

En busca de algo de orden: una solución indemnizatoria categórica para el «varón doblemente discriminado»

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 977/2023,**
de 15 de noviembre

Margarita Miñarro Yanini

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat Jaume I (Castelló, España)*

*Directora de la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF
myanini@dtr.uji.es | <https://orcid.org/0000-0001-8411-3595>*

Extracto

El presente comentario jurisprudencial examina la Sentencia del Tribunal Supremo 977/2023, de 15 de noviembre. Esta establece una indemnización fija de 1.800 euros para los varones a los que, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, el Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó el complemento de aportación demográfica, por lo que debieron acudir a un proceso judicial para hacerlo efectivo.

Palabras clave: acción positiva; brecha de pensiones; discriminación; Seguridad Social; maternidad; indemnización; varón.

Recibido: 19-02-2024 / Aceptado: 19-02-2024 / Publicado (en avance *online*): 22-02-2024

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2024). En busca de algo de orden: una solución indemnizatoria categórica para el «varón doblemente discriminado». Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 977/2023, de 15 de noviembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21413>

In search of some order: a categorical compensation solution for the "doubly discriminated male"

Commentary on Supreme Court Ruling 977/2023, 15 November

Margarita Miñarro Yanini

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat Jaume I (Castelló, España)*

*Directora de la [Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF](#)
myanini@dtr.uji.es | <https://orcid.org/0000-0001-8411-3595>*

Abstract

This commentary examines the Supreme Court ruling 977/2023 of 15 November. This establishes a fixed compensation of 1,800 euros for men who, after the ruling of the Court of Justice of the European Union of December 12, 2019, the National Social Security Institute denied the demographic contribution supplement, so they had to go through a judicial process to make it effective.

Keywords: positive action; differences in pensions; discrimination; social security; motherhood; compensation; male.

Received: 19-02-2024 / Accepted: 19-02-2024 / Published (online preview): 22-02-2024

Citation: Miñarro Yanini, M. (2024). In search of some order: a categorical compensation solution for the "doubly discriminated male". Commentary on Supreme Court Ruling 977/2023, 15 November. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21413>

1. Breve referencia al marco jurídico y a las vicisitudes judiciales

Es una realidad que requiere poco comentario, dado que es suficientemente expresiva en sí misma, que la brecha de género en pensiones determina que las mujeres accedan a menos pensiones contributivas (40%), a más no contributivas (70%) y que el monto de sus ingresos en pensiones sea en torno a un 23% inferior al de los hombres, como recientemente reflejaba un [artículo en las páginas del boletín de esta revista](#). No resulta muy complicado dar con las causas de esta evidente diferencia peyorativa padecida por las mujeres, que es consecuencia de la conjunción entre una más corta e interrumpida carrera contributiva, a resultas de la asunción de las tareas de cuidado familiar, y la persistente brecha retributiva que soportan las mujeres, como también señalaba otro [artículo publicado en la revista](#).

Una de las posibles vías para paliar esta diferencia son las acciones positivas, admitidas como vía adecuada a tal efecto desde la [Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio](#). Estas consisten, básicamente, en línea con la función de los poderes públicos de «promover las condiciones para que [...] la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», en el establecimiento de medidas compensatorias que tratan de corregir la desigualdad.

En esa línea, el [artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#) incluyó un «complemento por contribución demográfica» que con tal configuración inicial estuvo vigente del 2 de enero de 2016 al 3 de febrero de 2021, con objeto de compensar a las madres de al menos 2 hijos por las interrupciones que la maternidad pudiera haberles causado en sus carreras profesionales. Básicamente, el complemento consistía en un porcentaje del 5, 10 o 15% de la pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, según hubiera tenido 2, 3, 4 o más hijos, respectivamente.

En la [sentencia comentada](#) tiene particular relevancia la indemnización prevista en el [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social \(LRJS\)](#), que se genera «cuando la sentencia declare la existencia de vulneración [...] a la parte demandante por haber sufrido discriminación», que ha de estar «en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados».

Asimismo, también cobra importancia el [artículo 235 de la LRJS](#), que indica que la sentencia ha de imponer las costas del recurso a la parte vencida, «excepto cuando goce del

beneficio de justicia gratuita», alcanzando estas los honorarios del abogado o graduado social de la parte contraria, sin que pueda imponerse por tal concepto 1.200 euros en suplicación y 1.800 euros en casación.

Por lo que respecta a la parte procesal, la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(STJUE\) de 12 de diciembre de 2019 \(asunto C-450/18\)](#) dio respuesta a la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social n.º3 de Girona, en la que este planteaba si el «complemento por contribución demográfica», establecido en el artículo 60.1 de la LGSS, resultaba o no discriminatorio para los hombres, a tenor de la [Directiva 79/7/CEE](#). El tribunal europeo resolvió en sentido afirmativo, declarando contrario a la [Directiva 79/7](#), por tanto, discriminatorio para los hombres, el complemento cuestionado. Este pronunciamiento determinó que numerosos varones que se sentían discriminados por el artículo 60.1 de la LGSS solicitaran al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) el pago del complemento en cuestión. No obstante, la entidad gestora continuó resistiéndose a reconocer tal complemento a los hombres, estableciendo en el [Criterio de gestión 1/2020](#) que:

El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el artículo 60 del 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 como se viene haciendo hasta la fecha.

Se excepcionaba de esta negativa los casos en los que la obligación de pago del complemento se declaraba por sentencia judicial. Por consiguiente, ello obligaba a acudir a la vía judicial a los varones que, sintiéndose discriminados por el artículo 60.1 de la LGSS, querían percibir el complemento.

La aplicación de este criterio determinó que se planteara una nueva cuestión prejudicial por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la que planteaba tres cuestiones prejudiciales, a saber: 1) Si la negativa sistemática del complemento a los hombres y la consiguiente necesidad de que activen la vía judicial para su percibo constituye, de acuerdo con la [Directiva 79/7](#), una discriminación por razón de sexo en sí misma considerada. 2) Si la respuesta fuera afirmativa, si la fecha de efectos del reconocimiento debe ser la de la solicitud (con retracción de 3 meses), la del hecho causante de la prestación o la de publicación de la [STJUE de 12 de diciembre de 2019](#). 3) Si procede una indemnización por daños y perjuicios y con eficacia disuasoria y si el importe de las costas judiciales y honorarios de letrado derivados de sus actuaciones procesales deben incluirse como indemnización. Estas fueron resueltas por la [STJUE de 14 de septiembre de 2023 \(asunto C-113/22\)](#), que, además de establecer la retroactividad del complemento, consideró que obligar al varón a acudir a la vía judicial para percibirlo constituye otra discriminación distinta y que el órgano judicial debe establecer una reparación pecuniaria adecuada que permita compensar íntegramente los perjuicios causados –con referencia directa al [art. 183 LRJS](#)–, que debe incluir costas y honorarios de letrado.

Estos pronunciamientos, lógicamente, han tenido eco en los órganos judiciales nacionales, siendo numerosas las sentencias dictadas siguiendo su estela o resolviendo las múltiples cuestiones planteadas por los mismos. Una de estas es la [Sentencia del Tribunal Supremo \(STS\) de 15 de noviembre de 2023](#), examinada en este «diálogo».

2. Síntesis del supuesto de hecho

La [STS de 15 de noviembre de 2023](#) resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina planteado frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Castilla y León/Valladolid, de 24 de octubre de 2022 (rec. 455/2022). Los hechos esenciales de los que trae causa esta sentencia son los siguientes:

1. El actor, padre de 2 hijos nacidos en 1975 y 1983, es beneficiario de una pensión de jubilación desde el 12 de febrero de 2018. En fecha 2 de marzo de 2021 solicitó al INSS el complemento del artículo 60 de la LGSS, siéndole denegado por Resolución de 4 de marzo de 2021. Frente a esta, presentó reclamación administrativa previa, que fue desestimada por Resolución de 23 de marzo de 2021.
2. Interpuesta demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 3 de León, fue estimada parcialmente mediante Sentencia de 21 de diciembre de 2021. En esta se reconocía al actor el derecho a percibir el complemento, con fecha de efectos de 2 de diciembre de 2020, absolviendo al INSS y a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) del resto de reclamaciones.
3. Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid de 24 de octubre de 2022 (rec. 455/2022) estima parcialmente el recurso para modificar la sentencia recurrida en el sentido de incluir la indemnización por vulneración del derecho fundamental a la no discriminación del actor y condenar a la entidad demandada al abono de una indemnización complementaria de 600 euros. Especifica, asimismo, que la fecha de efectos del percibo del complemento es la de efectos económicos de la prestación de jubilación a la que acompaña, condenando a las demandadas al pago de los atrasos devengados desde esa fecha, junto con los incrementos, actualizaciones y mejoras que correspondan.
4. Frente a la sentencia dictada en suplicación, el INSS y la TGSS plantearon recurso de casación para la unificación de doctrina, presentando como sentencia de contraste la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de mayo de 2022 (rec. 3309/2021). Esta, en relación con un supuesto sustancialmente igual, desestimó la solicitud de indemnización al INSS por daños morales y por perjuicios, al considerar que no le correspondía a esta entidad adoptar la normativa y, en todo caso, dicha falta de adaptación generaría responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo canalizarse mediante una reclamación por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, de la que es competencia el orden contencioso-administrativo.

3. Aspectos clave de la posición del tribunal

El TS, en la [sentencia analizada](#), aprecia la existencia de contradicción de la sentencia recurrida con la de contraste, por lo que se pronuncia sobre la cuestión controvertida planteada por la recurrente. Esta es, básicamente, la de determinar si procede el abono de una indemnización por daños y perjuicios en favor del varón que, por habersele denegado el complemento por contribución demográfica por parte del INSS con posterioridad a la [STJUE de 12 de diciembre de 2019](#), debió acudir a la vía judicial para su reconocimiento y correspondiente percibo.

Lo cierto es, como apunta la [sentencia analizada](#) –y en el mismo sentido, en la posterior [STS 1149/2023, de 12 de diciembre](#)–, que el TJUE ya ha respondido a esa cuestión en su [Sentencia de 14 de septiembre de 2023](#), uno de sus múltiples pronunciamientos sobre este complemento, por lo que en este punto se limita a sintetizar lo que esta señaló. Indica, en este sentido, que:

[...] el órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda presentada frente a esa resolución denegatoria, debe ordenar a dicha autoridad no solo que conceda al interesado el complemento de pensión solicitado, sino también que le abone una indemnización que le permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial.

Asimismo, añade como conclusión que:

[...] en aquellos supuestos en los que un varón solicitó el complemento de maternidad regulado en el artículo 60 LGSS, en su versión anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, y le fue denegado por el INSS con posterioridad a la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18), teniendo que acudir a los órganos judiciales para su obtención, el solicitante tiene derecho a que el órgano judicial le reconozca, además del complemento prestacional con efectos desde el nacimiento de la prestación correspondiente, una indemnización que cubra el perjuicio sufrido por el daño que el proceder de la entidad gestora le ha provocado, y ello sin necesidad de acreditar las bases o presupuestos del mismo.

Entiende, por lo tanto, que en este punto es correcta la doctrina reflejada en la sentencia recurrida y no así la aplicada por la de contraste.

Aunque la respuesta expuesta da solución a la cuestión controvertida que se plantea en el recurso, el TS resuelve sobre otro aspecto conexo: la cuantía de la indemnización, que, dado que ya había sido resuelta por el Tribunal de Luxemburgo, se considera que constituye el punto de mayor interés de la sentencia comentada. Se cuida de apuntar el tribunal, como argumento de base, la conexión de la solución indemnizatoria que establece con las pautas fijadas en la [STJUE de 14 de septiembre de 2023](#), a fin de evitar otros desencuentros a cuenta del complemento.

En primer lugar, justifica la necesidad de resolver esta cuestión al señalar que:

Entiende la sala que, en su labor unificadora y conformadora de la jurisprudencia, debe pronunciarse también sobre la cuantificación de la referida indemnización de suerte que permita a los distintos órganos judiciales del orden social operar al respecto con homogeneidad, aportando seguridad jurídica y evitando la multiplicación de los litigios sobre la cuestión.

Seguidamente, trata de justificar la fijación de una cuantía homogénea, indicando que:

Toda vez que la actuación del INSS que genera ese perjuicio es una y la misma para todos los afectados, lo razonable es fijar igualmente idéntica cuantía indemnizatoria para todos ellos, sin dar lugar a agravios comparativos derivados de posibles soluciones dispares que pudieran generar una desigualdad difícilmente justificable. Y puesto que la finalidad de la indemnización es la de compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, resulta objetivamente irrazonable considerar que en ese ámbito puedan presentarse diferencias relevantes en la valoración de estos perjuicios.

Delimita, a continuación, el objeto de la indemnización, subrayando

[...] que los perjuicios económicos directos han sido compensados en la medida en que el reconocimiento del derecho se hace, de conformidad con nuestra jurisprudencia, con efectos *ex nunc*, de suerte que el complemento se reconoce con efectos de la propia prestación a la que se adhiere. El daño a compensar, por tanto, es el de la denegación del derecho por parte del INSS cuando el mismo ha sido reconocido por el TJUE que ha considerado discriminatoria la regulación legal y contraria a la normativa comunitaria, lo que ha obligado a los solicitantes a tener que acudir a los tribunales para el reconocimiento de su derecho, de ahí que la referida sentencia del TJUE se detenga en precisar que los gastos unidos ineludiblemente a la necesidad de acudir a los tribunales deben ser contemplados.

Igualmente resulta conveniente recordar que no estamos en presencia de una prestación, sino de un complemento de la prestación previamente reconocida, complemento de cuantía sensiblemente inferior a la principal, por lo que el daño patrimonial en la demora del percibo al que se tiene derecho es cuantitativamente menor y sensiblemente distinta, por menos gravosa, de la que resultaría de la denegación de las derivadas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, a las que hacía referencia el artículo 60 LGSS en la versión vigente al tiempo de los hechos que aquí se examinan.

Realizadas estas consideraciones y delimitado y justificado el objeto del pronunciamiento, el tribunal entiende que

[...] la cantidad adecuada en orden a la compensación de los daños derivados de la discriminación adicional derivada de la denegación del denominado complemento de maternidad a los varones por parte del INSS cuando ya había sido establecido por el TJUE el carácter discriminatorio y contrario al derecho de la Unión de la regulación que reservaba exclusivamente dicho complemento a las mujeres, debe ser fijada en la cantidad de 1.800 euros. Dicha cuantía se estima que es la que mejor se adecúa a la exigencia de reparación del daño sufrido en los términos que derivan de la reiterada STJUE de 14 de septiembre de 2023 y de la normativa interna y doctrina jurisprudencial sobre la materia, debiendo, por tanto, ser aplicada por los órganos judiciales, en todos aquellos supuestos en los que exista controversia sobre la cuantía de la referida indemnización y teniendo presente –como ocurre en el presente caso– la solicitud de la parte demandante de la aludida indemnización.

A fin de clarificar en mayor medida el alcance de la fijación de esta cuantía de la indemnización y cerrar la puerta a nuevas reclamaciones vinculadas a esta cuestión, el tribunal indica que:

Conviene advertir, asimismo, que consideramos que esa cantidad permite una reparación integral del perjuicio sufrido. La eventual zozobra moral o las molestias materiales derivadas de ese acudimiento a los órganos de la jurisdicción social quedan englobadas en tal reparación a tanto alzado. Y lo mismo cabe advertir respecto de si se ha presentado la demanda con asistencia de profesionales (de abogacía o colegiados como graduados sociales). Seguimos, de conformidad con lo apuntado por la repetida STJUE de 14 de septiembre de 2023, las pautas habituales de nuestro ordenamiento. Como se sabe, esta sala no viene estableciendo el importe de la condena en costas a la vista de la mayor o menor profundidad de la actuación procesal desempeñada por la parte recurrida sino de su existencia o inexistencia (personación, impugnación). Analógicamente, entendemos que esta compensación procede siempre que haya sido menester que el varón discriminado por una resolución del INSS posterior a la STJUE de 19 de diciembre de 2019 haya precisado del acudimiento a la jurisdicción social para conseguir el abono del complemento en cuestión.

La solución dada, con todo, no puede aplicarse al supuesto debatido en la [sentencia comentada](#), pues en ella se fijó un importe indemnizatorio de 600 euros que no ha sido rebatido ni por la recurrente (INSS), que solo cuestiona la imposición de la indemnización, ni por el pensionista, que no ha recurrido la sentencia.

4. Valoración crítica

La [STS de 15 de noviembre de 2023](#), examinada, trata de poner algo de orden en las muy revueltas aguas del complemento de aportación demográfica, que años después de su reforma sigue siendo objeto de una actividad intensa procesal. No solo lo hace estableciendo una solución a la cuestión controvertida, sino también, principalmente, añadiendo una pauta general, de amplio alcance, mediante la que solventa la cuantificación de la indemnización por daños y el gasto derivado de la asistencia jurídica a través del establecimiento de una cuantía fija. Trata con ello de contener las muy numerosas reclamaciones, y consecuente intensa actividad procesal, generadas por las circunstancias vinculadas a dicho complemento.

Realmente, en el momento en que este entró en vigor era imposible prever que pudiera terminar siendo un complemento «unisex» y desatar tan prolija litigiosidad, administrativa y judicial. Con todo, no era complicado advertir problemas en su configuración, evidenciados en su propia denominación, pues es poco discutible que la «contribución demográfica» que supone tener hijos es reconocible a ambos progenitores.

Desde luego, resulta absolutamente incomprensible la posición mantenida por el INSS, plasmada en su [Criterio de gestión 1/2020](#), en atención a los previsibles efectos negativos que traería su «postura rebelde», que posteriormente han sido confirmados, y que está saliendo muy cara a España.

Por lo que respecta a la actuación judicial, parecen tener pocos conocimientos de algo tan básico como es la brecha de género en pensiones, su efecto y la necesidad de corregirla, también por vía de la interpretación y aplicación judicial de la ley, algunos de los órganos judiciales que se dirigieron al TJUE para que se pronunciara sobre el complemento. Lo más sorprendente, claro, fueron las sentencias dictadas por el Tribunal de Luxemburgo, tanto que solo pueden explicarse desde su ignorancia de la perspectiva de género, fundada en una realidad que parece quedarles muy lejana, pero que incuestionablemente existe, de forma constatada y constatable. Baste comprobar algunos datos objetivos –que los hay–, como son las interrupciones en las cotizaciones, las pensiones de menor cuantía, la notable preponderancia en el reconocimiento de complementos a mínimos, así como la de pensiones asistenciales, circunstancias que afectan en mucha mayor medida a las mujeres y que trae causa en la maternidad y su labor de cuidados, más allá del hecho biológico en sí. Por el contrario, no existe ni un solo dato objetivo o indicio que apunte a una posición de desventaja de los hombres en materia de pensiones y que eventualmente pudiera justificar el establecimiento de medidas compensadoras.

El problema es que, pese a que los artículos [157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) y [23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) admiten que, con fin reequilibrador, se establezcan «ventajas concretas» para uno de los sexos, el TJUE no percibe las acciones positivas como equilibradoras de una diferencia subyacente, sino como medidas discriminatorias para los sujetos distintos de aquel que resulta protegido por las mismas. Por ello, lo que hace en estas sentencias es neutralizar el efecto positivo buscado y, con ello, preservar, sino agudizar, la diferencia de base. Se trata de un problema interpretativo mayúsculo e incomprensible, que además va más allá de la situación concreta creada respecto del complemento por la contribución demográfica. Así, resulta preocupante en una dimensión de futuro, puesto que ya hay planteadas varias cuestiones prejudiciales en relación con el nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género ex [artículo 60 de la LGSS](#), que constituye igualmente una acción positiva que, de ser enjuiciada desde la perspectiva ahora aplicada por el TJUE, correrá la misma suerte.

En fin, por lo que respecta a la [sentencia examinada](#), ha de reconocérsele al TS el valor de tratar de buscar poner un poco de orden en la caótica situación creada respecto del complemento por aportación demográfica, estableciendo una indemnización fija de 1.800 euros, para aplicar con carácter general, siempre que haya sido preciso recabar la actuación procesal para el reconocimiento del complemento a un varón. Es cierto que ello implica dejar de lado el cálculo particularizado en atención a las circunstancias del supuesto que naturalmente tiene esta indemnización. No obstante, resulta claro que la sala, atendiendo al monumental embrollo que se ha producido en este tema, opta por priorizar una solución simplificada y una verdadera economía procesal que zanje la intensa litigación relativa a este complemento.