

El complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto previa al RD-ley 3/2021 puede reconocerse a ambos progenitores.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *Resuelve el Tribunal Supremo en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que el beneficiario de una pensión de jubilación y padre de tres hijos puede acceder al complemento de maternidad por aportación demográfica contemplado en el art. 60 TRLGSS y redactado por la Ley 48/2015 y tener derecho a éste mientras la otra progenitora está ya percibiendo este mismo complemento.*

Palabras clave: *Maternidad. Complemento. Progenitores. Jubilación. Igualdad. Género.*

Abstract: *The Supreme Court resolves in this appeal for the unification of doctrine that the beneficiary of a retirement pension and father of three children can access the maternity supplement for demographic contribution contemplated in art. 60 TRLGSS and drafted by Law 48/2015 and have the right to it while the other parent is already receiving this same supplement.*

Keywords: *Maternity. Supplement. Parents. Retirement. Equality. Gender.*

I. Introducción

El complemento de maternidad por aportación demográfica redactado por el art. 60 TRLGSS por la Ley 48/2015, precepto que entró en vigor el 1 de enero de 2016, ha provocado una gran litigiosidad puesto que desde que la STJUE de 12 de diciembre de 2019, Asunto WA, fallara que los varones también pueden percibirlo han sido muy elevadas las reclamaciones destinadas a conseguir su reconocimiento. El Alto Tribunal resuelve, aquí, a la vista de tal doctrina, y aplicando la no discriminación, que el complemento de maternidad por aportación demográfica no es único, por lo que pueden percibirlo ambos progenitores si los dos reúnen los requisitos para ello sin tener en cuenta si el otro progenitor (o persona asimilada) también tiene o puede tener derecho a su percepción.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 362/2023, de 17 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 3821/2022.

ECLI:ES:TS:2023:2132.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

D. Santos tiene reconocida una pensión de jubilación con efectos de 30 de agosto de 2016, con Base Reguladora de 986,52 euros, un porcentaje de la pensión del 76% y una pensión inicial de 739,76 euros. La progenitora materna, D^a Gracia, por su parte, tiene también reconocida pensión de jubilación desde el 24 de diciembre de 2018 con un complemento de maternidad por importe de 101,73 euros.

El 12 de mayo de 2021 D. Santos -padre de tres hijos- formula reclamación previa solicitando el reconocimiento del derecho al complemento por maternidad, reclamación que es desestimada por no estar contemplado dicho complemento en el ordenamiento jurídico de las prestaciones económicas de seguridad social y por estar agotado el derecho, al haber sido ya reconocido a la otra progenitora. Frente a esta resolución D. Santos presenta una reclamación previa, reclamación que es igualmente desestimada.

D. Santos acude a la vía judicial e interpone demanda contra el INSS y la TGSS reclamando el mentado complemento y la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de A Coruña, con fecha de 14 de diciembre de 2021, le da la razón, estimando la demanda. Entiende el Juzgador que existe vulneración del derecho fundamental de igualdad, se declara el derecho a la percepción del complemento del art.60 TRLGSS en cuantía del 10% sobre la pensión inicial, con efectos desde el 12 de febrero de 2021, y se condena al pago del complemento y de los atrasos debidos desde tal fecha. Contra la anterior Sentencia formulan recurso de suplicación el INSS y TGSS y la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 8 de julio de 2022 desestima el recurso y confirma la Sentencia recurrida.

Frente a dicha Sentencia interpone recurso de casación de unificación de doctrina la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS. En su recurso, el INSS denuncia la infracción del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto anterior al RD-ley 3/2021 argumentando que el complemento por maternidad es único y que sólo puede reconocerse a uno de los progenitores. El Ministerio Fiscal, por su parte, informa a favor de la estimación del recurso.

1. *La existencia de la contradicción entre los pronunciamientos enfrentados*

El Tribunal entiende que concurre la triple identidad exigida por el art. 219 LRJS entre la Sentencia aportada como contradictoria -la Sentencia del TSJ de Extremadura de 24 de marzo de 2022, recurso 3/2022- y la Sentencia recurrida.

La Sentencia de contraste resuelve el recurso de un pensionista de jubilación padre de tres hijos desde el 1 de enero de 2017 y deniega su derecho a percibir el complemento por maternidad por aportación demográfica porque su esposa y madre de sus tres hijos es también pensionista de jubilación percibiendo dicho complemento. El Tribunal argumenta que al demandante no le corresponde percibir ese complemento porque se trata de un complemento único y ello excluye su reconocimiento a ambos progenitores: por ello si lo percibe la madre ya no puede percibirlo el padre^[1].

La Sentencia recurrida, en cambio, con base a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, reconoce al padre el derecho al percibo del complemento argumentando que la normativa vigente entonces no fijaba excepción alguna al cobro por ese dato^[2].

El Alto Tribunal entiende que concurre la contradicción pues en ambos casos se trata de pensionistas de jubilación que son padres de tres hijos, cuyas madres ya perciben el mentado complemento.

2. El complemento por maternidad incorporado por la ley 48/2015 es el aplicable a la litis

El Alto Tribunal aclara que el complemento por maternidad por aportación demográfica se incorpora a la LGSS de la mano de la Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, en virtud de una enmienda parlamentaria que afirma perseguir tres objetivos: valorar la dimensión de género en materia de pensiones; eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, y reforzar a las familias y al entorno en el que se desarrolla la vida familiar. Y el texto queda integrado en el art. 60.1 del TRLGSS de 2015. Posteriormente, el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, regula el complemento para reducir la brecha de género. Su Preámbulo explica que la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 evidencia la defectuosa configuración legal del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica, procediendo la nueva norma a convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones. Este nuevo régimen del complemento se aplica a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley (DA 1ª), es decir, desde el 4 de marzo de 2021 (DF 3ª), motivo por el que esta otra regulación no se aplica a la presente litis.

IV. Normativa aplicable al caso

Artículo 60. Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social

1. Se reconocerá 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.

Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala: (...)

6. El derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización.

V. Doctrina básica

1. La STJUE de 12 de diciembre de 2019

El Tribunal recuerda que, de acuerdo con el pronunciamiento del TJUE, el art. 60º no supedita la concesión del complemento a las mujeres por la realización de las labores de cuidado, ni contempla sólo la situación biológica de la mujer -pues se concede a las mujeres que adopten dos hijos- y que el complemento prescinde de si cada mujer ha visto obstaculizada su carrera profesional: por tanto, el complemento no constituye una medida eficaz para reducir la brecha de género ni a esta regulación puede aplicarse el art. 157 TFUE dado el complemento de pensión concede a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y sin que parezca 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^[3].

2. La asunción de la doctrina del tribunal supremo sobre los efectos temporales del complemento por maternidad tras la stjue de 12 de diciembre de 2019

Recuerda el Alto Tribunal que en las Sentencias del Pleno de la Sala Social 160/2022, de 17 de febrero^[4], 163/2022, de 17 de febrero^[5] y 487/2022, de 30 mayo^[6], se ha concluido que los efectos temporales del complemento por maternidad del art. 60 TRLGSS deben retrotraerse al momento del hecho causante, habiendo señalado en ellas que, de acuerdo con el art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de Derecho y a aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue; que, además, atendiendo a lo previsto en los arts. 264 y 280 de Tratado de Funcionamiento de la Unión europea, las Sentencias del TJUE tienen fuerza ejecutiva y ello supone que los órganos jurisdiccionales deben adoptar una posición activa en tal sentido dentro de las competencias que le son propias, y con ello, los Tribunales tienen la obligación de incorporar la finalidad perseguida por la Directiva como criterio hermenéutico en la interpretación de las normas de acuerdo a las reglas del art. 3.1 CC y que, por tanto, de manera consecuente, la exégesis de los órganos judiciales nacionales sobre el artículo 60 TRLGSS ha de ser compatible con los objetivos perseguidos por la Directiva.

Por tanto, ha concluido el Tribunal Supremo que la norma interpretada del Derecho de la Unión puede y debe ser aplicada a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma. Y, en atención a ello, el Tribunal Supremo ha concluido, acerca de los efectos temporales del reconocimiento del derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, que éstos tienen lugar 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 LGSS.

VI. Pasajes decisivos: el derecho al complemento no impide que el otro progenitor también lo perciba: las razones

Resuelve ya en el FJ 5º el Alto tribunal que, a juicio de esta Sala, el reconocimiento a uno de los progenitores del derecho a percibir el complemento de maternidad por aportación demográfica no debe impedir que el otro progenitor también lo perciba si reúne los requisitos legales.

Y deja sentado, también, el Alto Tribunal que procede examinar la titularidad del derecho en cuestión aplicando la no discriminación que la sentencia del TJUE exige puesto que a las pensiones causadas desde el 1 de enero de 2016 hasta el 3 de febrero de 2021 (cuando estuvo vigente la normativa que regulaba el complemento de maternidad por aportación demográfica) les resulta aplicable ese complemento con independencia de quien lo solicitaba (mujer u hombre) y si se concediera el complemento solamente a un progenitor y se reconociera primero al padre, que se ha jubilado con anterioridad, eso significaría que se denegaría a la madre, jubilada posteriormente.

Las razones que aduce el Tribunal para llegar a tal conclusión son las siguientes:

1. La interpretación literal de la norma

La regulación del art. 60 TRLGSS establecía unas condiciones para el reconocimiento del complemento de aportación demográfica (acceso a pensión contributiva y tener dos o más hijos o asimilados) que no puede ampliar el intérprete. Como la ley omite toda referencia al otro progenitor (o persona asimilada), carece de soporte legal que se deniegue el complemento por el hecho de que el otro progenitor ya lo venga percibiendo. La regla limitativa e interpretativa según la cual este beneficio solo puede ser percibido por uno de los progenitores en caso de que ambos sean

pensionistas no se corresponde con el tenor del precepto y comporta una extralimitación de esa tarea.

La enmienda parlamentaria que introdujo esa norma sí que expresaba el propósito de compensar las ventajas de la población femenina porque normalmente se responsabilizaba de la crianza de los menores. Pero ello no se llevó al articulado y, una vez aplicada la neutralidad por razón de género, no cabe que se viole el tenor del precepto para evitar que accedan al beneficio las personas de uno u otro sexo añadiendo exigencias ausentes del mismo. En el precepto se omite por completo la consideración de qué sucede cuando el progenitor distinto del solicitante ya disfruta del complemento. Si el legislador quisiera eliminar el beneficio en tales casos debiera haberlo explicitado. En cuestiones relacionadas con la protección frente a situaciones de necesidad (art. 41 CE), si la norma no exige más requisitos, el intérprete tampoco puede hacerlo.

2. La interpretación a la vista de la evolución histórica

El vigente art. 60 de la LGSS, que regula el complemento de maternidad para la reducción de la brecha de género, sí explicita que el reconocimiento del complemento al segundo progenitor comporta la extinción del ya reconocido, adoptando reglas específicas sobre el particular y previendo la audiencia a quien ya lo viniera cobrando. La regulación del complemento de maternidad por aportación demográfica no decía nada sobre la posible titularidad dual porque partía de que solo la madre percibiría el complemento. Pero el carácter discriminatorio de la previsión arrastra a la posibilidad de que cualquier sujeto que cumpla los requisitos acceda a la prestación.

No se puede trasladar la construcción legislativa posterior a las pensiones causadas bajo la vigencia de la anterior porque colisionaría con la retroacción de efectos que hemos defendido y con la seguridad Jurídica (art. 9.3 CE). Además, el Real Decreto-ley 3/2021 que instaura el nuevo complemento de maternidad para la reducción de la brecha de género, advierte que el mismo se reconoce solo a las pensiones causadas a partir de su entrada en vigor (DA 1ª).

3. La interpretación lógica

El derecho al complemento debe reconocerse prescindiendo del sexo de quien lo lucra. Sería paradójico e ilógico que un beneficio nacido para compensar la situación desfavorable sufrida por muchas mujeres acabara siéndole denegado a una de ellas con el argumento de que ya lo está percibiendo el progenitor varón. Se trata de un derecho que nació desvinculado de la condición biológica de la mujer, por lo que carece de sentido atender a la situación en que se encuentre el progenitor distinto del que activa su disfrute.

4. La interpretación teleológica

La regulación aquí aplicada discriminaba a los varones. No es posible invocar su finalidad (ahora disfuncional) para reconducirla a un resultado opuesto al derivado de tal carácter antijurídico. Mucho menos, tomar en cuenta el fin perseguido por la norma que ha venido a superarla y que ha declinado reordenar las situaciones surgidas al amparo de la pretérita.

5. La interpretación sistemática

La doctrina que acogemos es la que mejor casa con la jurisprudencia acerca de cómo finalizar con las situaciones discriminatorias: no eliminando el derecho en cuestión, sino expandiendo su titularidad a los colectivos que habían sido preteridos. La tesis contraria equivaldría a sustituir la locución legal "las mujeres" por otra equivalente a "el progenitor que solicite el derecho, a condición de que el otro no lo esté disfrutando y mientras persista esa titularidad individual". Ese resultado casa mal con la inveterada doctrina constitucional y comunitaria sobre el modo de finalizar con las situaciones discriminatorias.

Tampoco puede aplicarse la construcción acuñada en materia de pensiones de viudedad cuando un mismo sujeto causante puede propiciar que haya varias personas beneficiarias, por las siguientes razones:

a) Porque en tal caso la Ley se encarga de disciplinar las consecuencias (art. 220 TRLGSS).

b) Porque aquí se exige a cada beneficiario que haya cubierto su propia carrera profesional: estamos ante un complemento de pensiones contributivas que, por lo general (desde luego, en la jubilación que es nuestro caso) requieren de una previa e importante carrera de cotización.

c) Porque mientras en la viudedad el fallecimiento de un tercero es lo que provoca la acción protectora, aquí el nacimiento (o equivalente) de tercera persona no es el que genera la pensión, sino que es necesario un previo "hecho causante" referido a la incapacidad permanente o jubilación. Por eso el art. 60.6 de la LGSS dispone que "[e]l derecho al complemento está sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización".

6. La interpretación conforme al derecho de la unión europea, la constitución española y la doctrina del alto tribunal

La conclusión a que accedemos es la que resulta más acorde con la doctrina de la mentada sentencia del TJUE de 12 diciembre 2019, así como lo que previamente hemos sostenido en las referidas sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del TS 160/2022, de 17 de febrero^[7]; 163/2022, de 17 de febrero^[8] y 487/2022, de 30 de mayo^[9].

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 debe ponerse 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. Además, se trata de proteger el derecho del trabajador (que es padre de los menores) a no ser discriminado "por razón de sus circunstancias personales o familiares" (art. 14 CE).

El auto del TC 114/2018, de 16 octubre, examinando la reclamación de mujer jubilada anticipadamente, atribuye al art. 60 de la LGSS los fines que el INSS defiende con su interpretación. Pero esa resolución ni se opone a cuanto ahora decimos ni, por razones cronológicas, pudo tener en consideración el criterio de la sentencia del TJUE dictada más de un año después.

7. La aplicación de la transversalidad del principio de igualdad por razón de sexo

Los arts. 4º y 15º de la LO 3/2007, de 22 de marzo que introducen la integración del principio de igualdad como principio informador básico del ordenamiento jurídico vienen a reforzar esta decisión porque restringir el beneficio solo a un progenitor (sin que tampoco exista un criterio para determinar quién deba ser), bajo el argumento de que los causantes de la prestación son los menores, no solo desconoce las exigencias contributivas sino que acabaría actuando, sin habilitación normativa para ello, en contra de la contemplación igualitaria de un norma que no puede ampararse en las excepciones destinadas a reestablecer previos desequilibrios

VII. Parte dispositiva

La doctrina del Alto Tribunal es la siguiente: el complemento de maternidad por aportación demográfica puede ser obtenido por mujeres u hombres que cumplan los requisitos en él previstos, sin tomar en consideración la circunstancia de que el otro progenitor (o persona asimilada) también tenga o pueda tener derecho a su percepción.

Las citadas consideraciones obligan, oído el Ministerio Fiscal, a desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, confirmando la sentencia recurrida.

VIII. Comentario

Tras ver la luz la Sentencia del TJUE 12 de diciembre de 2019 y reconocerse el derecho de los progenitores varones a acceder al complemento de maternidad por aportación demográfica, complemento que el art. 60 TRLGSS -redactado por la Ley 48/2015- había otorgado únicamente a las mujeres, se multiplicaron los litigios en los que, como sucede con el pronunciamiento que tenemos entre manos, se reclama tal complemento en casos diferentes hacia los que se dirigía el precepto original. La regulación del complemento de maternidad por aportación demográfica no decía nada entonces sobre la posible titularidad dual de dicho complemento -es decir, que los dos progenitores, o asimilados, pudieran percibirlo simultáneamente- porque no necesitaba hacerlo pues se partía de que solo la madre lo cobraba. En cambio, tras la Sentencia del TJUE es necesario resolver si tal complemento se puede reconocer a ambos progenitores.

La reclamación de este complemento disparó la litigiosidad y esta multiplicación tuvo que ver también con que, tras el pronunciamiento del TJUE, la Entidad Gestora rechazase, en un primer momento, en la vía administrativa, todas las solicitudes de los hombres que pretendían el reconocimiento de su derecho al complemento^[10] lo que obligaba a los varones a acudir a la vía judicial necesariamente^[11]. Y hubo que esperar a que se redactase de nuevo el art. 60º TRLGSS por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, y se sustituyera este complemento por el complemento para la reducción de la brecha de género para que el Criterio de Gestión 35/2021, de 2 de diciembre de 2021 revisara el Criterio 1/2020 y se reconociera el complemento por maternidad al hombre o la mujer que reuniera los requisitos necesarios. Pero, junto a ello, el INSS interpretaba también que el complemento era único y en aquellos casos en los que el derecho ya había sido ejercido por uno de los progenitores, el INSS lo denegaba al segundo progenitor.

Según el INSS, ello quedaba refrendado por la propia Sentencia del TJUE y por el propio Auto del Tribunal Constitucional 114/2018, de 16 de octubre, al identificar el Tribunal Constitucional como objetivo del citado complemento el de (...) *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*^[12]. No obstante, la postura judicial mayoritaria fue contraria a la adoptada por la Entidad Gestora fallando en sentido contrario^[13], tal como hace la Sentencia que aquí es objeto del presente recurso. Por eso, hacía falta que el Alto Tribunal unificara doctrina^[14].

Así, asume en el presente recurso de casación de unificación de jurisprudencia el Alto Tribunal la tarea de examinar si la titularidad del derecho al complemento es única o si puede ser doble -una para cada progenitor o persona asimilada, hombre o mujer-. Y lo hace el Tribunal respetando la no discriminación derivada de la mentada Sentencia del TJUE, dado que la exégesis de los órganos judiciales nacionales sobre el artículo 60 LGSS ha de ser compatible con los objetivos perseguidos por dicha Directiva, una labor a la que el Alto Tribunal dice atender de la misma forma a como lo ha hecho solventando otra compleja problemática, la que tiene que ver con el momento temporal al que debe retrotraerse el reconocimiento del complemento a los varones. De hecho, el propio Tribunal resume su Fallo señalando que la conclusión a la que se llega es la que resulta más acorde con la doctrina de la Sentencia del TJUE de 12 diciembre 2019, así como lo que previamente consta en las Sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del TS 160/2022, de 17 de febrero^[15]; 163/2022, de 17 de febrero^[16] y de 487/2022, de 30 de mayo^[17], Sentencias que dan solución al momento temporal en el que ha de reconocerse el pago del complemento a los varones que lo soliciten^[18].

Es claro que, como hizo el Alto Tribunal en aquella ocasión, y como ha debido hacer en otros tantos conflictos que el precepto ha ido planteando a lo largo de estos años^[19], el actual RCUD interpreta un artículo, el art. 60 TRLGSS, de defectuosa configuración legal en palabras del propio legislador, un precepto que no adecuaba su letra a su fondo pues su tenor no responde a las finalidades y los objetivos que fueron marcados en el mismo. Pero si bien el TJUE concluye que el artículo 60 TRLGSS de la Ley 48/2015 no pretende atajar la brecha de género, y por ese motivo lo concede también a los varones, el Alto Tribunal lo otorga también a un segundo progenitor -en ausencia de previsión legal expresa que originariamente lo contemplara- porque sería ilógico que, al considerar este complemento como único se privara a ellas, al final, de un complemento que estaría o debería de haber estado configurado de tal manera que fuera capaz de compensar las desventajas sufridas por ellas en su carrera laboral derivadas del cumplimiento de las tareas del cuidado, algo que ocurriría si el pensionista varón lo solicita previamente.

Y, al hilo de esta premisa, surgen el resto de los argumentos del Alto Tribunal, argumentos que tienen que ver con dos cuestiones clave: la primera de ellas, con la propia literalidad del precepto -que no limita su percepción a un solo progenitor, pues obviamente el art. 60 en su redacción original no precisaba hacerlo- pero que impondría una restricción que la norma no contiene; de la naturaleza jurídica del complemento, que no es una prestación en sí mismo, sino un complemento añadido a una prestación que debe percibirse previamente, con una necesaria interpretación sistemática y, por último, con otro argumento de peso, que es el que tiene que ver con la imposibilidad de aplicar con efectos retroactivos una regulación que no estaba vigente antes del 3 de febrero de 2021.

IX. Apunte final

El conflicto que aquí se debate resuelve, pues, que el complemento por maternidad por aportación demográfica sí puede ser reconocido a los dos progenitores, pero esta solución solamente es aplicable cuando aparezcan dos progenitores beneficiarios de una pensión contributiva causada desde el 1 de enero de 2016 al 3 de febrero de 2021 puesto que desde el 3 de febrero de 2021 se accede al complemento de brecha de género y este complemento ya tiene fijadas sus propias reglas de compatibilidad entre progenitores en el art. 60.2º TRLGSS^[20] y, además, existen reglas referidas a la compatibilidad entre el complemento por aportación demográfica y el complemento por brecha de género en la DT 33ª del TRLGSS^[21].

Referencias:

1. [^] *Argumenta el Tribunal, en primer lugar, que la aportación demográfica, esto es, la aportación de eventuales futuros cotizantes que contribuyeran al sostenimiento del sistema público de Seguridad Social era imputable a las madres, tanto por naturaleza como por adopción, y no a los dos progenitores (padre y madre), bajo la presunción de que eran ellas las dedicadas, por lo general, al cuidado de los hijos, lo que repercutía negativamente en sus carreras profesionales. Se pretendía así además reducir la brecha de género en las pensiones. Además, según el Tribunal, el complemento tiene "a los todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva". Y si bien tras el fallo europeo se imponía ampliar los potenciales beneficiarios del complemento incluyendo a los hombres ello no altera un ápice su naturaleza unitaria deducida de su finalidad pues se reconocía en atención a una determinada aportación demográfica de manera que los mismos hijos no pueden generar más de un complemento de pensión, excluyéndose por tanto no solo por concurrencia de pensiones sino también de beneficiarios. Asimismo, según*

este pronunciamiento, la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 implica que no puede excluirse a los hombres, en atención a su sexo, del derecho al complemento cuando están en idéntica situación que las mujeres. Ello no determina que reconocido el complemento a la madre pueda también reconocerse después al padre por los mismos hijos ni impide que reuniendo ambos progenitores los requisitos para lucrar el complemento se mantenga el del primer progenitor que lo solicitó y obtuvo y se deniegue el solicitado después por el otro progenitor. Por último, argumenta el Tribunal también que del RDL 3/2021 se desprende claramente que no cabe que los dos progenitores perciban el complemento en atención a los mismos hijos estableciéndose reglas de atribución y compensación cuando reconocido a un progenitor lo solicita el otro.

2. [^] A diferencia de lo que se prevé posteriormente en el vigente art. 60.2º TRLGSS modificado por el Real Decreto Ley 3/2021, de 2 febrero, ya que hay que tener en cuenta que la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 60 TRLGSS -desde el 4 de febrero de 2021- no afecta a solicitudes de prestaciones nacidas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma al nada señalarse al respecto por el legislador, lo que se ve reforzado, además, por el contenido de la DT 33 del TRLGSS. Igualmente, la STJUE de 12 de diciembre de 2019 excluye que el complemento de maternidad por aportación demográfica responda al objetivo de reducción de la brecha de género.
3. [^] Vid. las sentencias de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 65, y de 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13, EU:C:2014:2090, apartado 101.
4. [^] RCUUD 2872/2021
5. [^] RCUUD 3379/2021
6. [^] RCUUD 3192/2021
7. [^] RCUUD 2872/2021.
8. [^] RCUUD 3379/2021.
9. [^] RCUUD 3192/2021.
10. [^] La Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS adoptaba, por aquellos años, el Criterio de gestión 1/2020 de 31 de enero, donde se podía leer que: (,,,) 1. El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el art. 60 TRLGSS en tanto no se lleve a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguirá reconociendo únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal y como se viene haciendo hasta la fecha. 2. Lo establecido en el apartado uno debe entenderse lógicamente sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los Tribunales de Justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres y de la obligación de iniciar el pago de la prestación cuando exista sentencia de un Juzgado de los Social o Tribunal de Justicia condenatoria y se interponga el correspondiente recurso, de conformidad con lo previsto en el art. 230.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre.
11. [^] En un primer momento ello dio lugar a que algunos pronunciamientos reconocieran a los varones que debieron litigar para lucrar el complemento una indemnización por daños morales y por daños materiales. Esta indemnización, de 1000 euros por daños morales y de 300 euros por daños materiales se reconoce en la Sentencia del TSJ de Andalucía (Sala de lo Social), de Sevilla nº 2234/2021, de 22 de septiembre, JUR 2021/357139, ECLI:ES:TSJAND:2021:11420. Igualmente, también aparece una indemnización de 600 euros en la STSJ del País Vasco (Sala de lo

Social) nº 451/2022, de 7 de marzo, JUR 2022/215585, ECLI:ES:TSJPV:2022:1004. No obstante, el Tribunal Supremo ha resuelto en la STS (Pleno) nº 361/2023, de 17 de mayo de 2023 (nº rec. 2222/2022), ECLI:ES:TS:2023:2149, que la reparación correspondiente a la quiebra del derecho de igualdad de la parte actora derivada de la denegación del complemento de maternidad por aportación demográfica ha de consistir en una retroacción de la fecha de efectos del reconocimiento del complemento al momento inicialmente fijado para el abono de la prestación de jubilación contributiva. Es decir, estribará en el restablecimiento del derecho al complemento de maternidad al tiempo del hecho causante, por lo que no cabe el otorgamiento de la mentada indemnización. La Sala de lo Social de Galicia ha planteado, asimismo, una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre discriminación por razón de sexo al obligar a pensionistas a reclamar judicialmente el plus de maternidad ante el Criterio de Gestión del INSS de denegar siempre tal complemento a los varones. Vid. el Auto de la Sala de lo Social, Sección 1ª de 2 de febrero de 2022.

12. ^ Tal cual se puede leer en el mentado Criterio de Gestión: (...) Por otra parte, aunque es cierto que el complemento por maternidad premiaba la aportación demográfica, no hay que olvidar que, el complemento por maternidad se presenta como un instrumento cuyo objetivo principal es la reducción de la brecha de género que se produce como consecuencia de que históricamente las mujeres han visto reducida su capacidad de cotización -y, con ello, la cuantía de sus pensiones- por haber tenido hijos y asumido el rol de su cuidado, tal como revelan de forma rotunda los datos estadísticos. Así lo ha reconocido tanto el TJUE que no ha declarado en la referida sentencia que esta finalidad sea ajena en su configuración como nuestro Tribunal Constitucional al identificar como objetivo del citado complemento el de "... 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" (Fundamento Jurídico tercero del auto 114/2018, de 16 de octubre), lo que viene a reafirmar que sea sólo uno de los progenitores quien perciba dicho complemento (...).
13. ^ Vid, más ampliamente, acerca de las dos posturas mantenidas por los TTSSJJ y los argumentos que servían a una y otra: HIERRO HIERRO, F.J., El complemento por maternidad: reflexiones sobre su retroactividad, en Revista de estudios jurídico-laborales y de Seguridad Social, mayo-octubre de 2022, nº 5, ISSN-e. 2660-437X.
14. ^ La Sentencia del TS de 26 de julio de 2022 nº 697/2022, de 26 de julio, JUR 2022/260613, ECLI:ES:TS:2022:3195, tuvo ocasión de analizar esta cuestión pero no lo hizo por falta de idoneidad de la Resolución aportada de contraste. Debe destacarse que este pronunciamiento cuenta con un Voto particular que discrepa acerca de esta falta de idoneidad.
15. ^ RCUUD 2872/2021.
16. ^ RCUUD 3379/2021.
17. ^ RCUUD 3192/2021.
18. ^ De acuerdo con este último pronunciamiento, corresponde la percepción del complemento desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación, siempre que se cumplan el resto de los requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 TRLGSS. No obstante, esta solución no es compartida por la doctrina, Vid, in extenso, MALDONADO MOLINA, J.A., La jurisprudencia del TJUE sobre el complemento por maternidad y su aplicación por la jurisprudencia española, en AAVV (VICENTE PALACIO,

Coord), *Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea en materia social*, Barcelona, Atelier, 2023, p. 329 a 363.

19. ^ Resultan destacables, así, las Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) siguientes: la STS de 8 de febrero de 2023, nº rec. 1417/2020, ECLI:ES:TS: 2023: 111; la STS de 31 de mayo de 2023, nº rec. 2766/2022, ECLI:ES:TS: 2023: 393; la STS de 4 de octubre de 2022, nº rec. 222/2020, ECLI:ES:TS: 2022: 794; la STS de 27 de febrero de 2023 -Pleno-, nº rec. 3225/2021, ECLI:ES:TS: 2023: 167, y la STS -Pleno- de 17 de mayo de 2023, nº rec. 2222/2022, ECLI:ES:TS: 2023: 361.
20. ^ Este artículo señala que: 2. El reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor y producirá efectos económicos el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado este plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes. Antes de dictar la resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor se dará audiencia al que viniera percibiendo el complemento.
21. ^ Disposición transitoria trigésima tercera. Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social. Quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo. La percepción de dicho complemento de maternidad será incompatible con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro. En el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 de esta ley o de la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta.