencia ya que, en definitiva, obliga a los padres con derecho (teórico) al complemento a pleitear, sin excepción, con consecuente efecto disuasorio al implicar, tendencialmente, judicialización, retraso y onerosidad en el reconocimiento (práctico) del derecho en cuestión. Este es el caso concreto del demandante, padre de dos hijos, que tiene reconocida por el INSS una prestación de incapacidad permanente absoluta, con efectos a partir del 10 de noviembre de 2018, que no solicitó expresamente (al no estar previsto entonces por la legislación española), ni se le reconoció de oficio el derecho al complemento por maternidad y que es el protagonista de la STJUE del 14 de septiembre de 2023.

Entrando, por tanto, en el detalle de este pronunciamiento del TJUE, es importante resaltar que el demandante, con fundamento en la STJUE de 12 de diciembre de 2019, presenta ante el INSS, el 10 de noviembre de 2020 - es decir, dos años después del reconocimiento de la prestación por

incapacidad permanente absoluta)- una solicitud de reconocimiento del complemento por maternidad (“equivalente al cinco por ciento de la prestación permanente que percibía”, tal y como resulta acreditado en el punto 15 de la STJUE de 14 de septiembre de 2023). El INNS deniega la solicitud el 17 de noviembre del 2020 y el señor DX decide presentar una demanda judicial ante el Juzgado de lo Social de Vigo, el cual, en su sentencia del 15 de febrero de 2021, acaba reconociendo, parcialmente, la demanda del solicitante ya que reconoce su derecho al complemento de pensión, pero desestima la pretensión indemnizatoria que el demandante había formulado paralelamente. Para dar actuación a esta disposición, el Tribunal de lo Social n. 2 de Vigo fija los efectos económicos del complemento indicando que el derecho al mismo debería retrotraerse al 10 de agosto de 2020 (incluyendo así en la cobertura, los tres meses anteriores a su solicitud que, recordemos, es del 10 de noviembre de 2020). El Tribunal, sin embargo, no acuerda retroceder, en el reconocimiento del derecho, al 10 de noviembre de 2018.

A esta sentencia sigue un recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJ de Galicia) interpuesta, con argumentos diferentes, tanto por el demandante, señor DX, como por el INNS. Mientras el INNS insiste en considerar que no existe derecho al complemento reclamado en el supuesto en examen, el señor DX solicita, por un lado, que se le reconozca el derecho a dicho complemento a partir de la fecha en la que tuvo acceso a la pensión (es decir, el 10 de noviembre de 2018) ya que, si se hubiera tratado de una mujer, se le habría informado de este derecho en ese momento y, por otro lado, que se le reconozca una indemnización reparadora y disuasoria por vulneración del principio de no discriminación. El TSJ de Galicia considera que el *quid* de la cuestión reside en “si la práctica del INSS, expuesta y publicada en el Criterio de Gestión 1/2020, consistente en denegar sistemáticamente a los hombres la concesión del complemento de maternidad y obligarlos a reclamarlo en vía judicial, debe considerarse una discriminación distinta a la discriminación derivada del art. 60 LGSS” (punto 20, STJUE de 14 de septiembre de 2023).

Esta cuestión tiene, sin duda, una importancia fundamental ya que constituye el centro de las cuestiones prejudiciales planteadas desde el TSJ de Galicia al TJUE y que permite configurar la posibilidad de que una discriminación inicial, no resuelta (aún) por el legislador y perpetrada por la administración (pese a una STJUE que la acredita como tal), podría generar otra discriminación, siempre derivada del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, aunque, en este caso, se trataría de un incumplimiento administrativo frente al ya acertado y sancionado incumplimiento normativo. Si por parte del TSJ de Galicia no hay dudas sobre la discriminación directa por razón de sexo que

englobaba el art. 60 LGSS y que, por tanto, tiene que aplicarse en los términos fijados por la STJUE de 12 de diciembre de 2019, independientemente de la existencia o no de la reforma legal necesaria, este órgano tiene dudas sobre la práctica administrativa denegatoria ya que, en definitiva, se traduce, a su vez, en un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

Para resolver esas dudas, entrando así a valorar el fondo del asunto y de la Sentencia objeto de este análisis, el TJUE afirma, en primer lugar y sin rodeos, que la obligación de “dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y el deber de aplicar a los miembros del grupo desfavorecido el mismo régimen del que disfruten las personas incluidas en la otra categoría”, no sólo, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino que, también, afecta “a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas nacionales encargadas de aplicar su régimen” (punto 42 de la STJUE de 14 de septiembre de 2023). Esto es especialmente interesante porque profundiza en los tradicionales principios de primacía y de efecto directo del Derecho social europeo que, desde las primeras Sentencias del TJUE y durante más de cuatro décadas, atraviesan toda la jurisprudencia europea, contribuyendo de manera clara a la aplicabilidad y efectividad práctica del Derecho europeo. Además –y llegamos así al segundo aspecto fundamental de la STJUE de 14 de septiembre de 2023– la efectividad del derecho protegido en la Directiva 79/7/CEE está cubierta por una cláusula de tutela específica, el art. 6, que, como recuerda el propio TJUE, obliga los Estados miembros “a introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada, debido a una discriminación por razón de sexo, pueda hacer valer sus derechos por la vía jurisdiccional, después de haber recurrido, en su caso, a otras autoridades competentes” (punto 48 STJUE de 14 de septiembre de 2023).

Este art. 6 – que, como veremos, el TJUE considera que se opone al derecho interno en el supuesto en cuestión – debe interpretarse en el sentido de que las mencionadas medidas a introducir han de ser suficientemente eficaces para alcanzar el objetivo de la Directiva 79/7/CEE y eso implica que: sean apropiadas para restablecer dicha igualdad, garanticen una tutela judicial efectiva y eficaz y sean, también, capaces de surtir un efecto disuasorio frente al organismo que haya cometido la discriminación.

La cuestión sería, por tanto, articulada de manera compleja, ya que de una pregunta inicial, aparentemente simple, sobre si el derecho español, en su previsión del complemento de maternidad, incurriría o no en una discriminación directa por razón de sexo que determinaría un derecho de

reparación acorde al derecho UE, cuya respuesta positiva conocemos desde la STJUE de 2019, pasaríamos a preguntarnos si el mecanismo de reconfiguración legal que ha puesto en marcha el INSS en España –a partir de 2020 y a la espera de la reforma legal del complemento– y que, recordemos, consiste en la perpetración, por parte de una administración pública, de una práctica a su vez considerada discriminatoria por el TJUE en la sentencia en examen (como es el requisito de judicialización de toda solicitud de complemento de maternidad cuando el solicitante es varón), ¿genera o no el derecho del damnificado a “las medidas de reparación apropiada” que contempla el art. 6 de la Directiva 79/7/CEE?? Y si es así, ¿cuál es el alcance de esa reparación? En este sentido, por tanto, no será suficiente con considerar discriminatoria la práctica administrativa, sino que habrá que verificar el alcance del daño producido y, posteriormente, de la medida reparadora, indemnizatoria y disuasoria que el ordenamiento jurídico haya puesto en marcha.

Según consta por la reconstrucción de los hechos que realiza la STJUE de 14 de septiembre, el Juez de lo Social de Vigo en su sentencia, había reconocido como discriminatoria la práctica administrativa y había procedido a reconocer el complemento inicialmente denegado con efectos retroactivos, sin concesión alguna de indemnización, alegando, por un lado, que el efecto retroactivo del reconocimiento del complemento constituía una medida reparadora suficiente y, por otro, que, en virtud del derecho interno –al ser imposible la condena del INSS al pago de las cantidades correspondientes a costas y honorarios de abogados (ocasionados en el marco del procedimiento incoado ante el Juzgado de lo Social) siendo que el proceso laboral en España es gratuito para todas las partes litigantes– no tenía cabida indemnización adicional alguna, destinada a compensar estos gastos. El TJUE pasa, por tanto, a analizar la naturaleza reparadora de la decisión del Tribunal nacional, entendiendo que el órgano jurisdiccional nacional competente para evaluar la existencia de una discriminación no puede limitarse a dejar sin aplicar, a favor del afiliado de sexo masculino de que se trate, la disposición discriminatoria y a reconocer el derecho al complemento de maternidad en cuestión (punto 52 STJUE de 14 de septiembre de 2023). Esto significa, también, en opinión del juez europeo, que “si bien el reconocimiento retroactivo permite, en principio, restablecer la igualdad de trato en lo que respecta a los requisitos materiales de concesión del complemento de pensión litigioso”, esto resulta completamente inútil “para subsanar los perjuicios derivados, en detrimento de dicho afiliado, del carácter discriminatorio de los referidos requisitos procedimentales” (punto 53 STJUE de 14 de septiembre de 2023). Para eso el TJUE, considera indispensable que se establezca una reparación pecuniaria adecuada que, en función de lo

establecido en el art. 183 de la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social española, debe ser, al mismo tiempo, reparadora y disuasoria.

Esta reparación pecuniaria adecuada -que, insistimos, deriva del haber sufrido una práctica administrativa perpetuadora de una medida discriminatoria y por tanto, a su vez, discriminatoria- tiene una naturaleza compleja que, tal y como indica el art. 6 de la Directiva 79/7/CEE, "debe permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación" y, por tanto, incluir las costas y honorarios de abogado en que haya incurrido el demandante para hacer valer, ante los tribunales, su derecho al complemento de pensión por maternidad. Esto es especialmente importante en el caso del señor DX, solicitante protagonista de la STJUE objeto de análisis, ya que justamente el "agravio procedimental" al que se somete, por explícito mandamiento de la autoridad pública, constituye el núcleo central de la práctica considerada discriminatoria e implica, por sí solo, la judicialización onerosa (y obligatoria) de su solicitud. La judicialización, en definitiva, es el único camino que el derecho español ofrece a los varones, a la espera de la modificación legal que elimine la discriminación directa, para solicitar el complemento, exponiéndoles, sin excepciones, al retraso en su disfrute y a costes no previstos en el supuesto de ser mujeres. El TJUE refuerza esta idea, afirmando que "carece de relevancia el hecho que, en virtud de las normas españolas en materia de Derecho laboral, no sea posible condenar en costas al organismo responsable de la discriminación, puesto que la indemnización que cubre las costas y los honorarios de abogado no está comprendida en el ámbito de aplicación de dichas normas procesales, sino que forma parte de la reparación íntegra del interesado, exigida por la jurisprudencia y contempladas en el art. 6 de la Directiva 79/7/CEE" (punto 60 STJUE de 14 de septiembre de 2023).

La STJUE de 14 de septiembre de 2023, concluyendo, subraya el derecho al complemento de maternidad para las pensiones contributivas, de manera igualitaria, para madres y padres, allá donde este esté previsto por el ordenamiento jurídico nacional de pertenencia, con el fin de que la definida "cotización demográfica" se convierta en un elemento importante de las pensiones presente y futuras. Y si este complemento se acaba reconociendo, por una articulación defectuosa, de manera discriminatoria, aunque sea por una práctica administrativa, esta vulneración tiene que tener una indemnización íntegra que implique compensar el retraso en el disfrute del derecho (a través del efecto retroactivo del reconocimiento) y la procedimentalización adicional que, de por sí, constituye un requisito discriminatorio e implica gastos que tienen que ser incluidos en una indemnización adecuada (y esto daría cobertura a todos los gastos, incluidos

las costas y honorarios de abogado) en cuanto traducción directa del derecho a la tutela judicial efectiva.

La capacidad de los Estados miembros, que así lo deseen, de configurar este complemento, es (y seguirá siendo) clave para lograr este delicado equilibrio entre promoción activa de la igualdad y tutela antidiscriminatoria. La elaboración de herramientas como el complemento de maternidad, sin embargo -y en este sentido, es un ejemplo claro el caso del ordenamiento jurídico español que ya se ha visto involucrado en dos sentencias del TJUE sobre este tema y se prevé que haya más (DOMÍNGUEZ MORALES, A., 2023, p. 5)- no es sencilla ya que esconde insidias de gran impacto, justamente en un campo complejo como el de la Seguridad Social. Sin duda, el desafío de imaginar y configurar este complemento como una herramienta para luchar contra la brecha de género en las pensiones es grande ya que el terreno jurídico en el que se configura es resbaladizo. Por un lado, hace falta un grandísimo y exquisito trabajo de arquitectura jurídica para que su esencia no acabe viciándose por un choque profundo propio con aquel derecho antidiscriminatorio europeo del que se nutre y emana (y especial y concretamente con la Directiva 79/7/CEE). Por otro lado, es imprescindible que se sustente en un debate jurídico y social verdadero y profundo sobre los fundamentos teóricos de la conciliación y corresponsabilidad en la crianza y cuidados de personas dependientes que está, inevitablemente, detrás de cualquier propuesta de este calado. Externalizar, compensar económicamente o relegar a espacios invisibles o invisibilizados la carga familiar puede crear una aparente sensación de resolución del problema; sin embargo, estas soluciones pueden acabar revelándose trampas y espejismos que, una vez más, impiden la búsqueda de respuestas más profundas y valientes. Tal vez, esta sentencia represente una ocasión para abrir este debate, necesario, a nivel de ordenamiento interno y permita, esta vez, ir más allá de ofrecer respuestas coyunturales y puntuales a casos concretos (por muy merecedores de tutela esos sean).

## BIBLIOGRAFÍA

DOMÍNGUEZ MORALES, A., "Es discriminatoria la práctica administrativa que deniega sistemáticamente a los hombres el complemento de maternidad. Reflexiones al hilo del nuevo, pero no último, pronunciamiento del TJUE, de 14 de septiembre de 2023". *Briefs AEDTT*, n. 55/2023.

MONEREO PÉREZ, J.L. – RÓDRIGUEZ INIESTA, G., "Luces y sombras del complemento de brecha de género (complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Loberum*, n. 31/2022.