

ARTÍCULOS

El complemento por maternidad, la discriminación masculina y su reparación

Dos pasos atrás del TJUE en el camino hacia la igualdad efectiva entre mujeres y hombres

Joan Agustí Maragall

Magistrado especialista Sala Social TSJ de les Illes Balears

1. OBJETO DE ESTAS LÍNEAS

El objeto de estas líneas -lo antepongo para no engañar a nadie- es canalizar mi preocupación ante el retroceso que, en el camino hacia la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso y disfrute de las prestaciones de seguridad social, ha supuesto la gestación del “complemento por maternidad” (hace ya 10 años) y sus posteriores reveses judiciales que han comportado un coste al sistema público de la Seguridad Social de, hasta el momento, 8.000 millones de euros, según información oficiosa de la TGSS, cantidad que -a la postre- habrá servido no para corregir la brecha de género en el importe de las prestaciones de seguridad social, sino para agrandarla y perpetuarla.

La responsabilidad en ello no cabe imputarla solamente a la impericia del legislador de 2015, que también, sino -principalmente y por este orden- al TJUE, al TS y a un cierto activismo prejudicial de determinados órganos judiciales, más preocupados en detectar o cuestionar los errores o “meteduras de pata” en la normativización de una medida de acción positiva como era el complemento de maternidad y el posterior complemento de brecha de género (desde la perspectiva de la “igualdad formal”) que en atender a su finalidad como medida de acción positiva (reparar la incuestionable desigualdad prestacional en razón de la perpetuación de roles).

Me propongo, por ello, analizar las causas de lo acontecido para intentar que, de futuro (y de presente, a la vista de las cuestiones prejudiciales ya planteadas en relación al actual

“complemento de brecha de género”) seamos conscientes de adonde nos pueden llevar este activismo judicial que, sin perjuicio de su incuestionable fundamentación técnica desde la perspectiva de la igualdad formal entre hombres y mujeres, supone en incuestionable efecto regresivo en el camino hacia la igualdad efectiva entre ambos sexos.

2. LA REFRACTARIEDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TJUE ANTE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

Creo oportuno empezar recordando que las medidas de acción positiva tienen un claro fundamento constitucional en el art. 9-2 de nuestra Constitución como instrumento para la promoción de la igualdad real y efectiva de las personas y remoción de los obstáculos que impidan o dificulten.

Por el contrario, no ocurre lo mismo en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, en el que -a diferencia de las normas prohibitivas de discriminación- no existe prácticamente regulación al respecto, mientras que la jurisprudencia del TJCE y del TJUE han jugado un papel claramente restrictivo, desde la igualdad formal de los mandatos anti-discriminatorios, en contra de las medidas de acción positiva de los Estados Miembros en busca de la igualdad material, especialmente en favor de las **mujeres**¹.

Como razona la profesora Maria Emilia Casas², el TJUE no ha dado ninguna señal de afecto hacia las acciones positivas que el principio de igualdad de trato no impide adoptar a los Estados para alcanzar “en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral”, mediante “*medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a [...] evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales*” al sexo menos representado (art. 157.4 TFUE)”, configuradas con carácter temporal por el legislador democrático a fin de promover la igualdad real y efectiva y remover los obstáculos que la impiden o dificultan (art. 9-2 CE), y que, a la postre, funcionan como antídotos frente a las discriminaciones indirectas, normativas y estructurales, de las mujeres.

He considerado necesario este apunte por cuanto, en ocasiones, se tiende a considerar que la doctrina del TJUE es siempre la más avanzada en materia de igualdad y no discriminación y ello, en relación a un instrumento tan fundamental para la igualdad real y efectiva, no es cierto.

3. EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD Y SU FINALIDAD ORIGINARIA COMO MEDIDA DE ACCIÓN POSITIVA

El denominado “complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad social” fue introducido en el texto de la LGSS por la disposición final segunda de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016,

1. La STJCE 17-10-95, Kalanke, es emblemática, en tal sentido.

2. Revista Jurisdicción Laboral, nº 3/2024.

como art. 50 bis, e integrado en el vigente Texto refundido aprobado por RD legislativo 8/2015, de 30 de octubre, como art. 60, para aquellas pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2016 (disposición final única de la Ley 48/2015), con el objeto de compensar a las madres beneficiarias de alguna de las pensiones del nivel contributivo de la Seguridad social por su contribución a la natalidad y, con ello, al sostenimiento del sistema de la Seguridad social, pero *“también en razón a que su «carrera de seguro» se ve acortada, por las dificultades para la conciliación laboral derivadas de la maternidad”*, como identificó el auto del Tribunal Constitucional 114/2018, de 16 de octubre de 2018.

En efecto, en el citado auto, el Tribunal Constitucional razonó que *“el objetivo del complemento de maternidad es 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 trabajadores”* (FJ 3), objetivo plenamente congruente con la recomendación de la Comisión Parlamentaria de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo a fin de reducir las consecuencias de la discriminación sufrida históricamente por las mujeres y colaborar en la disminución de la brecha de género que desde el ámbito laboral se traslada al de las pensiones de la Seguridad Social³.

Adviértase, pues, que -tanto en la génesis de la norma como en la doctrina constitucional- se parte de la premisa que el objetivo de la norma es -en palabras de la magistrada María Luisa Balaguer en su voto particular al ATC 114/18,- *“compensar el mayor esfuerzo que ha supuesto a las mujeres compatibilizar su actividad laboral, y, por tanto, su condición de cotizantes al sistema de Seguridad Social, con la maternidad y la consiguiente aportación de nuevos posibles cotizantes a dicho sistema, de intentar moderar, por vía de este complemento, la reconocida discriminación histórica que han sufrido las mujeres trabajadoras y madres, de reducir una evidente brecha, que no sólo se manifiesta en el ámbito salarial sino también en el de las pensiones, y, por último, de establecer una medida concreta de apoyo a las familias.”*

4. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL JS N^o 3 DE GIRONA MEDIANTE SU AUTO DE 23.6.18 (DESDE LA IGUALDAD FORMAL)

Con ocasión de la demanda interpuesta por un hombre en reclamación del derecho al “complemento de maternidad” en base al principio de igualdad y no discriminación, el JS n^o 3 de Girona elevó cuestión prejudicial mediante auto de 23.6.18 ante el TJUE. La premisa fundamental de tal cuestión -recogida en el apartado 22 de la posterior STJUE

3. Argumento en el que abunda el criterio de gestión del INSS, de la subdirección general de ordenación y asistencia jurídica, 1/2018, de 1 de febrero de 2018, a tenor del cual *“... la igualdad material entre mujeres y hombres con el objeto de evitar los efectos perjudiciales que en el mundo laboral sufren las primeras con motivo de asumir una mayor dedicación en el cuidado y educación de los hijos (brecha salarial, “techo de cristal”, mayor parcialidad en el empleo, mayores períodos de interrupción de la vida laboral por cuidados de hijos, etc.), con efectos negativos directos en la promoción profesional y en las retribuciones que perciben las trabajadoras y, por tanto, efectos negativos indirectos en la cuantía de sus pensiones futuras, cuyo cálculo se va a efectuar a partir de dichas retribuciones. Por ello, la compensación va dirigida exclusivamente al colectivo de mujeres y se extiende no solo a las madres biológicas sino también por adopción”*.

12.12.19 y que, en mi opinión, condiciona el sentido de la misma- es “que el concepto de «aportación demográfica a la Seguridad Social», contemplado en el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, es predicable tanto de mujeres como de hombres, dado que tanto 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, añadiendo que “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, con independencia de su aportación demográfica a la Seguridad Social”, para concluir “que el artículo 60, apartado 1, de la LGSS establece una diferencia de trato injustificada en favor de las mujeres y en perjuicio de los hombres que se encuentren en una situación idéntica.”

En razón de ello formula al TJUE la siguiente pregunta”:

«¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 157 [TFUE] y en la Directiva [76/207] y en la Directiva [2002/73] que modifica a aquella, refundida por [la] Directiva [2006/54], una Ley nacional (en concreto el art. 60.1 de la [LGSS]) que reconoce la titularidad del derecho a un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los hombres en idéntica situación?».

Debe advertirse que la cuestión se fundamentaba, erróneamente, en las Directivas 76/207 y Directiva 2006/54 (referidas a la igualdad retributiva y a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo), inaplicables en materia de Seguridad Social, lo cual bien pudo haber propiciado un rápido pronunciamiento desestimatorio por parte del TJUE como ha hecho en numerosas ocasiones.

Es importante señalar, también, que -a diferencia de la cuestión prejudicial planteada pocos meses después desde el TJS de Gran Canaria- el demandante no invocó ni acreditó que hubieran tenido afectación alguna en su carrera profesional y de cotización por causa del cuidado de sus **hijos**⁴.

5. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE LA SALA SOCIAL DEL TSJ DE GRAN CANARIA, DE FECHA 7.12.18 (DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO)

Planteamiento notablemente distinto se hizo en el auto de elevación de cuestión prejudicial de la Sala Social del TSJ de Gran Canarias, de fecha 7.12.18, que sí acertó al fundamentar la cuestión en la Directiva nº 7/79 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social,

4. Se da la circunstancia, que no deja de ser paradójica, que en el momento del juicio, como recoge el apartado 20 de la ulterior STJUE 12.12.19, el hombre demandante ya había fallecido y quien accionaba como sucesora era su esposa.

que abordaba la reclamación de un hombre viudo con cuatro hijos a su exclusivo cargo, y que, en el que en lugar de cuestionar como discriminatorio todo el art. 60.1 LGSS desde la “identidad de situación”, cuestionaba solamente *“si esta exclusión absoluta e incondicional de los padres trabajadores al acceso al complemento por maternidad, puede considerarse una diferencia de trato por razón de sexo injustificada, y discriminatoria, en determinadas circunstancias excepcionales, como en el caso de los padres viudos que habiendo dedicado tiempo y esfuerzo a la crianza de sus hijos/as quedan excluidos del citado complemento.”*

Partiendo de la premisa que *“estadísticamente los cuidados recaen mayoritariamente sobre las mujeres”*, razonaba que *“no por ello podemos excluir a los padres de forma tan absoluta y radical...”* por cuanto *“Tal exclusión, sin clausula de salvaguarda alguna, destierra del acceso al complemento a aquellos hombres que como en el caso del demandante, puedan probar que han asumido en solitario el cuidado de sus hijos/as y por tanto han hecho una contribución demográfica”*.

Incomprensiblemente (o quizás no), el TJUE no acumuló ambas cuestiones **prejudiciales**⁵, cuando esta segunda cuestión sí estaba correctamente fundamentada, tanto en la premisa fáctica (el demandante era el único cuidador de los cuatro hijos), como en la fundamentación jurídica, al invocar la Directiva 7/79 y el art. 157.4 TFUE, lo que hubiera hecho innecesario que tanto el Abogado General como el TJUE tuvieran que “reformular” la primera cuestión prejudicial, que se remitía a las directivas de igualdad salarial inaplicables.

Tengo la convicción que, de haber acumulado el TJUE ambas cuestiones y haberlas resuelto conjuntamente, su pronunciamiento hubiera podido ser otro, invalidando solamente como discriminatoria la exclusión “absoluta y radical” de los padres en todo caso, propiciando una interpretación correctora del precepto, en clave de género, que no excluyera a aquellos padres que, como el demandante en la cuestión canaria, sí hubieran visto afectada su carrera por el cuidado de hijos.

Lo cierto es que el TJUE no sólo no acumuló esta segunda cuestión a la primera, defectuosamente formulada, sino que, por comunicación del Secretario del TJUE pocos días después de la STJUE de 12.12.19, interesó del TSJ de Gran Canaria *“informe a este Tribunal si, a la vista de dicha sentencia, mantiene las preguntas planteadas en el asunto”*, ante lo cual -lógicamente- el Tribunal Superior desistió de su cuestión **prejudicial**.⁶

No deja de ser llamativo que el TJUE, teniendo tiempo sobrado para ello, no viera la conexión e identidad de objeto entre ambas cuestiones prejudiciales para proceder a la preceptiva acumulación y resolución conjunta, dando con ello respuesta al distinto planteamiento de la cuestión canaria, y sí la viera pocos días después de dictar la STJUE 12.12.19 para sugerir al TSJ de Gran Canaria el desistimiento de su cuestión. Ello sugiere la posibilidad de que el TJUE prefiriera resolver exclusivamente la primera cuestión, desde la premisa de “identidad de situación” entre mujeres y hombres en general, que no desde el planteamiento de la segunda cuestión, desde la perspectiva de género, en

5. Tal como dispone el art. 54 del Reglamento del TJUE.

6. La declaración del carácter discriminatorio “erga omnes” del art. 60 LGSS respecto a todos los hombres (y no sólo respecto a los hombres afectados profesionalmente por su dedicación al cuidado de los hijos), hacía obligado el desistimiento.

el que la “identidad de situación” no se refiere a todos los hombres que han tenido dos hijos, sino solamente a aquellos que hubieran visto afectada su carrera por el cuidado de los mismos.

6. EL INFORME DEL ABOGADO GENERAL DE 10.9.19 (C-450-18)

El objeto y extensión de este artículo me impide extenderme en el análisis del informe del Abogado General de fecha 10.9.19. Sorprendentemente, no he detectado, ni en la doctrina científica ni en la jurisprudencia, una llamada de atención respecto a su relevancia, quizás por cuanto la lectura rápida de la sentencia sugiere que se limitó a asumir las conclusiones y la propuesta del Abogado General, cuando ello -en mi opinión- sólo es en parte cierto, ya que en la extensa y exhaustiva fundamentación jurídica del informe del Abogado General y en relación a cuestión tan trascendente como la posibilidad de considerar el “complemento de maternidad” como una medida de “discriminación positiva” amparable en el art. 157-4 TFUE, el referido informe destina nada menos que 42 apartados, del 81 al 122, para sostener tal posibilidad, mientras que la STJJUE de 12.12.19 destina apenas dos para rechazar tal posibilidad. La tesis del Abogado General se resume en los dos siguientes apartados:

112. Por consiguiente, propongo que el artículo 157 TFUE, apartado 4, no solo pueda servir para justificar una medida nacional que, de otro modo, sería discriminatoria dentro del marco legal específico establecido por el Derecho derivado aplicable, incluida la Directiva 79/7, sino que también pueda invocarse en relación con medidas destinadas a compensar las desventajas experimentadas durante las carreras profesionales que, aunque tengan su origen en la desigualdad durante la vida laboral, únicamente se manifiestan más tarde, cuando se abandona el mercado laboral.

113. Sin embargo, el Derecho de la Unión somete sistemáticamente las medidas de acción positiva al criterio de la proporcionalidad, que exige que las excepciones se mantengan dentro de los límites de lo apropiado y necesario para lograr el objetivo perseguido. El principio de igualdad de trato debe conciliarse en la medida de lo posible con las exigencias del objetivo perseguido.

El Abogado General, aun admitiendo que “teóricamente es posible aplicar el artículo 157 TFUE, apartado 4, al presente asunto...”, concluye que “la prestación controvertida, tal como está concebida actualmente, no cumple en ningún caso el criterio de proporcionalidad exigido por dicha disposición...” al entender que “no respeta el principio de proporcionalidad”, conclusión que fundamenta en que “la medida controvertida no se aplica a las pensiones no contributivas, que pueden verse más afectadas por la brecha de género, teniendo en cuenta que es más probable que las mujeres de las generaciones anteriores ni siquiera alcancen el número de años necesario para solicitar pensiones contributivas”, así como por el hecho de que “la medida únicamente se aplica a las pensiones que comenzaron a pagarse en 2016, excluyendo por tanto a las mujeres pertenecientes a las generaciones que más probablemente se han visto afectadas por la brecha de género”, y por cuanto “solo se aplica a las mujeres y no admite ningún tipo de consideración de la situación de los hombres que se encuentren en situaciones comparables”, especificando que “No existe la posibilidad de aplicar la misma medida a los hombres que se han visto

afectados por interrupciones de sus carreras profesionales o por la reducción de cotizaciones relacionadas con la educación de sus hijos.”

Me parece relevante reiterar que el Abogado General, a diferencia del TJUE, considera desproporcionada la medida solamente en la medida que excluya a los hombres “afectados” en su carrera profesional en razón del cuidados de sus hijos/as, pero no respecto a todo el colectivo de hombres que han tenido hijos (sin que ello haya afectado a sus carreras profesionales).

Añade el Abogado General “*una última precisión*” también importante: “*no se discuten ni la legitimidad del objetivo perseguido por la medida nacional ni las pruebas de carácter estadístico aportadas por las autoridades nacionales que demuestran que la brecha de género es un problema estructural. Además, las normas nacionales en materia de seguridad social destinadas a paliar la brecha de género mediante compensación podrían, en mi opinión, aplicarse en virtud del artículo 157 TFUE, apartado 4*”, si bien reitera que “*el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, en su forma actual, no cumple los requisitos de adecuación y necesidad que se exigen para satisfacer los estándares del principio de proporcionalidad, los cuales deben respetarse para que tal medida sea admisible en virtud del artículo 157 TFUE, apartado*”, por lo que concluye “*que el artículo 157 TFUE, apartado 4, se opone a la medida controvertida en el presente asunto y, por lo tanto, esta es incompatible con el Derecho de la Unión.*”

Por ello, en su pronunciamiento final y a diferencia de la posterior STJUE de 12.12.19, la declaración de inadecuación del “complemento de maternidad” respecto al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, la circunscribe o acota en tanto que dicha norma “*no ofrece posibilidad de conceder dicho derecho a los hombres en ninguna situación*» (en inequívoca referencia a “*los hombres que se han visto afectados por interrupciones de sus carreras profesionales o por la reducción de cotizaciones relacionadas con la educación de sus hijos*”), acotación que -como veremos- no siguió el TJUE, con la consecuencia de que el carácter discriminatorio de la medida se entienda referida a todos los hombres con dos hijos.

7. LA STJUE DE 12.12.19 (C-450/18)

En efecto, el TJUE dio respuesta, como ya se ha indicado, exclusivamente a la cuestión planteada desde el JS de Girona (omitiendo cualquier referencia a la cuestión canaria, elevada un año antes), mediante su sentencia de 12.12.19 (C-450/18), dictada por un tribunal integrado mayoritariamente por **hombres**⁷, en los siguientes términos:

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 se opone a

7. Integrado por el Sr. J. C. Bonichot, Presidente de Sala, la Sra. R. Silva de Lapuerta, Vicepresidenta del Tribunal de Justicia, y los Sres. M. Safjan (Ponente) y L. Bay Larsen y la Sra. C. Toader, Jueces, siendo el Abogado General también un hombre, Sr. M. Bobek;

una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.

Para llegar a tal conclusión el TJUE, siguiendo inicialmente al Abogado General, empieza por reformular totalmente los términos de la cuestión planteada, erróneamente fundamentada en las Directivas 76/207 y Directiva 2006/54 (referidas a la igualdad retributiva y a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo), refiriéndola a la Directiva 79/7 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (apartado 37).

En el apartado 40, centra la desigualdad de trato controvertida afirmando que según el artículo 60.1 LGSS, habida cuenta de la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, se les concede el complemento de pensión controvertido cuando hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados, mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no reciben este complemento de pensión.

Razona a continuación, acogiéndose a la equívoca denominación del complemento, que si el objetivo perseguido por el artículo 60 LGSS es recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, procede señalar que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres, por lo que no puede justificar la desigualdad de trato (47).

Y, en relación al objetivo de la reducción de la brecha de género entre las pensiones de las mujeres y las de los hombres mediante la atribución del complemento de pensión controvertido, señala que el art. 60.1 LGSS tiene por objeto, al menos parcialmente, la protección de las mujeres en su condición de progenitor, cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres y que, por otro lado, las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos, razonando que 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 (50-52).

Añade, en un razonamiento francamente discutible, que la existencia de datos estadísticos que muestran diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las pensiones de los hombres no resulta suficiente para llegar a la conclusión de que, por lo que se refiere al complemento de pensión controvertido, las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores. (53).

Afirma, a continuación, que el art. 60 LGSS no contiene ningún elemento que vincule la concesión del complemento de pensión controvertido con 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, al concederse el complemento a las mujeres que hayan adoptado dos hijos y no a la mujer que ha tenido un hijo biológico, lo que indica que el legislador nacional no pretendió limitar la aplicación del artículo 60, apartado 1, de la LGSS a la protección de la condición biológica de las mujeres que

hayan dado a luz, por lo que el complemento no estaría comprendido en el ámbito de aplicación de la excepción a la prohibición de discriminación establecida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 79/7. (54-60).

En relación al artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 79/7, que permite a los Estados miembros excluir del ámbito de la prohibición las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos, destaca que el art. 60.1 LGSS no supedita la concesión del complemento de pensión en cuestión a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos, 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, por lo que tal exclusión no sería aplicable (61-63).

Finalmente, y en relación a la posible consideración del complemento de maternidad como una medida de acción positiva amparable en el art. 157-4 TFUE, el TJUE -apartándose manifiestamente del extenso argumentario del Abogado General que sí lo consideraba incardinable en dicho precepto (con la condición de corregir, por desproporcionada, la total exclusión del colectivo masculino en los términos ya explicados)- lo considera inaplicable en tanto se limita 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, sin 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, invocando las sentencias de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C 366/99, y de 17 de julio de 2014, Leone, C 173/13 (64-65).

8. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA STJUE 12.12.19

La profesora Amparo Ballester Pastor ya advirtió, al poco tiempo de incorporarse el art. 60.1 LGSS, que *“el complemento de pensiones por maternidad español ni puede considerarse un complemento por maternidad, ni atiende adecuadamente a la compensación de los defectos de cotización por cuidado de hijos, ni sigue instrucción de la Unión Europea, ni concuerda con la tendencia actual en los países de nuestro entorno”* y que, *“al contrario, constituye una propuesta que se asienta en presupuestos ya superados y que entra en directa contradicción con lo establecido en la normativa de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE⁸”*.

Aún compartiendo plenamente la premonitoria crítica de la profesora Ballester a la opción del legislador y a los graves defectos de la misma (desde el título *–“aportación demográfica”*- a la exclusión total y absoluta de los hombres afectados en sus carreras

8. EL COMPROMETIDO COMPLEMENTO DE PENSIONES POR MATERNIDAD EN ESPAÑA Y SU IMPROBABLE ACOMODO A LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA TIDISCRIMINATORIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Lex Social 1/16).

profesionales por el cuidado de los hijos, e incluso a la exclusión de las madres con un solo hijo), creo que la STJUE de 12.12.19 merece asimismo una crítica en profundidad en diversos aspectos, por cuanto su respuesta pudiera haber sido otra, más respetuosa con la finalidad del precepto y más acorde con la perspectiva de género.

En primer lugar, y como ya he señalado, al no haber acumulado a la inicial cuestión perjudicial promovida desde el JS 3 de Girona la segunda cuestión elevada desde el TSJ de Canarias, cuyo planteamiento hubiera determinado, probablemente, un enfoque más acorde con la finalidad de la norma. Esta omisión de la preceptiva acumulación resulta más inexplicable cuando la segunda cuestión era la que estaba correctamente planteada tanto fácticamente (al referirse a un hombre no sólo progenitor sino efectivamente “cuidador”), como jurídicamente, por las razones ya explicadas.

En segundo lugar, la STJSUE 12.12.19 parte de una premisa -clave de bóveda de todo su razonamiento- manifiestamente errónea: que hombres y mujeres están en “idéntica situación” ante la maternidad en su condición de progenitor (50), *“cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres y, por otro lado, las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos”* (51), afirmación que fundamenta en doctrina tan antigua como la STJUE Griesmar de 29.11.01 (C-366/99), razonando que *“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”* (52), para concluir que *“la existencia de datos estadísticos que muestren diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las pensiones de los hombres no resulta suficiente para llegar a la conclusión de que, por lo que se refiere al complemento de pensión controvertido, las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores* (53).

Este solo razonamiento, contenido en los apartados 50-53, evidencia sintéticamente el grave error de tal premisa, al concluir que hombres y mujeres están en idéntica situación por el sólo hecho de que algunos hombres, muy pocos como es notorio y revelan los datos estadísticos, hayan visto afectada su carrera profesional y de cotización en razón del cuidado a los hijos. Con ello, la “identidad de situación” se establece con carácter general respecto a todos los hombres con dos hijos, cuando -en puridad- solo cabría hacerlo respecto a aquellos que hubieran visto afectada su carrera profesional en razón del cuidado de los hijos, como era el caso del demandante en la cuestión canaria (viudo y con cuatros a su exclusivo cargo).

En tercer lugar, y partiendo de esta premisa errónea, al haberse centrado exclusivamente en los indiscutibles defectos de configuración y redacción del “complemento de maternidad” para propiciar una conclusión en clave de “discriminación directa” en perjuicio de los hombres, desde la perspectiva exclusiva de los arts. 4 y 7 de la Directiva 7/79, descartando la sugerencia del Abogado General en favor de la posibilidad de considerarlo como una medida de acción positiva amparable en el art. 157-4 TFUE.

Como he apuntado anteriormente, desde los mismos razonamientos del Informe del Abogado General en relación a la consideración de la medida controvertida como de acción positiva, podía haber dictado una sentencia en clave interpretativa que corrigiera

aquellos graves defectos, principalmente, la vinculación del complemento a la “aportación demográfica” del sexo femenino en lugar de vincularlo al rol de género en la educación y cuidado de los hijos e hijas, y su afectación en las carreras profesionales, sin excluir a los hombres que pudieran acreditar tal afectación (como se prevé en el actual complemento para la disminución de la brecha de género).

Un sector de la doctrina científica también se ha mostrado crítica con esta sentencia: Así, la profesora Pilar Rivas, recién publicada la STJUE 12.12.19⁹, advirtió ya que la doctrina sentada en la sentencia comentada suponía invalidar como política de género, en su modalidad de acción positiva, el complemento de pensión introducido en el año 2015 en el art. 60 LGSS, obviando una realidad histórico-social que la norma española pretendía paliar en cierta medida, y es que los menores salarios y las mayores lagunas de cotización en las carreras profesionales son patrimonio casi exclusivo de las mujeres, y que en su mayor parte vienen causadas por la maternidad, identificadas de manera realista con periodos que no quedan acotados a las semanas propias de descanso por maternidad (o adopción), sino a un tiempo notablemente superior de sus vidas, condicionadas por la perpetuación de los roles de género.

Añadía la profesora Rivas que el TJUE incurría en un claro reduccionismo al estimar que el objetivo de la norma española se reduce a compensar por los periodos ligados al disfrute de los permisos por maternidad. Y tal reduccionismo no puede sino conducir a una conclusión tan extravagante como considerar que los hombres resultan discriminados por esta norma, porque ellos también han contribuido demográficamente, y porque, eventualmente, también podrían verse perjudicados por su condición de padres, llevando a la consideración -que califica de “esperpéntica”- de entender discriminatoria una medida que pretende compensar a las mujeres españolas de su tradicional exclusión del mercado laboral para asumir las tareas familiares, obviando, asimismo, el contexto histórico al que obedece la norma, que, pese al sustancial cambio social operado por el paso del tiempo y la acción de la democracia post constitucional, proyecta aún su alargada sombra sobre las carreras profesionales consideradas en buena parte de los casos pensionados a día de hoy. Y concluía reprochándole a la sentencia que se sitúa en un marco social muy lejano a la corresponsabilidad en los cuidados familiares que fundamentaría la tacha de discriminación de la medida, pero escasamente realista en la aun cambiante sociedad española actual.

Igualmente crítica con la sentencia se muestra la profesora y ex Presidenta del Tribunal Constitucional, María Emilia Casas Bahamonde¹⁰, cuando razona que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ya recogida en decisiones anteriores, (STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, Joseph Griesmar), no se ha mostrado ni se muestra proclive a transitar el camino de la igualdad *versus* discriminación, optando por desenvolverse en una contemplación formal e individualista de género y de la discriminación por sexo en la Directiva 79/7/CEE y volatizando su título – “relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social”-, indicativo de las dificultades de alcanzar esa igualdad ante la tradicional postergación de las mujeres en el trabajo con repercusión inmediata en sus derechos de seguridad

9. Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 1/2020.

10. Revista de Jurisprudencia Laboral nº 3/1924.

social¹¹. Y concluye manifestándose crítica -por ello- con las objeciones de órganos judiciales españoles nuevamente frente al “nuevo” complemento para la reducción de la brecha de género, en el nuevo art. 60 LGSS en su regulación reformada por el RDL 3/2021, objeciones fundamentadas en el criterio formal e individualista de la STJUE 12.12.19¹².

9. LA STJUE 14.9.23 (C-113/22)

El segundo paso atrás en esta historia la constituye, sin duda, la STJUE 14.9.23.

Debo empezar por reconocer que el planteamiento de la cuestión prejudicial que originó dicha sentencia, elevada por un órgano judicial tan cualificado en perspectiva de género como es la Sala Social del TSJ de Galicia, en Sala General y sin ningún voto particular, me generó cierta perplejidad y, a la vez, desánimo, al tomar plena conciencia de hasta que punto el criterio que expongo con estas líneas es claramente minoritario en la carrera judicial.

La cuestión prejudicial, impecablemente formulada (vaya esto por delante), estaba predeterminada al éxito al asumir íntegramente los postulados de la precedente STJUE 12.12.19, cuando quizás pudo haberlos cuestionado o, si más no, matizado (en particular, respecto a la pretendida identidad de situaciones entre mujeres y hombres ante la maternidad y el cuidado/educación de los hijos/as).

Las preguntas que formuladas en dicha cuestión pueden sintetizarse en las siguientes:

1. Si la práctica del INSS recogida en el Criterio de Gestión 1/2020 de denegar siempre el complemento litigioso a los varones y obligarlos a reclamar en vía judicial se debe considerar, de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE, un incumplimiento administrativo de la misma diferente del incumplimiento normativo apreciado en la STJUE 12.12.19 (C-450/2018), en sí mismo constitutivo de una -nueva- discriminación por razón de sexo.
2. Si, atendiendo a la respuesta que se dé a la anterior cuestión y considerando la Directiva 79/7, la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento de maternidad 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 publicó la STJUE 12.12.19 (C-

11. 1 de marzo de 2024, según datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones sobre pensiones y pensionistas[8], la pensión media de los hombres era de 1.560,23 euros mensuales y las de las mujeres de 1.201,21 euros mensuales, doblando las pensionistas con mínimos (31,7%) a los pensionistas con mínimos (15,1%). Los pensionistas de jubilación (el 60%, hombres) Y me limitaré a recordar la obviedad, aunque por ser tal no lo precise: que en la brecha de género de las pensiones no solo influye el disfrute de los permisos de maternidad por causa biológica y el cuidado de los hijos y sus efectos en la interrupción e inestabilidad de las carreras profesionales y de cotización de las mujeres por estereotipos sociales (brecha de cuidado familiar), sino también, decisivamente, la brecha salarial, en la que se proyecta el tipo de jornada, ocupación, y tipo de contrato, que hace que las carreras profesionales de las mujeres estén peor retribuidas, así como la edad por circunstancias históricas obvias vinculadas a la incorporación tardía de las mujeres a los mercados de trabajo. La brecha de género en las pensiones contributivas, mayor en el pasado, se incrementa, como la brecha salarial, con la edad, con lo que es mayor, en 2015 y en 2023, en la pensión media de jubilación, situándose en 2023 en el 21,12%, que representa el 78,88% de la percibida por los varones. Y es que, y esta es la reflexión inescapable, la brecha de género de las pensiones refleja desigualdades estructurales en el mercado laboral y en las responsabilidades familiares

12. En idéntico sentido, el artículo “Complemento de brecha de género: ¿Discriminación o acción positiva?”, de Mar Serna y Joan Agustí en “Jurisdicción Social nº 3/2023”.

450/2018), o en la del hecho causante de la prestación a que se refiere el complemento litigioso.

3. Si, atendiendo a la respuesta que se dé a las anteriores cuestiones y considerando la Directiva aplicable, procede reconocer 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, entendiendo que el Criterio de Gestión 1/2020 del INSS, publicado a raíz de la Sentencia de 12 de diciembre de 2019, generó a los afiliados de sexo masculino, con independencia de la discriminación directa por razón de sexo, una discriminación relativa a los requisitos procedimentales que regulan la concesión del complemento de pensión litigioso, ya que ello comportó, únicamente para los hombres, la necesidad de hacer valer por vía judicial su derecho al complemento, exponiéndoles a un plazo más largo para la obtención del complemento y, en su caso, a gastos adicionales, contestó en los siguientes términos:

“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, y, en particular, su artículo 6 deben interpretarse en el sentido de que, 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.”

Vistos los términos de la cuestión prejudicial gallega y la respuesta del TJUE debo reiterar los puntos de crítica expuestos en relación a la STJUE 12.12.19. Creo que la Sala gallega, con el conocimiento del Derecho de la Unión Europea que atesora, pudo haber aprovechado la ocasión para propiciar que el TJUE matizara su pronunciamiento anterior, especialmente respecto al ámbito del colectivo masculino que debe considerarse como discriminado, sugiriendo -en congruencia no sólo con la cuestión prejudicial canaria, sino con el informe del Abogado General- que quedara circunscrito a los hombres afectados en su carrera profesional por el cuidado de sus hijos.

En todo caso, expuesto lo anterior, me interesa ahora -en orden a la parte final del presente artículo, destinada a acotar los efectos de dicha sentencia- advertir que el categórico mandato indemnizatorio se condiciona, y esto entiendo que es determinante en orden a acotar el ámbito de aplicación del mismo, *“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”* (en referencia a la STJUE 12.12.19).

10. LA RECEPCIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DEL MANDATO INDEMNIZATORIO DE LA STJUE 14.9.23

Apenas dos meses después de ser dictada la referida STJUE 14-9-23, el Tribunal Supremo recogió su mandato indemnizatorio mediante la sentencia de Sala General nº 977/23 de 15.11.23, en cuyo fundamento jurídico IVº, razona que *“en su labor unificadora y conformadora de la jurisprudencia, debe pronunciarse también sobre la cuantificación de la referida indemnización de suerte que permita a los distintos órganos judiciales del orden social operar al respecto con homogeneidad, aportando seguridad jurídica y evitando la multiplicación de los litigios sobre la cuestión... toda vez que la actuación del INSS que genera ese 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 pudieren generar una desigualdad difícilmente justificable”, fijando el importe indemnizatorio en 1800€, al considerar “que es la que mejor se adecúa a la exigencia de reparación del daño sufrido en los términos que se derivan de la reiterada sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023 y de la normativa interna y doctrina jurisprudencial sobre la materia, debiendo, por tanto, ser aplicada por los órganos judiciales, en todos aquellos supuestos en los que exista controversia sobre la cuantía de la referida indemnización y, teniendo presente -como ocurre en el presente caso- la solicitud de la parte demandante de la aludida indemnización”, añadiendo, después de justificar dicha cuantificación, que “esta compensación 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.”.*

Deben destacarse dos puntos clave de esta recepción doctrinal:

En primer lugar, que -aunque ello no se reitere en la conclusión contenida en el primer apartado del FJ IVº, dicha conclusión se formula en *“aplicación de la doctrina expuesta en el fundamento anterior”* (en referencia a la STJUE 14.9.23), que, como ya se ha señalado, establece en su parte dispositiva y como condición de eficacia del mandato indemnizatorio, que la resolución denegatoria del complemento debe ser intrínsecamente discriminatorio, como lo era -también- en el caso resuelto por el Tribunal Supremo. Si quedara alguna duda sobre este extremo, en el segundo párrafo del apartado segundo del mismo FJ IVº se recuerda que *“la finalidad de la indemnización es la de compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación”*.

Esta precisión es especialmente relevante por cuanto la cita descontextualizada del primer apartado del FJ IVº puede dar a entender, como así lo han entendido algunas sentencias de suplicación que basta con que deba formularse demanda judicial para meritar el derecho a la indemnización, prescindiendo de la necesaria condición de que la causa de denegación sea discriminatoria.

Y el segundo aspecto relevante es que, en el primer párrafo del apartado segundo, el plenario del Tribunal Supremo considere que, *“en su labor unificadora y conformadora de la jurisprudencia, debe pronunciarse también sobre la cuantificación de la referida indemnización”*, cosa que -por el contrario- no hará en la sentencia de 24.2.24, también de Pleno, que unifica la doctrina respecto a la imprescriptibilidad del derecho al com-

plemento, en un caso en el que la causa de denegación ya no respondía a la “práctica administrativa” calificada como discriminatoria por la STJUE de 14.9.23 (el art. 60 LGSS, pendiente de reforma, y la condición masculina del demandante) sino la prescripción del derecho al complemento en base al art. 53 LGSS.

11. LA DENEGACIÓN DEL “COMPLEMENTO POR MATERNIDAD” POR MOTIVOS NO DISCRIMINTARIOS

Recordado el pronunciamiento final y el razonamiento esencial de la STJUE de 14.9.23, y la recepción de dicha doctrina efectuada mediante la STS de 15.11.23, debe destacarse que la situación que afrontan actualmente gran parte de los órganos judiciales ya no se refiere a la práctica administrativa que denegaba el complemento de maternidad en base a un precepto, el art. 60 LGSS, que el TJUE había declarado discriminatorio por razón del sexo, sino por razones de legalidad ordinaria, en la mayoría de los casos, por prescripción del derecho en base al art. 53 LGSS

Por consiguiente, ya no concurre la condición de eficacia establecida en el pronunciamiento final de la STJUE 14.9.23 para el mandato indemnizatorio que establece -“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” (en referencia a la STJUE 12.12.19)- , por cuanto la demora -que no denegación- en el reconocimiento del complemento al demandante ha respondido a una práctica o criterio administrativo del INSS distinto: esperar a que el Tribunal Supremo se pronunciara definitivamente respecto a la posible prescripción del derecho al complemento de maternidad al haberse reclamado superado el plazo de cinco años desde el hecho causante de la pensión, establecido en el art. 53 LGSS, procediendo el INSS, en los meses posteriores, a revisar las resoluciones denegatorias del complemento por tal causa -la prescripción- y a reconocerlo en aquellos procedimientos que, como el del actor, estaba suspendido de facto a la espera de tal resolución.

Debe precisarse, que no fue hasta la STS de Pleno nº 322/24, de 21 de febrero, cuando el Tribunal Supremo se pronunció sobre la imprescriptibilidad del derecho a reclamar el complemento de maternidad respecto de pensiones causadas antes del período de prescripción de cinco años establecido en el art. 53 LGSS¹³.

13. Así se razona en el 3er y 4º FJ de la misma:

3.- Las sentencias del Pleno de la Sala Social del TS 160/2022, de 17 de febrero (rcud 2872/2021); 163/2022, de 17 de febrero (rcud 3379/2021); y 487/2022, de 30 de mayo (rcud 3192/2021), aplicaron los principios de interpretación conforme del Derecho de la Unión, de cooperación leal (art. 4 del Tratado de la Unión Europea) y de efecto útil, y declararon que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica producirá efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 de la LGSS. (...)

En las citadas sentencias, por aplicación de los principios de interpretación conforme del Derecho de la Unión, de cooperación leal (art. 4 del Tratado de la Unión Europea) y de efecto útil, esta Sala acordó que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica debía producir efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión, siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 de la LGSS , todo ello unido al principio informador del ordenamiento jurídico relativo a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, que se integra y observa en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (...)

Esta última afirmación es particularmente importante por cuanto descarta la tesis que la cuestión de la imprescriptibilidad del derecho al complemento era cuestión ya resuelta por las STS 160/2022, de 17 de febrero (rcud 2872/2021 nº 163/2022, de 17 de febrero (rcud 3379/2021); y 487/2022, de 30 de mayo (rcud 3192/2021), de lo que podría inferirse que la denegación (o no resolución) de las solicitudes formuladas superado el plazo de prescripción de cinco años posterior al hecho causante de la pensión de jubilación o invalidez, aún no siendo una “práctica administrativa” tan directamente discriminatoria como la sancionada por al STJUE 14.9.23, podía suponer una discriminación indirecta, al acogerse a un motivo neutral -la prescripción del derecho- con un efecto igualmente discriminatorio.

Probablemente por este motivo el Tribunal Supremo, en esta sentencia de Pleno de fecha 21.2.24, que descarta la aplicabilidad de la prescripción ex art. 53 LGSS en la reclamación del complemento, no dispuso -como sí hizo su anterior STS nº 977/23 de 15.11.23 en relación a las denegaciones del complemento fundadas en la “práctica administrativa” ya referida “- que también los varones afectados por esta causa de desestimación, la prescripción del derecho, tuvieran derecho a la previsión indemnizatoria de 1800€, y ello -sin duda- por cuanto la razón de la denegación era distinta, al no estar basada en una norma -el art. 60 LGSS- declarada discriminatoria por la STJUE 12.12.19, sino en la aplicación del art. 53 LGSS.

Todas estas razones determinan, por consiguiente, que el mandato indemnizatorio que emana de la STJUE 14.9.23 debe circunscribirse a la práctica administrativa del INSS analizada en la misma, directamente discriminatoria, pero no a las resoluciones denegatorias fundamentadas en razones de legalidad **ordinaria**¹⁴.

12. CONSIDERACIÓN FINAL

La perspectiva de género, en la busca de la igualdad efectiva (y no la estrictamente formal), debe partir de la situación real. Y desde esta perspectiva, en mi opinión, el esfuerzo que deben hacer mujeres y hombres en la procreación y cuidado de los hijos/as, incluso desde el punto de vista estrictamente biológico (de la “aportación demográfica”), no son comparables: el hombre no pasa ni por el embarazo, ni por los riesgos del mismo, ni por el alumbramiento, ni por el postparto, ni por la lactancia, etc., con la interrupción en su carrera profesional que todo ello comporta. Y, lamentablemente, por más que el TJUE -en el ámbito del “deber ser”- sostenga que “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”, lo cierto es que siguen siendo las mujeres las que, en un 90%, ejercen los derechos de conciliación con la merma en su carrera de cotización que ello comporta, tanto en el período de cotización como en los salarios y, con ello, en las bases de cotización.

Creo necesario recordar -por obvio que sea- que la discriminación por razón de sexo (masculino) apreciada por el TJUE mediante ambas sentencias analizadas no obedece

14. En tal sentido, sentencias del TSJIB nº 117/25, 118/25, ambas de 11.3.25.

a una situación histórica de desigualdad, como la que se pretendía atenuar con el complemento de maternidad, sino a la defectuosa regulación de dicho complemento, error técnico que -a criterio del TJUE y desde una perspectiva estrictamente formal- generó una situación de discriminación para el colectivo masculino, que ya ha sido reparado materialmente con el reconocimiento retroactivo a los afectados del complemento desde la fecha del hecho causante.

No puede inferirse o presuponerse daño moral (“eventual zozobra moral”, según apunta la STS 15.11.23) para los hombres cuando, en razón de su referida defectuosa formulación, se han visto beneficiados por un complemento y un importe en concepto de atrasos que, en origen, no les correspondía, por no ser víctimas de la brecha pensional derivada de la perpetuación de roles en el cuidado de los hijos que pretendía atenuar.

Considero que deberíamos tenerlo en cuenta en orden a restringir al máximo los supuestos de reconocimiento de la indemnización, que debieran limitarse, estrictamente, a la “práctica administrativa” específica analizada y sancionada como discriminatoria por la STJUE 14.9.23 y no en otras causas de denegación o demora en el reconocimiento del complemento de maternidad, a cargo del INSS, que obedecen a razonables motivos de legalidad ordinaria y no a la voluntad de resistencia o incumplimiento al mandato reparador establecido en dicha sentencia.

No te olvides de escuchar nuestro propio Podcast

