

Imprescriptibilidad del complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido a los pensionistas varones por el Tribunal de Justicia. Retroacción de sus efectos a la fecha del hecho causante de la pensión contributiva complementada. ¿Y el artículo 14 de la Constitución?

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: La “íntegra reparación” de la discriminación directa por sexo causada a los hombres por el reconocimiento por el artículo 60 de la LGSS, en su versión de 2015, del complemento de maternidad por aportación demográfica de las pensiones contributivas exclusivamente a las mujeres, prohibida por la Directiva 79/7 (en la interpretación de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C- 4507/18, WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social), exige retrotraer los efectos del reconocimiento de dicho complemento a los hombres al momento del hecho causante de la pensión contributiva complementada. La solicitud tardía del complemento no puede entenderse prescrita, ni pueden limitarse sus efectos económicos mediante la aplicación de la regla legal de su retroacción a los tres meses anteriores a la solicitud, retrotraída a la fecha del hecho causante de la pensión.

Palabras clave: Complemento de maternidad. Pensiones contributivas. Pensionistas varones. Hecho causante. Imprescriptibilidad. Efectos económicos. Inseparabilidad de la prestación principal. Principio de oficialidad.

Abstract: The “full reparation” of the direct sex discrimination caused to men by the recognition by Article 60 of the LGSS, in its 2015 version, of the maternity supplement for demographic contribution of contributory pensions exclusively to women, prohibited by Directive 79/7 (in the interpretation of the CJEU of 12 December 2019, C-4507/18, WA and Instituto Nacional de la Seguridad Social), requires the effects of the recognition of that supplement to men to be retroactive to the time of the event giving rise to the supplementary contributory pension. The late application for the supplement cannot be considered time-barred, nor can its financial effects be limited by applying the legal rule of retroactive application to the three months prior to the application, backdated to the date of the event giving rise to the pension.

Keywords: Maternity allowance. Contributory pensions. Male pensioners. Causative event. Imprescriptibility. Economic effects. Inseparability of the principal benefit. Principle official.

I. Introducción

De nuevo accede a la casación unificadora de doctrina el complemento de las pensiones contributivas por maternidad por aportación demográfica, que el art. 60 de la LGSS, en su versión refundida de 2015 y aplicable a las pensiones contributivas causadas a partir de 1 de enero de 2016 (disp. final única LGSS), reservó a las mujeres con al menos dos hijos biológicos o adoptados, beneficiarias de pensiones contributivas del sistema de seguridad social. Dicho complemento tiene, a todos los efectos, naturaleza jurídica de pensión pública contributiva de la seguridad social. Su regulación legal inicial excluyó de su percepción a los varones pensionistas, exclusión que la desafortunada Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*^[1], declaró que causó una discriminación directa por sexo a los varones pensionistas “en igual situación” que las mujeres, contraria y prohibida por el art. 4.1 de 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. Aquel complemento no tuvo cabida en las excepciones a la prohibición de discriminación del apdo. 2 del art. 4 (“disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad”), ni del art. 7, apdo. 1.b) (“ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos”; “adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos”) de dicha directiva, ni por la facultad de los Estados de introducir medidas de acción positiva reconocidas por el art. 157.4 del TFUE para “evitar o compensar desventajas” en las carreras profesionales de las mujeres (apartados 60-66).

La aplicación de aquella sentencia dio lugar a la reforma del art. 60 de la LGSS por Real Decreto ley 3/2021, de 2 de febrero, que sustituyó el complemento de maternidad por aportación demográfico de las pensiones contributivas por un complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones, con una nueva regulación configuradora de una acción positiva y cuantía fija, reconociéndolo también a los hombres con ciertos requisitos y condiciones. Financiado mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la seguridad social, el derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas, para la reducción de la brecha de género, se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación -el porcentaje de diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres-, causadas en el año anterior, sea superior al 5%, derogándose, previa consulta a los interlocutores sociales, cuando la brecha de género sea inferior al 5% (disps. adicionales 36ª y 37ª LGSS).

El legislador de urgencia dejó sin cubrir los hechos causantes comprendidos en el período temporal entre el 1 de enero de 2016, fecha de entrada en vigor del complemento de maternidad por aportación demográfica de las mujeres de la LGSS, discriminatorio de los pensionistas varones con hijos, y el 4 de febrero de 2021, fecha de entrada en vigor de su sustitución por el complemento para la reducción de la brecha de género por el citado Real Decreto-ley 3/2021 en cumplimiento de la referida sentencia del Tribunal de Justicia, aunque se ocupó de mantener la percepción del complemento por maternidad por aportación demográfica por las madres pensionistas que lo venían percibiendo (disp. trans. 33ª LGSS). Los jueces y tribunales, y en concreto la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, han debido aplicar la sentencia del Tribunal de Justicia y levantar, con los medios de nuestro ordenamiento, los efectos de la discriminación causada a los varones pensionistas durante aquel período, resolviendo numerosas demandas en una serie de sentencias integrante de una línea jurisprudencial conformada a la decisión del Tribunal de Justicia, o de interpretación de nuestro ordenamiento de conformidad con su doctrina, sobre la que, sin embargo, ha vuelto a incidir el Tribunal de Justicia con nuevas desautorizaciones, obligando al Tribunal Supremo a modificar su jurisprudencia. La sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2023, C-113/22, *DX e Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social*^[2], declaró que el art. 6 de la Directiva 79/7/CEE exige a los órganos jurisdiccionales nacionales, ante la denegación resistente por las autoridades de seguridad social de

los complementos de maternidad de los pensionistas de sexo masculino tras su anterior sentencia, ordenar a dichas autoridades, además de la concesión del complemento de pensión solicitado por los varones, de una indemnización adecuada a la reparación íntegra de los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de su discriminación por sexo, “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” (apdo. 62).

El legislador ha intervenido de nuevo modificando parcialmente el reformado art. 60 de la LGSS por Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, con vigencia desde el 18 de marzo de 2023, para precisar el reconocimiento del complemento por brecha de género también a los hombres siempre en determinados casos, y el cálculo de las pensiones de ambos progenitores para determinar la mas alta. Introdujo la citada reforma legal en la LGSS una nueva disp. trans. 44ª para aplicar la nueva reforma a hechos anteriores. Estableció que su importe experimentará un incremento, adicional a la revalorización anual, del 10 por ciento en el bienio 2024-2025, que se distribuirá entre ambos ejercicios según determinen las respectivas leyes de presupuestos generales del Estado. Y reformó la disp. adicional 37ª de la LGSS para reordenar su estructura, calificar expresamente de “acciones positivas” al derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, anunciar que en el marco del diálogo social se pueden fijar con carácter temporal otras medidas de acción positiva para el cálculo de las prestaciones en favor de las mujeres, y limitar el alcance temporal del complemento pensionario y prever su desaparición cuando la brecha de género de las pensiones de jubilación de un año sea *igual* o inferior al 5%. Sobre esta evolución normativa, y la jurisprudencial, reciente, A. Benito Benítez, “El complemento de maternidad-brecha de género y sus avatares jurisprudenciales”, *Briefs AEDTSS*, 39, 2024.

La sentencia comentada se sigue ocupando de la fecha de producción de los efectos económicos del reconocimiento del complemento de maternidad solicitado por varones. Se cuestiona aquí si el derecho de los varones a solicitar el complemento por aportación demográfica de su pensión contributiva de jubilación prescribe o si, por el contrario, es imprescriptible, como la pensión de jubilación a la que acompaña, y si le es de aplicación el art. 53.1 de la LGSS, que establece una retroacción limitativa de sus efectos económicos de tres meses desde la fecha de la solicitud.

Dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó que fuera decidida por Sala de lo Social en Pleno.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 322/2024, de 21 de febrero.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 862/2023.

ECLI:ES:TS:2024:1036

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El objeto de la controversia ha quedado ya descrito

1. Hechos

Los probados de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santander, de 19 de julio de 2022, son los siguientes:

1º.- Por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de Cantabria se reconoció al demandante una pensión de jubilación ordinaria, con cargo al Régimen General de la Seguridad Social, fijándose el hecho causante el 30 de noviembre de 2016 y los efectos económicos de la pensión del 1 de diciembre siguiente.

2º.- Posteriormente, “en fecha 24/01/2022 el actor solicitó el reconocimiento de complemento de maternidad respecto de dicha pensión, que le fue denegado por resolución de 30/12/2021” (*sic*), por considerar prescrito la Dirección Provincial de Cantabria del INSS el derecho a percibir el complemento solicitado al haber transcurrido más de cinco años desde la fecha del hecho causante hasta la de la solicitud. Formulada reclamación previa, fue desestimada.

3º.- El demandante es padre de tres hijos.

2. Antecedentes

La sentencia de instancia estimó su demanda, reconoció su derecho a percibir con cargo al Régimen General el complemento de maternidad de un 10% de la cuantía inicial de la pensión reconocida, con efectos económicos desde el día 01/12/2016, día inicial de la pensión reconocida, y condenó al INSS y a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) demandadas.

La sentencia 837/2022, de 2 de diciembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria^[3] desestimó el recurso de suplicación 840/2022 del INSS y de la TGSS y confirmó la sentencia de instancia en su integridad.

El INSS y la TGSS formalizaron recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando como sentencia de contradicción la dictada por la propia Sala de lo Social del TSJ de Cantabria, 762/2022, de 4 de noviembre, recurso de suplicación 741/2022^[4].

IV. Posición de las partes

El INSS y la TGSS sostuvieron que el complemento por maternidad había prescrito, ya que entre el hecho causante de la prestación principal de jubilación (posterior al 1 de enero de 2016) y la solicitud del complemento habían transcurrido más de cinco años y la consiguiente infracción del art. 53, en relación con el art. 60.6, de la LGSS

En el recurso de casación unificadora de doctrina, en el que no se personó la parte recurrida al obtener plena satisfacción de su petición en la instancia, íntegramente confirmada en grado de suplicación, el Ministerio Fiscal informó que el recurso del INSS y la TGSS debía de ser estimado.

V. Normativa aplicable al caso

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

Artículo 3

“1 . La presente Directiva se aplicará

a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos:

- enfermedad,
- invalidez ,
- vejez ,
- accidente laboral y enfermedad profesional ,
- desempleo;”

[...]

Artículo 4

1 . El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo , ya sea directa o indirectamente , en especial con relación al estado matrimonial o familiar , particularmente en lo relativo a :

- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos ,
- la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones ,
- el cálculo de las prestaciones , incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo , y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones .

2 . El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.

Artículo 5

“Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales , reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato”.

Artículo 7

“1 . La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:

[...]

b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos ; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos;”

[...]

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Artículo 4. “Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.”

“La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre:

Artículo 53. “Prescripción”.

“1. El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

[...]

“2. La prescripción se interrumpirá por las causas ordinarias del artículo 1973 del Código Civil y, además, por la reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, así como en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate”.

Artículo 212. “Imprescriptibilidad”.

“El derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación es imprescriptible, sin perjuicio de que, en los supuestos de jubilación en situación de alta, los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud”.

VI. Doctrina básica

Apreciado el presupuesto procesal de la contradicción entre la sentencia de suplicación recurrida y la de contraste alegada por el INSS, que deja expedito el recurso, el núcleo casacional del recurso se desenvuelve en torno al momento de producción de efectos económicos del complemento de maternidad solicitado por el varón pensionista de jubilación.

La sentencia comentada analiza la regulación por la LGSS del plazo de las acciones dirigidas al reconocimiento de prestaciones de seguridad social. Concluye que ese plazo es, por regla general, de prescripción de cinco años a partir del día siguiente al del hecho causante de la prestación de que se trate, siendo supuestos excepcionales de imprescriptibilidad los reconocidos en los arts. 212 y 230 LGSS en favor de las prestaciones contributivas de jubilación y de las prestaciones por muerte y supervivencia; y que el plazo de retroacción de los efectos económicos del reconocimiento inicial se limita a los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la correspondiente solicitud, con independencia que la acción sea prescriptible o imprescriptible (art. 53.1 LGSS).

A efectos de su aplicación al caso, en que el varón, pensionista de jubilación contributiva reconocida con efectos de 30 de noviembre, y económicos de 1 de diciembre, de 2016, demandó el complemento de maternidad por aportación demográfica de su pensión el 24 de enero de 2022, más de cinco años después, se remite, inicialmente, a la doctrina de la Sala en Pleno, expuesta en las sentencias 160 y 163/2022, de 17 de febrero^[5] y 487/2022, de 30 mayo^[6], que ya se había ocupado del momento de producción de los efectos económicos del complemento de maternidad declarado discriminatorio por el TJUE, señalando que, como regla general, los efectos de las sentencias prejudiciales (art. 267 TFUE) que declaran el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea son *ex tunc*, no habiendo establecido ninguna limitación temporal la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, el 12 de diciembre de 2019, respecto de los efectos de dicho complemento de maternidad. De ahí que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la interpretación conforme de nuestro ordenamiento con la doctrina de la citada sentencia, con el principio de cooperación leal y con el efecto útil de la Directiva 79/7, interpretación conforme que también obliga a los órganos judiciales nacionales el art. 4 bis.1 de la LOPJ, haya de hacerse con una “retroacción al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante”.

En aquellas sentencias la Sala de lo Social del Tribunal Supremo hubo de decidir la aplicación del art. 53.1 de la LGSS a los casos de solicitud de reconocimiento por

pensionistas varones del complemento por maternidad y hubo de confirmar la interpretación de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de que la retroacción de tres meses encontraba el *dies a quo* desde la fecha de la solicitud. Las entidades gestoras de seguridad social sostenían en su recurso de casación unificadora de doctrina que las responsabilidades derivadas de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declara que una norma nacional con rango de ley resulta contraria al Derecho de la Unión Europea solo producen efectos desde la publicación oficial de esa resolución, con sustento en el art. 32.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, aplicable a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no a las prestaciones de seguridad social, interpretación que el Tribunal Supremo desautorizó con una excelente exégesis del Derecho y de la jurisprudencia europea. Los pensionistas varones demandantes no habían recurrido en casación unificadora, lo que condicionó los términos del enjuiciamiento regidos por el derecho a la defensa y por los principios dispositivo y de congruencia, pues, como bien afirmaron las SSTS 160/2022 y 163/2022, “la decisión nunca podrá situarse en un momento temporal anterior al determinado en fase de suplicación, dado que tal específica cuestión ha devenido firme” (FFDD 4º.3 y 3º.6, respectivamente).

No obstante esas limitaciones, insuperables en sus fallos, la doctrina de las citadas sentencias, reiterada por la STS 487/2022 (FFDD 3º y 4º), fue que el art. 60 de la LGSS, en su versión inicial, había de ser aplicado a los complementos de los pensionistas varones causadas antes de que se hubiera dictado la sentencia para reparar su tacha discriminatoria, “si se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma”, esto es, si se cumplen los requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 de la LGSS a mujeres y a hombres. Recuerda la sentencia que solo excepcionalmente, basándose en el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento de la Unión, puede el Tribunal de Justicia limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe, precisando tal limitación de la concurrencia de dos criterios esenciales, la buena fe de los sectores interesados y el riesgo de trastornos graves” (STJUE de 26 de octubre de 2021, asunto C-109/20, *PL Holdings Sàrl*, y las allí citadas). La interpretación conforme con la citada sentencia *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento, conduce situar el momento de producción de sus efectos jurídicos en un tiempo anterior, a una retroacción al nacimiento mismo de la norma y al acaecimiento del hecho causante, efectos *ex tunc*.

Añade la sentencia comentada, al igual que otras anteriores y, en concreto, la STS 487/2022 (FD 4ª.1), que tal es la interpretación demandada por la Directiva 79/7/CEE, que establece el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres respecto de los regímenes de seguridad social relativos a las prestaciones de enfermedad, invalidez y vejez, entre otras, en relación con el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo. Y por el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que erige la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es principio informador del ordenamiento jurídico, que ha de observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Volviendo a la doctrina de la SSTS 160 y 163/2022, a la que añade la sentencia comentada la extrema dificultad del demandante, en el caso, de haber podido ejercer su derecho en la fecha del hecho causante de su pensión de jubilación, el 30 de noviembre de 2016, reitera que esa es la fecha de producción de efectos del reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica. Y, yendo a la razón de fondo de decidir, manifiesta que tratándose de una discriminación por razón de sexo “contraria al principio de no discriminación y al derecho a la igualdad en los términos del artículo 14 CE y del derecho de la Unión Europea”, “su íntegra reparación” exige la retroacción de efectos económicos al momento del hecho causante decidida por la Sala, “sin que sea dable entender que la solicitud tardía del

complemento en cuestión deba entenderse prescrita, ni tampoco limitar sus efectos mediante la aplicación de la retroacción de los económicos a los tres meses anteriores a la solicitud” (FD 4º.2).

Adicionalmente o a mayor abundamiento argumenta la Sala, para los hechos causantes anteriores al 12 de diciembre de 2019, fecha en que fue pronunciada en sesión pública la STJUE WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social, la imposibilidad de fijar el *dies a quo* del inicio del plazo para la solicitud del complemento en fecha anterior a la de la sentencia -el art. 60 de la LGSS solo reconocía el complemento a las mujeres pensionistas-. Los hombres pensionistas “no pudieron adquirir pleno conocimiento de un derecho que la literalidad de la norma les negaba hasta la fecha de la referida sentencia; por lo que con anterioridad a la misma no podía comenzar, en ningún caso, plazo de prescripción alguno” (FD 4º.3).

Además, los complementos de las prestaciones de seguridad social no son prestaciones propias o “específicas”, carecen de independencia en su proceso de gestación y de concesión, insertos en la acción ejercida para solicitar la prestación a la que complementan, cuyo régimen, incluido el económico, siguen.

Precisa la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo que aunque no se trate estrictamente de aplicar el “principio de oficialidad” a los complementos de prestaciones (a éstos, a los complementos actuales para la reducción de la brecha de género, o a los complementos a mínimos), aplicable a las prestaciones de concesión automática, sus efectos son los mismos, bastando con que el beneficiario solicite la pensión para que la entidad gestora deba incluir los complementos, previa la comprobación del cumplimiento por el solicitante de los requisitos para ello. Siendo los efectos los mismos que los derivados del “principio de oficialidad”, solicitada en plazo la prestación contributiva, sus complementos no prescriben ni sus efectos económicos se hallan limitados por el plazo de retroacción que establece al art. 53.1 LGSS. Cita la sentencia otras varias sobre la “oficialidad” de la prestación de incapacidad temporal y sus inaplicaciones excepcionales; entre otras la STS de 20 de diciembre de 1999^[7], en que la Sala, remitiéndose a otras anteriores, declaró que “el abono de la prestación económica correspondiente a la situación de incapacidad laboral transitoria no está condicionada a la previa solicitud del beneficiario, sino que se hace efectiva de modo directo y automático conforme al principio de “oficialidad”, una vez presentados los correspondientes partes de baja y confirmación. Esto significa que dicha presentación hace innecesaria solicitud expresa para el reconocimiento del derecho, por lo cual, de ser ésta formulada con posterioridad a la recepción del parte de baja, no cabe oponer la retroacción que establece el artículo 54.1” de la LGSS (1974) (FD 3º).

Salva el Tribunal Supremo la relativa autonomía de los complementos prestaciones a efectos procesales, recurribles frente a su eventual denegación.

VII. Parte dispositiva

“1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social representados y asistidos por el letrado de la Administración de la Seguridad Social”.

“2.- Declarar la firmeza de la sentencia dictada el 2 de diciembre de 2022 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso de suplicación núm. 840/2022”.

“3.- No efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas”.

VIII. Pasajes decisivos

- “[...] de la acción tendente al reconocimiento inicial de prestaciones, como es dable deducir del art. 53.1 LGSS resulta que: a) el plazo de ejercicio, salvo en los supuestos excepcionales de imprescriptibilidad (prestación contributiva de jubilación -

art. 212 LGSS, o prestaciones por muerte y supervivencia - art. 230 LGSS), es, como regla, de prescripción y de cinco años computados a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate; y b) el plazo de retroacción de los efectos económicos del reconocimiento inicial se limita, en todo caso (sea prescriptible o imprescriptible la referida acción), a los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud” (FD 3º.1).

- “[...] debemos reiterar la doctrina que sostiene 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 artículo 60 [LGSS], lo que determina [...] que al tratarse de una discriminación por razón de sexo contraria al principio de no discriminación y al derecho a la igualdad en los términos del artículo 14 CE y del derecho de la Unión Europea [...], su íntegra reparación no puede ser otra que retrotraer sus efectos al momento del hecho causante, sin que sea dable entender que la solicitud tardía del complemento en cuestión deba entenderse prescrita, ni tampoco limitar sus efectos mediante la aplicación de la retroacción de los económicos a los tres meses anteriores a la solicitud” (FD 4º.2).

- “[...] no está de más, poner de relieve argumentos adicionales que refuerzan la no prescripción del derecho al complemento demandado por el solicitante y la retroacción de los efectos económicos al momento del hecho causante. [...] es claro que, en ningún caso, el dies a quo del inicio del plazo para la solicitud del complemento, en aquellas solicitudes cuyo hecho causante fuese anterior a la fecha de la sentencia del TJUE (12 de diciembre de 2019) [WA c. Instituto Nacional de la Seguridad], podría fijarse en un momento anterior a dicha sentencia ya que, hasta dicha fecha, la redacción literal del artículo 60 LGSS únicamente contemplaba el complemento que nos ocupa para las mujeres, lo que no fue declarado contrario a la Directiva 79/7/CEE y, por consiguiente, entendido como contrario al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE) hasta el momento de la referida sentencia. Por tanto, los varones no pudieron adquirir pleno conocimiento de un derecho que la literalidad de la norma les negaba hasta la fecha de la referida sentencia; por lo que con anterioridad a la misma no podía comenzar, en ningún caso, plazo de prescripción alguno” (FD 4º.3).

- “El segundo argumento adicional deriva de la propia naturaleza del complemento en cuestión y, en general, de los complementos a las prestaciones. [...] el complemento de maternidad (por aportación demográfica), al igual que sucede con los complementos a mínimos o con el complemento de brecha de género, ni son ni pueden considerarse prestaciones específicas. [...] el citado complemento no es autónomo, sino que actúa de manera accesoria a la pensión de jubilación (incapacidad permanente o viudedad) contributiva a la que complementa. En consecuencia, no constituye una pretensión independiente de la solicitada en el momento en que se pide la pensión, sino que estaba ínsita en la acción ejercitada para solicitar la prestación a la que complementa, al alcanzar su objeto no solo a las consecuencias básicas de cada prestación, sino también a todos los elementos determinantes del contenido económico de la correspondiente pensión, entre ellos, el porcentaje aplicable, o el complemento que corresponda (a mínimos, el de maternidad o el de brecha de género)” (FD 4º.4).

- “Aunque no se trate de aplicar el principio de oficialidad, reservado a aquellas prestaciones cuya concesión es automática, sus efectos deben ser los mismos en relación con los complementos de las prestaciones que los tienen, ya que al beneficiario le basta con solicitar la pensión correspondiente para que la entidad gestora, previa comprobación de que se reúnen los requisitos establecidos en la ley, deba, en los supuestos de concesión de la prestación, incluir los complementos a que haya lugar” (FD 4º.4).

IX. Comentario. Sobre la inaplicación del artículo 14 de la Constitución

Partiendo necesariamente de la STJUE WA c. *Instituto Nacional de la Seguridad Social*, la sentencia comentada es una decisión fundamentada en los principios de interpretación conforme con el Derecho de la Unión, de cooperación leal y de efecto útil. La claridad en la redacción y la organización lógica de los argumentos de la sentencia son elementos esenciales de su calidad técnica.

La Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo reitera y completa la doctrina sentada en sus SSTS 160 y 163/2022 para dar satisfacción plena a la interpretación del Tribunal de Justicia, incompleta en aquellas decisiones precedentes por la particular posición procesal de los pensionistas varones, que, satisfechos con la decisión del tribunal de suplicación en el reconocimiento de su derecho al complemento de maternidad, decidieron no impugnarla ante el Tribunal Supremo, impidiendo a este retrotraer los efectos del complemento por maternidad a la fecha del hecho causante de las pensiones complementadas, durante la vigencia del art. 60 de la LGSS en su versión de 2015. La advertencia en aquellas sentencias había sido explícita de que esta doctrina llegaría, venciendo la resistencia de las entidades gestoras de seguridad social a ampliar los efectos económicos, mas que relevantes sin duda, de la desautorización por el Tribunal de Justicia de la decisión del legislador español de 2015 de reservar los complementos por maternidad a las mujeres pensionistas.

La idea principal o el punto clave que sustenta la argumentación de la sentencia es que la “íntegra reparación” de la “discriminación masculina” (FJ 1) -en la denominación que acoge la STC 152/2021 al exponer las quejas del demandante de amparo-causada por el legislador español a los pensionistas varones, y prohibida por 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, exige retrotraer los efectos del reconocimiento del complemento de maternidad de los varones al momento del hecho causante de la pensión complementada -entre el 1 de enero de 2016 y el 4 de febrero de 2021-, con independencia de la fecha de su solicitud, pues el derecho al complemento sigue el de la prestación principal y, por lo tanto, es imprescriptible, al ser imprescriptible el derecho a la pensión complementada, y no pueden limitarse sus efectos económicos a los tres meses anteriores a la presentación de su solicitud con la aplicación de la segunda regla del art. 53.1 LGSS al haberse solicitado el complemento en la fecha del hecho causante de la pensión complementada. Bajo la sustancia fundamental del argumento late la concepción de la *reparación íntegra* de la discriminación por sexo de los pensionistas varones con derecho al complemento de maternidad “femenino”, elemento argumental principal de la STJUE de 14 de septiembre de 2023, C-113/22, *DX e Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social*.

En el caso, era ontológicamente imposible fijar el inicio del plazo de reclamación del complemento por pensionistas varones, excluidos legalmente del complemento, con anterioridad a la sentencia WA c. *Instituto Nacional de la Seguridad Social*, pronunciada el 12 de diciembre de 2019, y por esa imposibilidad quedaron alcanzados todos los hechos causantes de las pensiones acaecidos con anterioridad a la fecha de la sentencia del TJUE. En consecuencia, era imposible que con anterioridad a dicha fecha pudiera “comenzar, en ningún caso, plazo de prescripción alguno” (FD 4º.3). Técnicamente, el complemento por maternidad de las pensiones no tiene especificidad propia, sino que se funde con la prestación principal cuya suerte sigue. Por ello, en una aplicación extensiva del “principio de oficialidad” la sentencia precisa que, solicitada la pensión contributiva, ha de entenderse conjunta o inseparablemente solicitado su complemento, lo que inutiliza el juego de la prescripción, siendo el derecho a la prestación complementada de jubilación imprescriptible, y del plazo de limitación de la retroacción de los efectos económicos del reconocimiento inicial a los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, que es la de la pensión principal (art. 53.1 LGSS).

Con ser la construcción técnica de la interpretación de nuestro ordenamiento de seguridad social importante -los que el Tribunal Supremo denomina “argumentos adicionales que refuerzan la no prescripción del derecho al complemento demandado por el solicitante y la retroacción de los efectos económicos al momento del hecho causante” (FD 4º.3 y 4)-, el Tribunal Supremo vuelve al fundamento de su decisión, ya expuesta, de modo que en dos ocasiones lleva peligrosamente la discriminación directa por sexo de los hombres, causada por la norma española al oponerse a la europea, al art. 14 de nuestra Constitución, sin necesidad de hacerlo, pues nadie había traído a colación dicho precepto constitucional. Así, afirma textualmente que esa discriminación, contenida en la redacción primera del art. 60 LGSS, es “contraria al principio de no discriminación y al derecho a la igualdad en los términos del artículo 14 CE y del derecho de la Unión Europea”, por ese orden (FD 4º.2); “lo que no fue declarado contrario a la Directiva 79/7/CEE y, por consiguiente, entendido como contrario al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE) hasta el momento” de la sentencia *WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social* (FD 4º.3).

La STJUE declaró la oposición de una norma del Derecho de la Unión secundario o derivado, la Directiva 79/7/CEE del Consejo, a una norma interna española de legalidad ordinaria, el art. 60 LGSS de 2015, resultando de esa oposición su inaplicabilidad.

La Directiva 79/7/CEE enuncia un “principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social”, que supone “la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente” en dicho ámbito material y “no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad”, ni obsta a la facultad de los Estados de excluir de su ámbito de aplicación 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 [arts. 1, 4 y 7.1.b)]. La STJUE niega que una regulación como la del art. 60 LGSS, 2015, quede comprendida en el ámbito de aplicación de las excepciones a la prohibición de discriminación. Sin citar la Carta de derechos fundamentales de la Unión.

Es la sentencia comentada del Tribunal Supremo la que enlaza el “principio de igualdad de trato” y la prohibición de discriminación por sexo de la directiva con la que proclama el art. 21.1 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y parece que con el derecho fundamental “fuerte” consagrado en el 2º inciso del art. 14 de nuestra Constitución, basado, según jurisprudencia constitucional reiterada, en la interdicción discriminatoria, que conceptual y esencialmente exige que se identifique la existencia del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que afectan a colectivos o sectores de la población, en este caso las mujeres. No parece que, pese a referirse al “derecho a la igualdad en los términos del artículo 14 CE”, el Tribunal Supremo se esté moviendo en la doble vertiente del precepto constitucional, esto es, en el ámbito del derecho fundamental a la igualdad formal ante la ley de hombres y mujeres del inciso 1º del art. 14. Por lo demás, es de advertir que la jurisprudencia constitucional que se ha basado en la Directiva 79/7/CEE -por la vía del art. 10.2 CE, sin dar entrada a la operación habilitada por su art. 93- la ha aplicado en relación con la prohibición de discriminación, indirecta y directa, por sexo siempre *femenino* sancionada en el art. 14 CE (apreciando su vulneración: SSTC 61/2013, FJ 5, 71/2013, FJ 3, 91/2019, FJ 7, oposición al Derecho de la Unión y a la Constitución de la regulación legal de la cotización por horas y días trabajados de trabajadores a tiempo parcial y del cálculo de la cuantía de su pensión de jubilación aplicando un determinado coeficiente de parcialidad, mayoritariamente mujeres, indirectamente discriminadas, con cita de las SSTJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11 *Isabel Elbal Moreno*; 9 de noviembre de 2017, C-98/15, *María Begoña Espadas Recio*, y 8 de mayo de 2019, C-161/18, *Violeta Villar Láiz*; rechazándola respecto de la regulación legal de integración de los periodos sin obligación de cotizar de los trabajadores a tiempo parcial, STC 110/2015, FJ 11, con apoyo en la STJUE, Gran Sala, de 14 de abril de 2015, C-527/13, *Lourdes Cachaldora Fernández*).

La alusión a la contrariedad con el art. 14 CE plantea el problema, verdaderamente preocupante, de abrir un boquete en su interpretación y resucitar la vieja figura del “varón discriminado”, que con precisión indiscutible identificó y computó el maestro Alonso Olea. Y de llevar al olvido que el derecho fundamental a no padecer discriminación por causas odiosas, entre ellas el sexo, se completa con el principio de igualdad efectiva y real del art. 9.2 CE, y que aquel derecho fundamental, y su complemento de igualdad real, dan asiento a las acciones positivas. Hace ya casi 40 años que la STC 128/1987 desautorizó aquella primera y desviada doctrina constitucional, interpretando la prohibición de discriminación por sexo del art 14 CE conforme a los antecedentes parlamentarios de su texto – expresivos de “la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina”- y a la inapelable realidad social, cuyo desconocimiento dejaría “vacíos de contenido los preceptos constitucionales contrarios a la discriminación de la mujer” (FJ 5). Y dio carta de naturaleza constitucional a la interpretación de género y a las acciones positivas en favor de las mujeres. El hecho de tener hijos, en el mismo número que el exigido a las mujeres para recibir el complemento de maternidad, no parece que históricamente haya supuesto una diferenciación que haya colocado a un sector de la población, los hombres, en una situación desfavorable, “contraria a la dignidad de la persona”, que permita identificarla como una categoría discriminatoria en el sentido del art. 14 de nuestra Constitución, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional. La situación de mujeres y hombres, en cuanto al complemento de maternidad, no es materialmente “idéntica”.

En este sentido, y pese a la fecha de los hechos, anteriores a la STJUE WA e *Instituto Nacional de la Seguridad Social* -a excepción de la resolución por la Sala de suplicación del excepcional incidente de nulidad de actuaciones, posterior- no es baladí reparar en que la estimación del recurso de amparo constitucional del pensionista varón frente a la negativa de las autoridades administrativas y judiciales españolas al reconocimiento de su complemento de maternidad por la STC 152/2021, lo fue por la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE, esgrimida en el excepcional incidente de nulidad de actuaciones ante la incongruencia omisiva ocasionada por la desatención judicial al Derecho de la Unión y a la jurisprudencia del TJUE, no por infracción del art. 14, por la presunta “discriminación masculina” que el demandante había alegado en su demanda como primer motivo de amparo constitucional. Dice así la síntesis analítica de la mencionada en la *web* del Tribunal Constitucional: “*Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): desconocimiento y preterición de una norma antidiscriminatoria de la Unión Europea que contraviene el principio de primacía del Derecho de la Unión*”. Ciertamente, la STC 152/2021 justifica el orden de enjuiciamiento de las quejas de la demanda de amparo en la jurisprudencia que otorga prioridad a aquellas de las que pudiera derivarse la retroacción de actuaciones, haciendo innecesario el pronunciamiento sobre las restantes. De este modo, analiza la queja relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que el recurrente en amparo había imputado a la Sala de suplicación por no haber resuelto de forma motivada y congruente su recurso y el posterior incidente de nulidad de actuaciones, estima el recurso de amparo y convierte en innecesario el pronunciamiento sobre el art. 14 CE.

En el canon de control del Tribunal Constitucional del respeto del principio de primacía por los jueces y tribunales ordinarios, incluido obviamente el Tribunal Supremo, del Derecho de la Unión, interpretado por el TJUE, afirmado desde la STC 232/2015, el Tribunal les impone la obligación de inaplicar la disposición nacional, posterior o anterior y con independencia de su rango, incompatible con la norma de Derecho de la Unión. ¿A dónde hubiera conducido el análisis constitucional de la queja con el parámetro de art. 14 CE? A la inaplicación del art. 14 CE al caso. Son efectos de primera importancia para las Constituciones soberanas; y para la nuestra que, además, carece de una “cláusula Europa”.

X. Apunte final. Sobre el futuro imprevisible de las acciones positivas para reducir la brecha de género

La sentencia 322/2024, de 21 de febrero, de la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Supremo, que ha conjugado la interpretación de nuestro ordenamiento de seguridad social conforme al estado del Derecho de la Unión en la singular y desafortunada valoración el Tribunal de Justicia, tiene como obligado presupuesto de partida la discriminación directa por sexo de los hombres pensionistas que el art. 60 inicial de la LGSS producía al reservar a las mujeres con dos o más hijos el complemento por maternidad “por aportación demográfica”, en el entendimiento formalista y rígido de los arts. 4.2 y 71.b) de la Directiva 79/7/CEE y del art. 157.4 del TFUE hecho por las sentencias citadas del Tribunal de Justicia, al que es posible contribuyera la inadecuada denominación del complemento y la deficiente explicación acerca de su regulación por el legislador español, su mayor pecado, que ha recibido un castigo sin duda desproporcionado, causante de un deterioro institucional disolvente de la noción de discriminación por sexo.

Habiendo hecho caso omiso el TJUE en la sentencia *WA e Instituto Nacional de la Seguridad Social* de la cruda realidad de desigualdad de las mujeres y hombres pensionistas que ponían de manifiesto las estadísticas sobre la brecha de género de las pensiones alegadas por el Gobierno español y por el INSS, no reiteraré mas que a 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 inesquivable, la brecha de género de las pensiones refleja desigualdades *estructurales* en el mercado laboral y en las responsabilidades familiares. Es así aunque la inspiración técnica del legislador español de 2015 no hubiera sido la mejor en su decisión de incorporar un complemento por maternidad “por aportación demográfica” para reducir la brecha de género.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ya recogida en decisiones anteriores - STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, *Joseph Griesmar, por todas-*, no se ha mostrado ni se muestra proclive a transitar el camino de la igualdad v. discriminación de género, optando por desenvolverse en una contemplación formal e individualista de la igualdad de trato y de la discriminación por sexo en la Directiva 79/7/CEE. El intérprete de la norma ha volatilizado 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 social. Tampoco 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 poder del legislador democrático de promover la igualdad real y efectiva y remover los obstáculos que la

impidan, no son, obviamente, discriminatorias y, a la postre, funcionan como antídotos frente a las discriminaciones indirectas, normativas y estructurales, de las mujeres; discriminaciones indirectas a las que, en cambio, la jurisprudencia europea ha prodigado, como es sabido y ha podido comprobarse, un innegable reconocimiento y poseen una inequívoca dimensión colectiva, de género, como las acciones positivas. Se recordará que el complemento de las pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, en su regulación reformada de 2021 y 2023, tiene, como acción positiva que es, un alcance temporal fijado por la disp. adicional 37ª LGSS.

Abonado el terreno de la desconfiguración del sentido institucional de la prohibición de discriminación por sexo y de las acciones positivas absorbidas en una indebida ponderación individual, de circunstancias personales, las objeciones de órganos judiciales españoles se han levantado nuevamente frente al art. 60 LGSS, ahora en su regulación reformada por el RDL 3/2021, con el criterio formal e individualista del principio de igualdad en el Derecho de la Unión interpretado por la STUJE WA e *Instituto Nacional de la Seguridad Social*, cuya contradicción por el citado precepto legal español resultaría del trato desigual de mujeres y hombres en el misma situación de tenencia de un número determinado de hijos o hijas como titulares del derecho al complemento por reducción de la brecha de género, esto es, del trato desigual de los desiguales. Se olvida la razón esencial para interpretar la superación de la cláusula o juicio de igualdad individual por la explícita prohibición de discriminación por sexo, que el principio de trato igual entraña, y cuya voluntad es, junto con la de la acción positiva de complementar las pensiones contributivas de las mujeres, terminar con la situación de inferioridad o desfavor de las mujeres pensionistas, esto es, de la brecha de género en las pensiones, una realidad desafortunadamente muy distante de la “igualdad de trato” de hombres y mujeres contra la que nos damos de bruces con la simple lectura de datos estadísticos del INE y de la Seguridad Social española.

El Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona remitió al Tribunal de Justicia petición de decisión prejudicial de 6 de octubre de 2023 (C-623/23) mediante Auto de 21 de septiembre de 2023^[9], sobre la contradicción con los arts. 1 y 4 de la Directiva 79/7/CEE del art. 60 LGSS, versión de 2021, por conceder el complemento para reducir la brecha de género a las mujeres con hijos biológicos o adoptados, perceptoras de pensiones contributivas, sin ningún requisito adicional y con independencia del importe de sus pensiones, en condiciones distintas, por tanto, a los hombres “en una situación idéntica”, a los que se les exigen períodos sin cotización o con cotizaciones inferiores tras el nacimiento o la adopción de hijos y que la suma de los montos de sus pensiones sea inferior a la suma de las pensiones correspondientes a una mujer. Añade el órgano judicial cuestionante que la Directiva 79/7/CEE prohíbe la discriminación resultante de cualquier exclusión de los pensionistas varones del complemento de la pensión de vejez, pese a lo cual el art. 60 LGSS, reformado, establece que el subsidio sólo puede otorgarse a uno de los padres y la retirada del concedido al “pensionado varón” por su asignación “a una pensionista cuando cumple los requisitos legales y por el hecho de ser la ¿Madre de uno o más hijos?”.

La cuestión prejudicial C- 626/23 de 12 de octubre de 2023, elevada por la Sección 2 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante auto de 13 de septiembre de 2023 en el recurso de suplicación 333/2023^[10], pregunta al Tribunal de Justicia si la Directiva 79/7/CEE y los arts. 20, 21, 23 y 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea “deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de la pensión para los beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación que hayan tenido hijos biológicos o adoptados, pero que se concede automáticamente a las mujeres, mientras que a los hombres se les requiere, o bien que sean titulares de una pensión de viudedad por el fallecimiento del otro progenitor y que alguno de los hijos sea pensionista por orfandad, o bien que hayan visto interrumpida o perjudicada su carrera profesional (en los términos previstos legalmente y anteriormente descritos) con ocasión del nacimiento o adopción del hijo”.

Ya se han formulado críticas fundadas a los argumentos inexactos, “o directamente erróneos”, de estas nuevas cuestiones prejudiciales que insisten en la discriminación del trato diferencial de mujeres y hombres en la acción positiva de complementar las pensiones de las mujeres para la reducción de la brecha de género, exigiendo virtualmente la prueba de la brecha de género en cada mujer pensionista. Recomiendo vivamente su lectura: J.A. Maldonado Molina, “Las Cuestiones Prejudiciales sobre el Complemento para la reducción de la brecha de género”, *Briefs AEDTSS*, 36, 2024.

Referencias:

1. ^ [ECLI:EU:C:2019:1075](#).
2. ^ [ECLI:EU:C:2023:665](#)
3. ^ [ECLI ES:TSJCANT:2022:1221](#).
4. ^ [ECLI:ES:TSJCANT:2022:1112](#).
5. ^ [Rcuds. 2872/2021 y 3379/2021, ECLI:ES:TS:2022:621 y ECLI:ES:TS:2022:62](#).
6. ^ [Rcud. 3192/2021, ECLI:ES:TS:2022:1995](#).
7. ^ [Rcud. 753/1999. ECLI:ES:TS:1999:8261](#).
8. ^ [eg-social.es/wps/wcm/connect/wss/a59fc4a1-faa7-48dd-9a0e-a20302891ae3/PTAS202401.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_2G50H38209D640QTQ57OVB2000-a59fc4a1-faa7-48dd-9a0e-a20302891ae3-oRu6D2K](#)
9. ^ [ECLI:ES:JSO:2023:7A](#)
10. ^ [ECLI:ES:TSJM:2023:146A](#)