

El complemento por aportación demográfica: dislate legal de incesante conflictividad judicial aun después de derogado («no muerto»)

Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de **Cantabria 749/2022, de 31 de octubre**, y de **Extremadura 733/2022, de 31 de octubre**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Extracto

La introducción en el sistema de pensiones públicas españolas del complemento de maternidad por contribución demográfica a la Seguridad Social (art. 60 Ley general de la Seguridad Social, en la versión de 2015) fue un gravísimo error de técnica legislativa, con altos costes sociales y económicos. Una vez fue declarado discriminatorio contra los hombres por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (diciembre de 2019), el retraso excesivo en realizar el debido cambio legal (RDL 3/2021, de 2 de febrero) agravó las disfunciones. La aplicación posterior por los tribunales sociales, en vez de contribuir a dotar de una mayor coherencia la institución, la ha convertido en cada vez más irracional. Por lo tanto, la derogación de esta regulación legal no ha impedido una enorme conflictividad judicial, con decenas de miles de asuntos pendientes de resolver, muchos de ellos en el Tribunal Supremo. La gestión administrativa de esta figura tampoco ha contribuido a su racionalización, al contrario, la resistencia de la entidad gestora a cumplir con los dictados jurisdiccionales, aunque discutibles, ha creado problemas adicionales, también la condena al pago de indemnizaciones por daños morales. Este comentario analizará las decisiones judiciales más recientes en la materia, en el contexto de una nueva reforma del complemento por reducción de la brecha de género.

Palabras clave: complemento de maternidad; Seguridad Social; reforma de pensiones; brecha de género; pensiones contributivas; juzgar con perspectiva de género; derecho vivo.

Recibido: 09-12-2022 / Aceptado: 12-12-2022 / Publicado: 04-01-2023

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2023). El complemento por aportación demográfica: dislate legal de incesante conflictividad judicial aun después de derogado («no muerto»). Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 749/2022, de 31 de octubre, y de Extremadura 733/2022, de 31 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 185-197. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10267>

The demographic contribution supplement: legal nonsense of incessant judicial conflict even after its repeal ("not dead")

Regarding the Rulings of the High Court of Justice of Cantabria 749/2022, of 31 October, and of Extremadura 733/2022, of 31 October

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)*

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Abstract

The introduction into the Spanish public pension system of the maternity supplement for demographic contribution to Social Security (art. 60 General Social Security Act, in the 2015 version) was a serious error of legislative technique, with high social and economic costs. Declared discriminatory against men by the Court of Justice of the European Union (December 2019), the excessive delay for its mandatory legal reform (RDL 3/2021, February 2) increased the imbalances. The application by the social courts did not improve the coherence of the institution, on the contrary, they have made it more irrational. Therefore, the repeal of this legal regulation has not prevented enormous judicial conflict, with tens of thousands of matters pending to be resolved, many of them in the Supreme Court. Administrative management has not facilitated its rationalization either. The resistance of the managing entity to comply with the jurisdictional dictates, although debatable, has created additional problems, including the order to pay compensation for moral damages. This commentary will analyze the most recent judicial decisions on the matter, in the context of a new legal reform of the supplement to reduce the gender gap.

Keywords: maternity supplement; Social Security; pension reform; gender gap; contributory pensions; judge from a gender perspective; case law.

Received: 09-12-2022 / Accepted: 12-12-2022 / Published: 04-01-2023

Citation: Molina Navarrete, C. (2023). The demographic contribution supplement: legal nonsense of incessant judicial conflict even after its repeal ("not dead"). Regarding the Rulings of the High Court of Justice of Cantabria 749/2022, of 31 October, and of Extremadura 733/2022, of 31 October. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 472, 185-197. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.10267>

Que acabe siendo impresa no hace que la sabiduría sea desposeída de su lentitud.

Todas las letras han de ser pronunciadas, y eso lleva tiempo.

Nada tiene más necesidad de un buen perfil que las letras.

Que al menos ellas entreguen precisión.

Cualquier letra es también palabra.

A. Cabrera (*Gracias, distancia*)

1. Marco normativo errático e *in fieri*: del «premio de natalidad» al complemento por brecha de género, cambio necesario, pero insuficiente

Llevamos unas semanas viviendo en España una enorme polvareda jurídico-penal, la de la aplicación de la polémica «ley del solo sí es sí» (cuando una norma se reduce a un nombre periodístico está condenada al fracaso antes de nacer y aplicarse), que ha levantado una intensa tormenta político-institucional. Deriva de la conjura de un doble déficit jurídico, en un contexto de crispación política extrema: de técnica legal, **que el Gobierno no quiere reconocer** («sostenella y no enmendalla»), uno, y de comprensión jurisdiccional del nuevo tiempo jurídico-social, otro, que tampoco la jurisdicción quiere afrontar debidamente, en el que el principio de igualdad de género tiene el mismo valor que el de **retroactividad penal favorable**, constitucional e internacionalmente. Por eso deben conciliarse en su aplicación, no sacrificarse uno en el altar del otro, pues poseen trascendencia jurídico-constitucional e internacional.

¿Y qué tiene que ver esta cuestión jurídico-política penal con un asunto de Seguridad Social? Aunque hagan mucho menos ruido mediático, sufrimos más de un asunto en el que esa doble conjunción de una mala técnica legislativa (en nuestro caso pésima), no corregida a tiempo por puro interés político, con un inquietante déficit de comprensión jurisdiccional, a comenzar por el gran pretor comunitario, también desde la perspectiva de género y su tensión con principios clásicos, ahora devenidos tradicionales en exceso, genera una aplicación de las leyes marcada por la incoherencia y la sinrazón. Y el gasto para el sistema y para el conjunto de la ciudadanía es enorme. Ese sería el caso del conocido como «complemento de maternidad», en la versión inicial del artículo 60 de la Ley general de la

Seguridad Social (LGSS) ([art. 50 bis LGSS/1994 añadido por Ley 48/2015, de 29 de octubre](#)), luego devenido, [por decisión inducida del Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(TJUE\)](#), también de «paternidad». Pese a estar derogado y no desplegar efectos hacia el futuro (vigencia desde 1 de enero de 2016 a 3 de febrero de 2021), sustituido (más que sucedido o legatario) por el [nuevo complemento de reducción de la brecha de género](#) (RDL 3/2021, de 2 de febrero), continúa generando conflictividad judicial extraordinaria, acumulando centenares, sino miles, de decisiones muy costosas.

Cierto, como en el caso de la «ley del solo sí es sí», hay algunos efectos disfuncionales que no pueden corregirse con la reforma, por el debido respeto a elementales reglas o principios jurídicos (derecho transitorio y seguridad jurídica; irretroactividad de las leyes restrictivas de derechos, etc.). Pero no menos verdad es que, de un lado, a mayor diligencia de reforma legal, menores son los costes del defecto de técnica legislativa, y, de otro, a mayor diligencia de hermenéutica jurisdiccional, la deficiencia es menor, tiene menos efectos prácticos, mientras que sucede lo contrario si la jurisdicción maximiza, en vía interpretativa, el déficit legislativo de regulación. Por supuesto que la ley tardó mucho tiempo en cambiarse (la disconformidad comunitaria es de finales del 2019, pero la contestación jurisdiccional interna es muy anterior, y el cambio normativo esperó, para su vigencia práctica, al 4 de febrero de 2021). Pero, por lo general (aunque veremos que, afortunadamente, no siempre ha sido así), el dislate legal se ha visto ampliado por dudosas interpretaciones jurisprudenciales maximalistas.

Ha sido el caso, por ejemplo, de la doctrina jurisprudencial unificada que, ante las variadas opciones interpretativas, concede la máxima retroactividad posible (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS– 487/2022, de 30 de mayo](#): el *dies a quo* de la fecha de efectos del reconocimiento a un varón del complemento sería la del hecho causante, pues desde entonces debió aplicarse la Sentencia del TJUE –[STJUE– de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, WA](#)). Decenas de sentencias de suplicación se dictan, todos los días (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ– de Castilla y León/Valladolid de 9 de noviembre de 2022, rec. 2584/2021](#)), aplicando esa doctrina maximalista¹ del reconocimiento de un beneficio a miles de varones para los que, sin embargo, ni estaba previsto ni tiene razón de ser coherente, porque agrava el problema (brecha de género respecto a las pensiones) que la norma –originaria– decía querer corregir, aunque lo que hizo realmente es resucitar viejos «premios de natalidad». Este criterio jurisdiccional se ha convertido ya en práctica de gestión administrativa, al ser asumido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), a partir de los diversos informes de la Dirección General de Ordenación de Seguridad Social (DGOSS), también erráticos en este ámbito, obligando a periódicas revisiones (por ejemplo, [Criterio técnico 35/2021, de 2 de diciembre](#) –que refiere también al Informe de la DGOSS de 1 de marzo de 2022–).

¹ Naturalmente, salvo que, por el transcurso de más de 5 años, una parte haya prescrito (por ejemplo, [STSJ de Cantabria 762/2022, de 4 de noviembre](#)).

No obstante, de nuevo, la conjunción de las resistencias administrativas a asumir las decisiones jurisdiccionales y lo errático, también lo tardío, de las revisiones de las pautas interpretativas administrativas no está saliendo gratis a la ciudadanía. Más bien, como vamos a ver en las resoluciones judiciales aquí comentadas, sale muy cara, demasiado. Un coste que amenaza con ser mayor si prospera ante el nuevo «oráculo de Delfos» de la justicia social, el del gran pretor comunitario (TJUE), el [Auto del TSJ de Galicia de 2 de febrero de 2022 \(rec. 3601/2021\)](#). En él se pide al TJUE que se pronuncie sobre (lo que se pide realmente es que repruebe y se abra la condena indemnizatoria contra) el [Criterio de gestión 1/2020, de 31 de enero](#), del INSS, que decidió, temerariamente, denegar por sistema las reclamaciones por varones del referido complemento, en tanto no hubiese cambio legal, obligando a reclamar judicialmente, anegando más, de paso, la saturada jurisdicción social (están pendientes de decisión firme más de 12.000 casos por esta cuestión, pese a lo claro de la interpretación jurisprudencial). Para la sala gallega de suplicación, esta práctica administrativa implicaría una discriminación directa por razón de sexo y, en consecuencia, como tal incumplimiento muy grave y culpable de la entidad, exigiría, junto al reconocimiento del complemento desde el hecho causante, el devengo de una indemnización de daños de reparación integral y disuasoria ex [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social \(LRJS\)](#)².

Tampoco es un tema puramente especulativo o de futuro (siempre incierto, si bien en este caso tengo para mí que es muy previsible la nueva condena del TJUE, con el consiguiente enésimo revés del gran pretor comunitario y la elevación de los costes para las personas de siempre, la ciudadanía). Una parte creciente de las doctrinas de suplicación social ya aplican el «plus indemnizatorio» por daños morales ante la decisión del INSS de no reconocer el complemento a los varones, aunque con una notable rebaja cuantitativa. Será el caso, como vamos a analizar, de la [STSJ de Extremadura 733/2022, de 31 de octubre](#), que remite a otros precedentes de suplicación. Aunque la indemnización que se fija resulta, para el varón beneficiario, prácticamente simbólica (300 €), lo que no deja de plantear problemas de ajuste constitucional, para el conjunto del sistema puede llegar a tener un impacto relevante, por el enorme efecto multiplicador potencial.

Si bien el coste de este (caótico) complemento de maternidad y de las «generosas» interpretaciones judiciales (que contribuyen a su aplicación disfuncional –e ineficaz para el fin de la reducción de la brecha de género en pensiones–) recae en las arcas públicas, tampoco las empresas quedan al margen completamente. Así, por ejemplo, la [STSJ del País Vasco 264/2022, de 8 de febrero](#), de nuevo acudiendo a automatismos interpretativos carentes de la absolutez con la que se presenta, con un reduccionismo de la cuestión *de facto*

² «[...] por considerar que aquellos no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento, y en todo caso, si el importe de las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante esta Sala de lo Social se debe incluir como un concepto de la indemnización».

que inquieta en torno a la conciencia real de sus señorías respecto de la situación existente, considera discriminatorio por razón de sexo un complemento a tanto alzado de 12.000 euros establecido, como mejora voluntaria en las ofertas de prejubilación anticipada de una entidad bancaria, solo para las mujeres que hubiesen sido madres de 2, 3, 4 o más hijos/as. Este complemento pretendía compensar la exclusión del de maternidad en caso de acceder a la jubilación anticipada voluntaria, según la versión inicial –corregida en este punto también en la actual– del artículo 60 de la LGSS.

Apunto que es discutible porque la sentencia orilla que la posición de los varones y la de las mujeres respecto del acceso a la pensión de jubilación anticipada voluntaria no es la misma, prevaleciendo aquellos respecto de estas, por los efectos discriminatorios del reparto sexista del trabajo de cuidar (reproductivo) y mercantil (productivo). Además, siendo mejoras voluntarias de Seguridad Social, si bien como tales no pueden suponer una discriminación injustificada, contarían con un margen mayor de autonomía reguladora, si hallan un parámetro justificativo, objetivo y proporcionado. En todo caso, este asunto entra en el ámbito de la [Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978](#) (aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social), a diferencia del resuelto por la (desconocida) [STJUE de 12 de mayo de 2021, C-130/20](#) (tiene por objeto una petición prejudicial por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona). Excluye del derecho derivado de la Unión Europea una supuesta quiebra de la igualdad de trato entre trabajadoras de sexo femenino, porque su artículo 4.1 no es una regla general de igualdad, solo por razón de sexo. De ahí la desautorización de la [STSJ de Cataluña 958/2021, de 17 de febrero](#), que, con generosidad propia de un justicialismo de ocasión, otorga retroactividad máxima al cambio en el artículo 60 de la LGSS, reconociendo el complemento de maternidad a mujeres jubiladas de manera anticipada voluntaria, «borrando» la exclusión legal por pretendida –pero irreal– discriminación.

No alcanza, sin embargo, la responsabilidad por el pago del complemento a la empresa. Y ello incluso en los casos en que es condenada a constituir el capital coste de la pensión inicial (en el caso de jubilación) a complementar desde el hecho causante en virtud del artículo 60 de la LGSS por insuficiencia de cotización, conforme a los artículos [167](#) y [168](#) de la LGSS (por ejemplo, [STSJ de Asturias 2227/2022, de 8 de noviembre](#), FJ 1.º). La responsabilidad del pago es exclusiva del INSS.

Pero la entidad gestora, perpleja –con razón– ante tan incomprensible regulación precedente, sigue resistiéndose a llevar al máximo esa responsabilidad, orientándose por el principio opuesto de protección de la sostenibilidad financiera del sistema y la coherencia del gasto público en pensiones. De ahí que se enroque en la interpretación más literal cuando no hay una regla que explicita su responsabilidad, negándose, una vez más, a cumplir de oficio con doctrinas jurisdiccionales que, a la espera de unificación de doctrina, asumen una política del derecho de Seguridad Social opuesta, maximizando los efectos del complemento de maternidad, aun ineficaces, incluso contraproducentes, para su finalidad, sistémica y constitucional (reducir la brecha de género en un escenario de sostenibilidad financiera

del sistema). Así sucede con el criterio técnico del INSS que afirma el carácter unitario del complemento de maternidad (al igual que ahora fija expresamente el complemento de reducción de la brecha de género), negándose de forma sistemática (fija criterio técnico) a reconocer la dualidad de devengo (para ambas personas progenitoras) que, en cambio, sí afirma la doctrina judicial (por ejemplo, SSTSJ de [La Rioja 70/2022, de 11 de marzo](#), y de [Cantabria 749/2022, de 31 de octubre](#)). Para más inri, la propia Sala IV del TS rechaza, por razones procesales formalistas, aquí a diferencia de la rápida decisión de la Sala II respecto de la «ley del sí es sí», cumplir con su función constitucional de unificación de doctrina con la máxima celeridad posible.

2. Relato de hechos: las circunstancias fácticas para la solución de los casos

En el asunto resuelto por la [STSJ de Cantabria 749/2022, de 31 de octubre](#), un hombre, con pensión de jubilación reconocida desde el 11 de marzo de 2019 (base reguladora: 2.257,53 €, porcentaje del 100 % y efectos económicos desde el 8 de marzo de 2019), solicita (9 de abril de 2021) el complemento de maternidad por aportación demográfica, con efectos al día del reconocimiento inicial de su pensión de jubilación. Tiene 2 hijos nacidos en los años 1979 y 1982. El complemento le fue denegado porque lo disfrutaba su esposa.

La mujer percibe una pensión de jubilación según el régimen del trabajo autónomo (RETA), con un complemento de maternidad por importe de 40,99 euros mensuales y efectos económicos desde el 1 de enero de 2019 por los 2 hijos que tiene en común en un porcentaje del 5 % (recuérdese que en la versión actual la cantidad se fija a tanto alzado por hijo/a, desde el/la primogénito/a). Presentada la correspondiente demanda judicial, el hombre-progenitor ve reconocido el complemento desde la fecha de disfrute inicial de su pensión (9 de marzo de 2019). El INSS interpone recurso de suplicación.

En el asunto resuelto por la [STSJ de Extremadura 733/2022, de 31 de octubre](#), un hombre, que tiene reconocida pensión de jubilación desde el 1 de abril de 2019, solicitó, en fecha de 3 de febrero de 2021, el complemento de maternidad, que le fue denegado por razón de tratarse de un varón, cuando la norma legal, en su versión originaria, solo lo reconoce a las mujeres. Asimismo, el pensionista solicitaba una indemnización de daños morales, en la medida en que la negativa a reconocerle el complemento constituye una violación de su derecho a la no discriminación, utilizando como criterio de valoración el «baremo sancionatorio» ([Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS–](#)). La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda, reconociéndole el derecho a lucrar el complemento, pero no la indemnización de daños. El INSS planteó recurso de suplicación contra el reconocimiento del complemento, el pensionista lo hizo contra la denegación de una indemnización de daños morales añadida.

3. Las doctrinas judiciales: síntesis de razonamientos para los fallos

En el asunto conocido y resuelto por la [STSJ de Cantabria 749/2022, de 31 de octubre](#), se desestima el recurso. La sala cántabra asume la concepción dual del complemento de maternidad, a diferencia de la concepción monista que acepta para el complemento de reducción de la brecha de género. En este sentido, concluye que, en el caso, suprimir el complemento del que se beneficia la mujer por reconocérsele al esposo defraudaría los fines del complemento («premiar la aportación demográfica al sistema de Seguridad Social») y reducir la discriminación histórica de la mujer como consecuencia del mayor papel atribuido en el trabajo de la crianza) y orilla «la inevitable perspectiva de género». Así lo confirmaría, al contrario, el artículo 60 de la LGSS, que lo reconoce a un solo progenitor (mujer o varón), según el mayor perjuicio profesional derivado del trabajo de crianza, si bien en el caso de las mujeres se presume, tratando de eludir la tacha comunitaria.

En el asunto ventilado por la citada [STSJ de Extremadura 733/2022, de 31 de octubre](#), se estimará parcialmente el recurso que, como en la demanda, interesaba la indemnización de 1.500 euros, aplicando por analogía las costas impuestas por el TS en los supuestos en que se han desestimado los recursos formulados por el Fondo de Garantía Salarial cuando la Sala de lo Social ha formado criterio en cuanto a la materia nuevamente cuestionada (por ejemplo, [STS 772/2020, de 16 de septiembre](#)). La sala extremeña razona que, siendo innegable la conducta discriminatoria del INSS, es de aplicación la doctrina jurisprudencial relativa a la aplicación automática de la indemnización de daños [ex artículo 183 de la LRJS](#), pues «no cabe duda de que el hecho de ver negado su derecho en aplicación de un criterio discriminatorio, obligando al asegurado a emprender acciones legales, produce por sí mismo un daño moral que debe ser reparado» (FJ 3.º).

Sin embargo, considera desproporcionada la cuantía por daño moral que resultaría de aplicar orientativamente, tal como se solicita en las demandas, el [artículo 40.1 c\) de la LISOS](#) en relación con su [artículo 8.12](#) (grado mínimo de la infracción muy grave: 7.250 €, hoy, tras la última actualización). En consecuencia, opta por fijar «prudencialmente una indemnización por tal concepto en cuantía de 300 euros».

4. Valoración de la doctrina más allá del caso: ¿crónicas anunciadas de próximos criterios de unificación que aumentan los costes del complemento?

4.1. ¿Unicidad versus dualidad del complemento de maternidad?: oportunidad de unificación perdida

No estando originariamente los hombres incluidos entre las personas titulares del complemento de maternidad por aportación demográfica, pareciera «natural» o lógico que la versión

originaria apostara claramente por una concepción unitaria de aquel: sea la mujer (versión originaria), sea el hombre (tras su corrección jurisprudencial para evitar la discriminación), pero una sola persona beneficiaria, por un mismo hecho, atribuido de forma no discriminatoria (ni solo por el sexo, ni por el trabajo de cuidar en sí, sino por un criterio objetivado y proporcionado –el eventual perjuicio mayor derivado de ese factor trabajo de crianza–). Así lo entiende el citado nuevo criterio técnico del INSS, en virtud del cual:

[...] podrá reconocerse el complemento por maternidad al hombre o [a] la mujer [...] [criterio de aplicación en los supuestos en los que una persona progenitora es pensionista de un régimen regulado en la LGSS y la otra lo es del régimen de clases pasivas] por lo que, en aquellos casos en los que el derecho ya haya sido ejercido por uno de los progenitores, se ha de denegar al segundo progenitor que lo solicite.

El radical conflicto entre la práctica de gestión del INSS y la política jurisdiccional del derecho al complemento de pensiones contributivas por aportación demográfica (no sería de aplicación al complemento de reducción de la brecha de género, por excluirlo el nuevo [art. 60 LGSS](#)) está servido. La doctrina judicial tiende a afirmar la concepción dual del complemento frente a la unitaria. El criterio de la sala cántabra aquí expuesto es reiterado. Un claro ejemplo es la precedente [STSJ de Cantabria 826/2021, de 3 de diciembre](#), en la que se siguen los siguientes criterios, todos ellos expansivos del reconocimiento del derecho y, por lo tanto, de sus costes duplicados:

- a) Descarta que exista litisconsorcio pasivo necesario, pues el complemento puede ser reconocido por separado a las dos personas progenitoras, sin incompatibilidad.

Este es el criterio más seguido en la doctrina judicial (por ejemplo, [STSJ de La Rioja 70/2022, de 11 de marzo](#), FJ 2.º, letra L). El criterio *a sensu contrario* también se esgrime, por cuanto, de un lado, la nueva [disposición transitoria trigésima tercera de la LGSS](#) no establece limitación a la percepción del antiguo complemento de maternidad por varias personas, y, de otro, el nuevo [artículo 60 de la LGSS](#) sí explicita la concepción unitaria. El distinto tratamiento jurídico que legalmente se otorga, antes, y después de la reforma, resulta constitucionalmente inobjetable, porque a través de cambios puede producirse un trato diferenciado entre situaciones iguales motivado por las distintas fechas en que se originaron ([Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1995, de 13 de febrero](#)). No cabría, pues, interpretar el viejo complemento respecto del nuevo, otorgándole una retroactividad (aquí desfavorable) que no tendría, tampoco a efectos positivos (por ejemplo, a la regla que exige solo 1 hijo/a, no 2 o más: [STSJ de Asturias 2294/2022, de 15 de noviembre](#); sí, pero con una interpretación errada, por la [STSJ de Cataluña 958/2021, de 17 de febrero](#), para las mujeres jubiladas anticipadas voluntarias).

- b) Aumenta al 10 % el porcentaje del complemento por el hijo/la hija muertos (consta que la mujer alumbró un feto muerto).

Este otro criterio de favor hacia el reconocimiento del complemento de maternidad –el nuevo [art. 60 LGSS](#) también explicita su exclusión– está, sin embargo, más discutido en la doctrina judicial. Lo veremos con algún detalle más en el subepígrafe siguiente.

En lo que concierne al criterio de la dualidad de personas beneficiarias, sí debemos recordar, críticamente, que el voto mayoritario (por la mínima) del TS haya negado al Ministerio Fiscal legitimación para que, por la vía del [artículo 219.3 de la LRJS](#), el Alto Tribunal pueda cumplir su función constitucional de fijar un criterio preciso y claro lo más rápidamente posible. La [STS 697/2022, de 26 de julio](#), que conoce del recurso contra la citada sentencia cántabra, aunque reconoce tener muchos asuntos pendientes en esta materia y que había una opción interpretativa razonable de la norma para acceder al recurso, decide realizar una interpretación formalista (FJ 4.º, punto 2), porque la deficiencia (una más) del Ministerio Fiscal en su trabajo de recurrir no debe ser suplida por el (más diligente) de la sala (faltaría más que la –saturada y en cuadros– Sala Social hiciera el trabajo al más desahogado Ministerio Fiscal). No piensa lo mismo el «masivo voto minoritario» (4 de 9 magistrados/as del Pleno), con razones mejores fundadas, a mi juicio. Así, considera que debió aceptarse el recurso, por la vía del tercer supuesto del [artículo 219.3 de la LRJS](#) (unificación de criterios interpretativos para normas con 5 o menos años en vigor en el momento de iniciarse la instancia, sin que se constaten decisiones de unificación suficientes y clarificadoras): «Porque lo que realmente se está discutiendo es [...] permitir a este tribunal desarrollar su función constitucional (arts. 123.1 y 152.1.II [Constitución española] CE) con prontitud, a fin de evitar tanto la excesiva litigiosidad cuanto la heterogeneidad interpretativa» (FJ 3.º).

Precisamente, como se esbozó en el epígrafe relativo al marco normativo, no es posible dar por cerrada una regulación, ni su interpretación, que mantiene abiertas tantas aristas interpretativas, pese a su derogación. Por lo tanto, en juego está no solo la eficacia del complemento en su diseño legal y compatible con el sistema jurídico, sino la propia eficacia de la función constitucional de la Sala IV del TS en este tema.

En todo caso, conviene precisar, como hace la [STSJ de Cantabria 749/2022, de 31 de octubre](#), que, para el complemento de reducción de la brecha de género, reconocerlo a la segunda persona progenitora implica la extinción del reconocido a la primera. Por lo tanto, debe darse audiencia a este (situaciones litisconsorciales en el ámbito judicial).

4.2. Cómputo de las personas descendientes nacidas muertas: ¿complemento o/y permiso por «duelo perinatal»?

Más discutido judicialmente, pero también mayoritario en suplicación, es el otro criterio referido (por ejemplo, SSTSJ de Cantabria [826/2021, de 3 de diciembre](#), y [495/2021, de 2](#)

de julio, entre otras): el cómputo para devengar el complemento por maternidad incluiría a la persona descendiente nacida muerta. Una vez más, el nuevo [artículo 60 de la LGSS](#), que amplía el ámbito aplicativo del complemento por reducción de la brecha de género para proteger situaciones de perjuicio profesional con solo 1 hijo/a, a diferencia del complemento por maternidad (2 al menos), sin embargo, marca la diferencia y deja claro que debe nacer con vida ([art. 60.3 a\) LGSS](#)). El criterio de favor es también acogido por la sala gallega (por ejemplo, [STSJ de Galicia 3876/2021, de 15 de octubre](#)).

A tal fin, aplica la perspectiva de género, que debe primar sobre una lectura civilista estricta de los artículos [29](#) y [30](#) del Código Civil, siendo, además, el criterio de favor a la protección el derivable, por analogía, del [Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo](#), para las prestaciones de nacimiento (reconocimiento a partir de una gestación de al menos 180 días). En última instancia, se dice, el agravio es «desde el momento del embarazo, con independencia de si llegaba a buen término» (FJ 3.º). En cambio, no se daría la misma circunstancia de ser un varón el que solicite el complemento por maternidad, entiende, pese a que, como es sabido, no es inusual el despido (perjuicio) incluso por el solo anuncio de embarazo, hasta de matrimonio ([STS 130/2022, de 9 de febrero](#)), aunque se proteja con la nulidad (eliminación de todo perjuicio económico).

Negativa es la posición de la [STSJ de Madrid 351/2019, de 10 de abril](#). En ella se excluye computar los hijos/as nacidos muertos a efectos del complemento por maternidad en pensiones contributivas, porque no sería conforme a su finalidad. Aun en un ámbito distinto, pero concurrente, este énfasis en la diversidad de fines (criterio teleológico), el voto mayoritario de la [STS 602/2022, de 5 de julio](#), rechaza reconocer la prestación de nacimiento al padre cuyo hijo ha nacido sin vida a las 39 semanas y 3 días de gestación, al frustrarse la finalidad de corresponsabilidad. La madre sí gozó de la propia íntegramente. En cambio, para el voto particular, tal doctrina tendría un efecto discriminatorio por razón de sexo para el varón ([art. 14 CE](#)), vulnerando también sus derechos de conciliación ([art. 39 CE](#)) y a la vida privada ex artículo 8 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#).

4.3. ¿Una nueva conquista del derecho a la indemnización automática por daño moral derivado de conductas discriminatorias?

Justamente, esta última observación del voto minoritario referido nos conduce directamente a otra de las cuestiones importantes aquí analizadas, el reconocimiento de una indemnización por daño moral a fin de reprobar más severamente a la entidad gestora su contumacia a la hora de rechazar el complemento por maternidad al varón, al menos antes del cambio de criterio técnico reseñado. Al respecto, si bien está claro que en la demanda cabría, y debería, plantearse tanto la imposición de las costas a causa de un recurso por temeridad de la entidad gestora, así como la reclamación de los daños materiales que puedan derivarse del litigio (si bien el lucro cesante estaría compensado por la doctrina de la

retroactividad máxima –desde el hecho causante de la pensión de base o inicial–, lo que no sucedía cuando se aplicaba el [art. 53 LGSS](#)), aquí el problema mayor queda centrado en la pretensión de reparación–disuasión frente al daño moral ex [artículo 183 de la LRJS](#). Sobre eso, bien conocido es, y por tanto no merece mayor comentario, que la doctrina jurisprudencial ha evolucionado hacia el reconocimiento, aunque de forma errática y lenta, de la automaticidad de la indemnización por daño moral derivado de toda violación de un derecho fundamental (por ejemplo, [SSTS 214/2022, de 9 de marzo](#), y [356/2022, de 20 de abril](#), entre otras incluso más recientes).

En consecuencia, siendo doctrina jurisprudencial consolidada (y al margen de lo que decida en su día el TJUE, ante la cuestión prejudicial planteada, como comentamos) que procede la indemnización, bastando con la constatación de la violación del derecho fundamental, sin mayor concreción de parámetros objetivos, «de difícil cumplimiento en atención a la propia naturaleza de los daños morales reclamados», no es reprochable que la doctrina de suplicación social la aplique en este ámbito –lo reprochable es que se diera un criterio de gestión tan recalitrante por la entidad gestora–. La comentada [STSJ de Extremadura 733/2022, de 31 de octubre](#), remite estrictamente al precedente que ofrece la [STSJ de Andalucía/Sevilla 284/2022, de 2 de febrero](#). Lo que es criticable, a mi entender, es que se vuelva al criterio del «mazo», de modo que se establezca una indemnización solo amparada en el incierto e inquietante «criterio del libre arbitrio prudencial» del tribunal, que, en este caso, lo ha rebajado notablemente respecto del más normalizado, el nivel mínimo de la sanción administrativa en tales casos (de 7.250 a 300 €).

4.4. La lenta emersión de criterios jurisprudenciales restrictivos, pero dudosos, en un escenario de nuevos cambios del artículo 60 de la LGSS

Cierto, emerge, pues, un criterio jurisdiccional restrictivo, que favorece los intereses de viabilidad financiera del sistema (la multiplicación por miles de situaciones análogas de una indemnización que supere los 6 dígitos, en vez de los 3 establecidos, podría tener un efecto muy distorsionador), pero lo hace en virtud de pautas jurídicas muy dudosas, en cualquier caso de extremada incertidumbre e inseguridad jurídica, al no contar con un parámetro objetivado de valoración del daño ni del efecto disuasorio ex [artículo 183 de la LRJS](#). Pero no es el único. Sobre una hermenéutica de estricta literalidad, el voto mayoritario de la [STS 794/2022, de 4 de octubre](#), ha negado el acceso al complemento de maternidad a una mujer (3 hijos) beneficiaria de la pensión de incapacidad permanente total en el año 2015 y un grado distinto de dicha pensión (absoluta) en otra fecha posterior (19 de febrero de 2018). Posteriormente, en vía judicial, se declaró que la revisión del grado ex [artículo 200.2 de la LGSS](#) debía ser el de gran invalidez.

El INSS rechazó reconocer el complemento, porque, si bien el grado de la pensión es diferente y posterior a la entrada en vigor del artículo 60 de la LGSS, en su versión originaria,

la pensión sería la misma, sin que el grado cree una pensión diferente y autónoma. Una lectura –discutida y discutible– que asume la jurisprudencia unificada (por ejemplo, SSTs de [22 de octubre de 2015, rec. 1529/2014](#), y [25 de octubre de 2016, rec. 2300/2015](#)). Una vez más, lo discutido y discutible de esta cuestión queda ilustrado por el voto particular, bien fundado, quien considera que:

[...] yerra [el voto mayoritario de la Sala IV] al estimar que el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente absoluta [...], así como [...] de la situación de gran invalidez [...] no tienen autonomía propia, y que ha de estarse al hecho causante de la prestación de incapacidad permanente total, anterior a la vigencia de la Ley 48/2015.

Con el mismo debido respeto que expresa el voto, yo pienso igual, que yerra el mayoritario.

En breves fechas viviremos, sin duda, nuevos capítulos jurisprudenciales de esta tan errada como errática figura, que empezó mal y ha terminado (en realidad sigue «*post mortem*») mucho peor. Al respecto, y sin perjuicio de las críticas que se hacen al nuevo complemento por reducción de la brecha de género, considerado mero legatario del viejo, lo que estimo incorrecto, lo cierto es que el desafío de corregir la brecha de género en pensiones sigue. Y en la nueva reforma proyectada, el artículo 60 de la LGSS conocerá cambios relevantes. Estaremos atentos.