

Proceso de tutela de derechos fundamentales y acción procesal de condena al abono de prestaciones de Seguridad Social (del complemento de maternidad solicitado por un varón).

María Emilia Casas Baamonde

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

Resumen: *La STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/2018, declaró que el artículo 60.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que completaba las pensiones contributivas de las mujeres con un complemento por su maternidad, denominado por “su aportación demográfica a la Seguridad Social”, discriminaba directamente a los hombres, a lo que se oponía el Derecho de la Unión Europea. La sentencia de la Sala de lo Social Tribunal Supremo determina que el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas es modalidad procesal adecuada al ejercicio por un pensionista varón de sus pretensiones de cese de la conducta discriminatoria y de condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social al abono del complemento de maternidad.*

Palabras clave: *Proceso de tutela de derechos fundamentales. Reclamaciones de prestaciones de Seguridad Social. Entidades gestoras de la Seguridad Social. Complemento de aportación demográfica. Varones. Discriminación por sexo.*

Abstract: *The STJUE of December 12, 2019, WA c. National Social Security Institute, C-450/2018, declared that article 60.1 of the General Social Security Law, which supplemented women's contributory pensions with a supplement for their maternity, referred to as "their demographic contribution to social security", discriminated directly to men, which was opposed by European Union law. The judgment of the Social Division of the Supreme Court determines that the special procedure for the protection of fundamental rights and public freedoms is a procedural procedure appropriate to the exercise by a male pensioner of his claims for cessation of discriminatory conduct and condemns the National Social Security Institute to pay the maternity allowance.*

Keywords: *Fundamental rights protection process. Process claims for Social Security benefits. Social Security management agencies. Demographic contribution complement. Men. Discrimination by sex.*

I. Introducción

La sentencia establece una nueva consecuencia, de orden procesal, de la declaración por la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18^[1], de la oposición del Derecho de la Unión Europea, en concreto, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, al art.

60.1 de la Ley General de Seguridad Social – procedente de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales del Estado para el año 2016, que incorporó un nuevo artículo 50 bis al texto refundido de la LGSS de 1994, el art. 60 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en vigor desde 2 de enero de 2016, si bien el complemento por maternidad del art. 60 se aplicó a las pensiones contributivas causadas a partir de 1 de enero de 2016 (disp. final única LGSS)-, que reconocía el derecho a un complemento de pensión a las mujeres beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente con al menos dos hijos biológicos o adoptados, sin reconocérselo a los hombres en una situación idéntica; complemento con naturaleza jurídica de pensión pública contributiva a todos los efectos. La norma legal española producía una discriminación directa por razón de sexo masculino, contraria al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, que prohíbe toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, en lo relativo al cálculo de las prestaciones.

Para aplicar la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18, el art. 60 LGSS fue modificado por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, bajo el título “Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, causada en el importe de las pensiones de las mujeres por los perjuicios causados en sus carreras de cotización por el nacimiento y cuidado de hijos. La modificación legislativa reiteró el recurso a la configuración de una acción positiva en beneficio de las mujeres, para reducir la brecha de género y lograr la igualdad efectiva con los hombres, pero reconoció también el derecho al complemento, de igual naturaleza de pensión contributiva, a los hombres en determinados casos (causar pensión de viudedad) o cumpliendo ciertos requisitos en las pensiones contributivas de jubilación o incapacidad permanente; así, además de determinadas exigencias de cotización, si acreditan un perjuicio en sus carreras de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo o hija por la asunción de las tareas de cuidados, percibiendo el complemento la mujer si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, o si, acreditándolo ambos, la suma de las pensiones reconocidas a la mujer es inferior a la suma de las pensiones que corresponda al otro progenitor [art. 60.1. b) LGSS]. Entró en vigor la nueva regulación legal, replicada en la disp. adicional 18ª del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado -y la transitoria sobre el mantenimiento del complemento por maternidad de la disp. transitoria 33ª LGSS por la disp. transitoria 14ª del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado-, el día siguiente a la fecha de su publicación oficial, lo que tuvo lugar el 4 de febrero de 2021.

En el caso de la sentencia comentada, en que estaba en vigor la regulación legal de complemento de maternidad o “por aportación demográfica” y se había dictado la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18, el varón solicitó pensión de jubilación, que le fue reconocida, y el complemento por aportación demográfica, que le fue denegado, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. La sentencia determina que la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales es adecuada para el ejercicio de la pretensión de condena al INSS al abono del complemento de maternidad a un varón.

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. 540/2023, de 19 de julio.

Tipo y número recurso: RCUUD núm. 3106/2022.

ECLI:ES:TS:2023:3405

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El “dilema” suscitado en el recurso de casación unificadora de doctrina, que resuelve la sentencia comentada, es si al reclamar el complemento de maternidad un pensionista varón con dos hijos, con base en el artículo 60.1 LGSS en la redacción vigente durante el año 2020, tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019, C- 450/18 y antes de la modificación legislativa del RDL 3/2021, la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales (art. 177 LRJS) es adecuada para ejercitar la pretensión de condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social o si ha de acudir al procedimiento en materia de Seguridad Social (artículo 140 LRJS).

Hechos

Los hechos, según los probados de la sentencia 316/2021 del Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid, de 21 de octubre de 2021^[2], son los siguientes:

1º) en fecha 20 de diciembre de 2020 el demandante solicitó pensión de jubilación, que le fue reconocida con efectos de 14/09/2018 -“con base reguladora de 1314,46 euros y porcentaje del 94,68% (hechos no controvertidos)”-;

2º) la cónyuge del demandante tiene también reconocida pensión de jubilación con efectos de 1/11/2020 -“con base reguladora de 1404,56 euros, porcentaje de 85,37%”- y complemento de maternidad de 120,99 euros (hechos no controvertidos)”;

3º) el demandante solicitó el complemento de maternidad, que le fue denegado por resolución del INSS. Interpuesta la reclamación administrativa previa el 15 de diciembre de 2020, fue desestimada por resolución del INSS de 20 de enero de 2021;

4º) el demandante tiene dos hijos.

El 26 de abril de 2021 el actor presentó demanda en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales frente al INSS y TGSS, en la que solicitaba se le reconociera el complemento de maternidad en la pensión de jubilación.

Antecedentes

La sentencia de instancia desestimó la demanda del actor de tutela de derechos fundamentales por la discriminación padecida por no haberle sido reconocido el complemento de pensión del art. 60.1 de la LGSS por su condición de hombre sin entrar a conocer el fondo del asunto, al estimar la excepción procesal de inadecuación de procedimiento. La sentencia consideró que la acción es una reclamación en materia de Seguridad Social no subsumible en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, conforme a los arts. 26.6 y 140.1 LRJS, y no reconducible a ese proceso especial por ser de cognición limitada. No hubo, por lo demás, actuación discriminatoria del INSS, que se limitó a aplicar la norma legal considerada discriminatoria, por lo que el INSS no podía ser condenado por vulnerar derecho fundamental alguno del actor.

La sentencia 371/2022 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 22 de abril de 2022^[3], estimó el recurso de suplicación del actor y, acogiendo su *petitum* subsidiario, anuló la sentencia de instancia y retrotrajo las actuaciones para que el Juzgado de lo Social resolviese sobre el fondo del asunto, desestimando la excepción de inadecuación de procedimiento. La demanda fue correctamente formalizada través de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales al alegar el demandante la vulneración por el INSS de su derecho fundamental a la no discriminación por sexo, con infracción del art. 14 CE (177 LRJS). Pudo haber optado el demandante por ejercitar su acción a través del proceso de Seguridad Social y alegar en ese proceso la vulneración de su derecho fundamental (art. 26.6 y 140.1 LRJS). La modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, pese a ser de cognición limitada (art. 178.1 LRJS), no impide, una vez constatada la vulneración del derecho fundamental, analizar las cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas.

Diferente hubiera sido que la vulneración del derecho fundamental aducido no tuviera fundamento y el actor hubiera optado por la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, en cuyo caso no sería posible examinar las cuestiones de legalidad ordinaria.

El INSS y la TGSS formularon recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando como contradictoria la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 80/2022, de 2 de febrero de 2022^[4], y la infracción de los arts. 178, 26.6 y 102 LRJS. El pensionista recurrido no formalizó oposición al recurso.

IV. Posición de las partes

El demandante solicitó que se le reconociera el complemento de maternidad en la pensión de jubilación a razón del 10% de la misma y efectos desde la resolución de la pensión, o, subsidiariamente, desde los tres meses antes de la fecha de presentación de la solicitud al INSS (art. 53.1 LGSS), condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración, con abono de atrasos e intereses desde tal fecha y con todo cuanto más proceda en Derecho. Pidió, en consecuencia, la condena al INSS al pago de la prestación demandada. Además, suplicó se declarase la discriminación padecida y la condena al INSS a su cese inmediato.

En el recurso de suplicación el recurrente denunció la infracción por la sentencia de instancia de los preceptos y doctrina judicial que cita. Fundamentó el ejercicio de la acción de tutela de derechos fundamentales en la discriminación legal por razón de sexo de los hombres pensionistas en situación comparable a la de las madres trabajadoras, derivada del no reconocimiento del complemento de pensión por el art. 60.1 LGSS de acuerdo con la interpretación del TJUE, vinculante para los órganos jurisdiccionales nacionales. Coherentemente con esa fundamentación, solicitó la declaración de la vulneración de su derecho fundamental a no ser discriminado, debiendo el INSS dictar nueva resolución reconociendo su derecho al cobro del complemento, conforme al art. 182 LRJS. Subsidiariamente pidió la declaración de nulidad de la sentencia de instancia, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior, a fin de que se dictase otra en la que, salvando la excepción, se resolviese el fondo de la cuestión litigiosa dando respuesta a todas las cuestiones planteadas (FFDD 5º y 11º de la sentencia de suplicación recurrida).

El INSS impugnó el recurso, defendiendo que la pretensión del actor no tenía encaje en el proceso de tutela de derechos fundamentales del art. 177 y siguientes LRJS, sino en una reclamación en materia de Seguridad Social en la que se podía examinar la procedencia o no de la resolución impugnada y la vulneración derechos fundamentales alegada por el actor, en concreto la discriminación “por razón de género”, elemento decisorio para determinar la validez de la misma, de acuerdo a lo previsto en el art. 26.6 LRJS (FD 6º de la sentencia de suplicación recurrida).

V. Normativa aplicable al caso

1. Ley General de la Seguridad Social

“Artículo 60. Complemento de maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social”, redacción vigente desde 2 de enero de 2016 hasta 3 de febrero de 2021

“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:

- a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.
- b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento.
- c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.

A efectos de determinar el derecho al complemento así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente”.

[...]

2. *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*

“Artículo 26. Supuestos especiales de acumulación de acciones

[...]

6. "No serán acumulables entre sí las reclamaciones en materia de Seguridad Social, salvo cuando tengan la misma causa de pedir y salvo la posibilidad de alegar la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el apartado 1 del artículo 140”.

[...]

“Artículo 140. Tramitación. Impugnación de altas médicas

1. En las demandas formuladas en materia de prestaciones de Seguridad Social contra organismos gestores y entidades colaboradoras en la gestión se acreditará haber agotado la vía administrativa correspondiente, incluidas aquellas en las que se haya acumulado la alegación de la lesión de un derecho fundamental o libertad pública y salvo que se opte por ejercitar exclusivamente esta última mediante la modalidad procesal de tutela”.

[...]

“Artículo 178. No acumulación con acciones de otra naturaleza

1. El objeto del presente proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad”

[...]

“Artículo 184. Demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 178, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva”.

VI. Doctrina básica

1. Sobre el marco jurídico aplicable

La sentencia destina su FD 2º al “examen del marco jurídico aplicable”. Destacan sus precisiones sobre los efectos temporales del fallo de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18, y de la reforma del art. 60 LGSS por el RDL 3/2021, de 2 de febrero, y sobre la improcedencia de indemnización por daños morales por la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo causada por la denegación por el INSS, al progenitor varón, del complemento de maternidad del art. 60 LGSS, tras la reiteradamente citada STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C- 450/18.

Las siguientes:

1ª) Sobre la interpretación por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo del artículo 60.1 LGSS de conformidad con el Derecho de la Unión interpretado por la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18, cuyo fallo, respondiendo a la cuestión prejudicial del Juzgado de lo Social nº 3 de Girona sobre la compatibilidad o incompatibilidad del art. 60.1 de la LGSS (en la redacción aplicable al caso) con el Derecho de la Unión, declaró que “La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión” (DO 17 febrero 2020, C 54, 2020/C54/02, pág. 7). El art. 60.1 LGSS incurrió en una discriminación directa por razón de sexo masculino, contraria a la Directiva 79/7. Y, lo que es esencial con carácter general y para el caso, sobre los efectos temporales de la sentencia del Tribunal de Justicia. El art. 4 bis.1 LOPJ sanciona la vinculación de los jueces y tribunales nacionales a la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

En las SSTS 17 de febrero de 2022^[5], seguidas de otras posteriores, el Pleno de la Sala de lo Social estableció, de acuerdo con la regulación del Derecho de la Unión sobre la obligatoriedad de las sentencias desde el día de su pronunciamiento -la STJUE WA fue pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, en fecha 12 de diciembre de 2019, siendo, por ende, obligatoria desde ese mismo día- y la jurisprudencia del TJUE acerca de su valor interpretativo de las normas eurounitarias que, así interpretadas, tienen efecto directo por sí mismas -salvo que excepcionalmente la propia sentencia limite su eficacia temporal-, que la interpretación del art. 60 LGSS por los órganos judiciales nacionales debía de ser compatible con los propósitos perseguidos por la Directiva 79/7 desde su entrada en vigor: “La norma que ha sido interpretada podrá y deberá ser aplicada en consecuencia a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma”.

2ª) Sobre la aplicación temporal del art. 60.1 LGSS, “Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/2018, y su reforma por el RDL 3/2021, de 2 de febrero, que adopta medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. La disp. adicional 1ª determina que el complemento para la reducción la brecha de género introducido en el reformado art. 60 (y en la disp. adicional 18ª del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado) se reconoce a las pensiones causadas a partir de su entrada en vigor, que

tuvo lugar, como se señaló, al día siguiente de su publicación en el BOE, el 4 de febrero de 2021, sin contemplar situaciones transitorias. En consecuencia, el art. 60 LGSS, reformado, no es de aplicación al caso resuelto por la sentencia comentada.

3ª) Sobre la inaplicación al caso del complemento de maternidad discriminatorio de la indemnización por daños morales y de los efectos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En la importante STS 361/2023, de 17 mayo^[6], el Pleno de la Sala de lo Social afirmó que el reconocimiento al demandante del derecho reclamado de percibir el complemento de paternidad/maternidad le reponía en la integridad de su derecho a la no discriminación por sexo, que había sido vulnerado, sin que procediese el reconocimiento de indemnización alguna por daños morales, dada la naturaleza de entidad gestora de la Seguridad Social del INSS y sus atribuciones administrativas de gestión, sin facultades normativas. Y rechazó que pudiera reclamarse ante la jurisdicción social otra reparación del eventual daño padecido por el pensionista varón discriminado que el devengo del complemento por maternidad o aportación demográfica desde la fecha del hecho causante, el reconocimiento de la correspondiente pensión contributiva, reenviando la cuestión a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y de las Administraciones públicas, de la que conoce exclusivamente la jurisdicción contencioso-administrativa. Dijo la citada sentencia: "La eventual responsabilidad en el mantenimiento en ese lapso del contenido de la norma por quien tiene la potestad legislativa y su aplicación correlativa por entes que tienen encomendadas funciones de gestión no pueden dilucidarse en el presente procedimiento. De forma tangencial, en los pronunciamientos del Pleno de 17 de febrero de 2022 efectuamos una referencia al art. 32 de la Ley 40/2015 -si bien a su apartado 6, en la remisión que opera a la publicación en el DOUE-, ley atinente al "Régimen Jurídico del Sector Público", precepto insertado en la rúbrica sobre los Principios de la responsabilidad, responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que pudiere aparejar el derecho al percibo de la indemnización habilitada por el art. 106 CE" (FD 3º).

2. *La adecuación de la utilización por el demandante del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas y la discriminación del complemento de aportación demográfica declara por la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18*

Tras una ajustada comprobación del requisito de la contradicción entre la sentencia referencial y la recurrida, ambas de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de la Sección 3ª la referencial y de la Sección 1ª la recurrida, el Tribunal Supremo adelanta su *decisum* de que la buena doctrina se contiene en la sentencia recurrida al haber admitido la utilización legítima en el caso del cauce específico para la tutela de derechos fundamentales. Y, a continuación, expone la fundamentación o razón de su decisión, ya esbozada, aunque el tema fuera allí colateral, en la citada STS del Pleno de la Sala 361/2023, de 17 mayo.

El principio *pro actione* en el acceso a la jurisdicción -parece que también en el acceso a los recursos- milita en favor de la buena doctrina de la sentencia de suplicación recurrida. Fue el demandante quien se acogió a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales para reclamar el cese de la conducta discriminatoria del INSS y el abono del complemento de pensión. Su discriminación por razón de sexo masculino es incontestable tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18, materializada en la denegación por el INSS del complemento "de maternidad" por razón de su sexo masculino. Siendo esto así, a la sentencia comentada le resulta lógicamente difícil aceptar que la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, singularmente prevista a su fin tutelar, no esté expedita al demandante.

Ciertamente, el demandante podía haber tramitado su demanda por la modalidad procesal específicamente prevista en materia de seguridad social e invocar allí la vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de sexo. El art. 26.6 LRJS contempla expresamente la posibilidad de alegar la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el apartado 1 del artículo 140 de la propia ley en

las demandas formuladas en materia de prestaciones de Seguridad Social contra organismos gestores y entidades colaboradoras en la gestión.

Pero no fue eso lo que hizo el demandante, que ajustó su conducta procesal a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, de acuerdo, por lo demás, con la previsión del art. 140.1 LRJS de “que se opte por ejercitar exclusivamente [...] la modalidad procesal de tutela”. Finalmente, el hecho de que el art. 184 LRJS no incorpore la modalidad sobre prestaciones de Seguridad Social entre las demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente constituye, para la sentencia comentada, un “poderoso argumento interpretativo”, “a sensu contrario”, de la adecuación legal del comportamiento procesal del demandante de canalizar su demanda a través del proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

3. La cognición limitada del proceso de tutela de derechos fundamentales y el enjuiciamiento de la pretensión de condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social al abono del complemento por aportación demográfica del pensionista varón

La cognición limitada del proceso especial de tutela de derechos fundamentales no impide el examen de las consecuencias y derivaciones indisolublemente unidas a la cuestión principal, una vez apreciada la lesión del derecho fundamental.

Esto dicho sobre la adecuación de la modalidad procesal elegida por el demandante, al Tribunal Supremo le resta decidir si la cognición limitada propia del proceso especial de tutela de derechos fundamentales, impuesta por el art. 170.1 LRJS, impide o no examinar el fondo de la pretensión de condena articulada en la demanda. Su conclusión es, obviamente, negativa para dar sentido al propio proceso de tutela, que, en caso contrario, perdería su significado y funcionalidad: si concurre la vulneración reclamada es “posible y pertinente entrar a examinar las cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas a ella”; conclusión que viene apoyada en su propia jurisprudencia y en la del Tribunal Constitucional.

La STS, del Pleno de la Sala, 217/2021, de 17 febrero^[7], ya reconoció que la pretensión de reclamar el cumplimiento de obligaciones preventivas puede plantearse a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales para la protección del derecho a la salud, a la vida y a la integridad física de los trabajadores (durante la Covid-19). Lo decisivo es que la pretensión procesal se sustancie como una pretensión de tutela frente a la existencia de una violación de un derecho fundamental. La STC 31/1984, alegada por el Fiscal, había establecido esa misma doctrina, con la consecuencia de que “si, ejercitándose una pretensión cualificada por la indicada fundamentación [sobre la eventual vulneración de un derecho fundamental] se niega el proceso, se está privando al que acciona de garantías jurisdiccionales de derechos o libertades fundamentales” (FJ 2).

4. Doctrina unificada y desestimación del recurso casacional

Terminado aquí el recorrido argumental de su doctrina, la sentencia unifica las doctrinas judiciales contrapuestas, declarando la firmeza de la sentencia recurrida y estableciendo formalmente como doctrina unificada que, ante denegaciones presuntamente discriminatorias de prestaciones de Seguridad Social por las entidades gestoras, el beneficiario puede canalizar su acción procesal a través de la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Es el caso de varón jubilado bajo la vigencia del art. 60 LGSS antes de su modificación por RDL 3/2021 y después de la STJUE 12 diciembre 2019, a quien, pese a tener dos hijos, el INSS deniega el complemento de pensión.

La sentencia desestima el recurso de casación para las unificación de doctrina interpuesto por el INSS y la TGSS. Confirma, en consecuencia, la sentencia recurrida, a cuyo fallo ha de darse cumplimiento, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia de instancia, a fin de que se dicte

otra que, salvando la excepción de inadecuación de procedimiento, resuelva sobre el fondo del asunto dando respuesta a todas las cuestiones planteadas.

VII. Parte dispositiva

“[...] esta Sala ha decidido:

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social [...].

2º) Confirmar y declarar firme la sentencia nº 371/2022 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de abril, en el recurso de suplicación nº 108/2022, interpuesto frente a la sentencia nº 316/2021 de 20 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid, en los autos nº 514/2021, seguidos a instancia [...del demandante] contra dichos recurrentes, sobre derechos fundamentales.

3º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia”.

VIII. Pasajes decisivos

- “El tenor del art. 26 LRJS permite que en la modalidad procesal de Seguridad Social aparezca invocado un derecho fundamental y el art. 140.1 concuerda con tal previsión pero también abre la puerta a que "se opte por ejercitar exclusivamente esta última mediante la modalidad procesal de tutela" (FD 4º.3)

- “Existiendo una discriminación por razón de género (premisa incontestable a la vista de la STJUE 12 de diciembre de 2019, C-450/18) y viendo el actor cómo le es denegado el complemento por el exclusivo dato de su masculinidad, resulta difícil sostener que el cauce procesal habilitado para accionar frente a ese tipo de vulneración no puede transitarse” (FD 4º.3).

- “Es cierto que también podría haber optado el actor por seguir la modalidad procesal específicamente prevista en materia de Seguridad Social e invocar la misma vulneración del derecho a no ser discriminado. Pero eso no significa que la vía elegida deba considerarse inadecuada” (FD 4º.3).

- “El artículo 184 LRJS [...] ha listado los supuestos en que la modalidad procesal específica y alternativa a la de vulneración de derechos fundamentales ha de seguirse necesariamente” (FD 4º.4).

- “Que en esa larga lista no aparezca la modalidad sobre prestaciones de Seguridad Social constituye un poderoso argumento interpretativo para respaldar la conclusión a que vamos llegando” (FD 4º.4).

- “En numerosas ocasiones hemos puesto de manifiesto que la modalidad procesal de vulneración de derechos fundamentales posee un objeto material acotado, puesto que "queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad" (art. 170.1 LRJS)” (FD 4º.5).

- “Ahora bien, si concurre la vulneración reclamada resulta posible y pertinente entrar a examinar las cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas a ella. Como hemos dicho a propósito de las obligaciones en materia de salud laboral y del cauce procesal para exigir las, con independencia de la solución del fondo del asunto, que quien pretenda reclamar el cumplimiento de obligaciones preventivas [...] pueda utilizar el procedimiento de tutela de derechos fundamentales para la protección del derecho a la salud, a la vida y a la integridad física de los empleados, sin que pueda considerarse que tal utilización sea abusiva o inadecuada, ya que, lo decisivo pues, a efectos de la adecuación del procedimiento, no es que la pretensión deducida esté correctamente

fundada y deba ser estimada, sino que formalmente se sustancie como una pretensión de tutela, es decir, que se afirme por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental [...]” (FD 4º.5).

- “Cuando un beneficiario de prestaciones de Seguridad Social considera que la resolución de la Entidad Gestora lo discrimina puede canalizar su acción procesal a través de la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Así procede en el caso de varón jubilado bajo la vigencia del art. 60 LGSS antes de su modificación por RDL 3/2021 pero después de la STJUE 12 diciembre 2019 a quien, pese a tener dos hijos, el INSS deniega el complemento de pensión” (FD 5.1.).

IX. Comentario

La sentencia comentada es absolutamente sistemática y clara en la construcción y desarrollo de su fundamentación jurídica. La cuestión que resuelve, y resuelve bien, “posee estricta dimensión procesal” (FD 1º.1) y en ella se mueve la sentencia, aunque en dicha fundamentación jurídica considere tangencialmente, y no tangencialmente – “existiendo una discriminación por razón de género [...] premisa incontestable a la vista de la STJUE 12 de diciembre de 2019, C-450/18 [...]: FD 4º.3-, elementos de fondo necesarios para encuadrar el litigio y resolver el “dilema” procesal planteado por las partes.

En su FD 2º, en el que examina el “marco jurídico aplicable”, es obligada su referencia a la regulación legal material del controvertido complemento de pensiones por maternidad o “por aportación demográfica” y a la inaplicación al caso, por obvias razones temporales, de su reforma legal para dar cumplimiento a la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18; como también lo es su señalamiento del momento de producción de efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia que declaró el complemento por maternidad discriminatorio por sexo masculino y del momento desde el que los pensionistas varones pueden solicitar su percepción, el del hecho causante de la pensión contributiva al que acompaña el complemento discriminatorio, que es también el momento de producción de efectos económicos de la sentencia del Tribunal de Justicia derivados de esas solicitudes, temidas y tratadas de ser reducidas por las entidades gestoras de la Seguridad Social; o su exposición sintetizada de la improcedencia de la indemnización por daños morales por la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo al denegarse por el INSS, al progenitor varón, el complemento de maternidad, y la improcedencia de la sustanciación ante la jurisdicción social de cuestiones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador o de la Administración pública gestora de la Seguridad Social, que carece de competencias normativas.

La sentencia del Tribunal Supremo no puede dejar de poner de relieve esas cuestiones, y su esencial interpretación unificadora de doctrina de la aplicación de regulación legal del complemento por maternidad discriminatorio de conformidad al precepto del Derecho de la Unión dotado de eficacia directa, interpretado por la STJUE WA, C-450/18, y el consiguiente derecho del pensionista varón discriminado al restablecimiento de su derecho al complemento de maternidad al tiempo del hecho causante. La sentencia lo hace de modo sobrio y conciso, por remisión a las sentencias del Pleno de la Sala que establecieron la doctrina unificada, dando lugar a una fundamentación jurídica sólida, trabada y embebida en la jurisprudencia de la Sala y en la del Tribunal Constitucional.

En ese marco y con ese bagaje, la sentencia determina que el proceso especial de tutela de derechos fundamentales es cauce procesal adecuado en el caso para reclamar el cese de la conducta discriminatoria del INSS y el abono del complemento de pensión. Lo que enlaza con el principio constitucional *pro actione* en el acceso a la jurisdicción, que lleva con exceso al acceso a los recursos, refiriéndose a un canon de interpretación más favorable a su efectividad, inaplicado por la jurisprudencia constitucional al acceso a los recursos, y en particular a los recursos de casación de que conoce el Tribunal Supremo, desde la década de los años 90 del pasado siglo (STC 37/1995, en recurso de amparo avocado al Pleno). El derecho a los recursos no

se integra en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE - excepto en el orden penal-, siendo cuestión de “estricta legalidad procesal, de la exclusiva competencia de los órganos judiciales, sin que, en general, en el ejercicio de la misma”, el art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a una resolución motivada en derecho “les imponga más limitaciones que las derivadas de los cánones del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad”, correspondiendo a la libertad del legislador configurar ese acceso incluso sujeto a rigurosos requisitos formales (STC 197/1999, FJ 3, entre otras muchas). La sentencia comentada cita aquí la STS 369/2023, de 23 de mayo de 2023^[8], sobre acceso al recurso de casación, y ésta, entre otras, la STC 17/1985, sobre el rigorismo en la admisión judicial de los recursos, corregida por la jurisprudencia constitucional posterior.

Con absoluto acierto interpreta la sentencia la que denomina “posibilidad de invocar derechos fundamentales en la reclamación de Seguridad Social”, esto es, el juego de los arts. 26, 140.1 y 184 (este último *a sensu contrario*) LRJS. Con la flexibilidad ínsita en el principio *pro actione*, en su única versión de prestación de tutela judicial efectiva, y con la finalidad firme de defensa de los derechos fundamentales, que impregnan todo el ordenamiento jurídico y que han de encontrar cauces procesales para esa defensa que deben prestarle, en primer término, los jueces y tribunales ordinarios, la opción del demandante de articular su demanda a través del proceso de tutela de derechos fundamentales, para hacer valer las pretensiones señaladas, fue legítima. Esta es la buena doctrina que el Tribunal Supremo unifica. También hubiera sido adecuada la decisión del demandante de elegir la modalidad procesal específicamente prevista en materia de Seguridad Social e invocar en ella la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado. El legislador está obligado a establecer, en los distintos órdenes jurisdiccionales, procedimientos basados en los principios de preferencia y sumariedad para que los ciudadanos puedan recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1ª del capítulo segundo de la Constitución ante los tribunales ordinarios (art. 53.2 CE), pero esa tutela judicial no queda aprisionada en esos procedimientos, sino que puede recabarse a través de cualesquiera otros, según las leyes procesales, dada la inviolabilidad de los derechos fundamentales (art. 10.1 CE) y su posición preferente en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, establecido legalmente ese cauce específico de tutela de los derechos fundamentales, preferente y sumario, ha de constituir una vía transitable y efectiva para la finalidad tutelar constitucional y legalmente prevista. La sentencia deshace las falsas dicotomías reduccionistas y generaliza las soluciones constructivas.

El mismo acierto debe predicarse de la interpretación que la sentencia efectúa del art. 178.1 LRJS y la cabida en la cognición limitada propia del proceso de tutela de derechos fundamentales del examen de las cuestiones de legalidad ordinaria, vinculadas a la vulneración denunciada y declarada del derecho fundamental, que constituyen el objeto de las pretensiones deducidas en la demanda, en el caso, como quedó dicho, el cese de la conducta discriminatoria del INSS y el abono del complemento de pensión. Los derechos fundamentales no viven en compartimentos estancos, sin contagiarse con cuestiones de legalidad ordinaria, cuya resolución se hace precisa para garantizar su efectividad.

A la postre, la sentencia cumple la función de unificar la doctrina legal –“Cuando un beneficiario de prestaciones de Seguridad Social considera que la resolución de la Entidad Gestora lo discrimina puede canalizar su acción procesal a través de la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas”: FD 5º.1- haciendo efectiva la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales a través del proceso especial configurado a ese fin llevando vida al proceso de tutela de derechos fundamentales en beneficio de su efectividad, de acuerdo con la doctrina constitucional.

X. Apunte final

Dos últimos apuntes finales, muy breves, para cerrar el comentario a esta destacable sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Aunque sea entrar en el fondo de una sentencia de “estricta dimensión procesal”, no estará de más llamar la atención sobre la interpretación del complemento de maternidad efectuada por la sentencia de suplicación recurrida, y confirmada por el Tribunal Supremo en su decisión procesal. Señaló aquella sentencia, de manera certera, en cuanto al fondo sin salirse de la interpretación de conformidad con el Derecho de la Unión Europea interpretado por el TJUE, que el “espíritu del complemento de maternidad era compensar la discriminación que sufren las mujeres trabajadoras que han sido madres y reducir la brecha salarial, y consecuentemente, pensional, derivada de la maternidad”. Añadiendo: “El TJUE, como no podía ser de otro modo, está a la redacción del precepto, no a la finalidad que lo guiaba, de manera que se desliga el complemento de las circunstancias que acompañan a la maternidad, el embarazo, la recuperación, la lactancia y de los efectos en la promoción profesional de las mujeres, siendo dicho complemento una recompensa a la aportación demográfica que resulta de aplicación tanto a hombres como a mujeres” (FD 8º). Y concluye: “Por lo tanto, igual que las mujeres, todos aquellos hombres que teniendo dos o más hijos hayan accedido a partir del 1 de enero de 2016, y hasta el 3 de febrero de 2021, a pensiones contributivas de jubilación forzosa, viudedad o incapacidad permanente, tendrán derecho al cobro de este complemento [...]” (FD 9º).

Es cierta esa aproximación formal del TJUE a los derechos a la igualdad y a la no discriminación y su aversión a las acciones positivas. Pueden consultarse las SSTJUE de 29 de noviembre de 2001, *Griesmar*, C-366/99; de 17 de julio de 2014, C-173/13, *Maurice Leone*; y de 3 de septiembre de 2014, C-318/13, X. Por cierto, el art. 4.2 de la Directiva 79/7/CEE dispone: “El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad”.

En fin, pocas sentencias han traído tanta cola judicial y jurisprudencial en nuestro país como la STJUE de 12 de diciembre de 2019, *WA*, C-450/18, como la propia sentencia comentada prueba. Produjo también el efecto de que el TC, en su STC 152/2021, bien que en boca del demandante de amparo, aludiese a su doctrina sobre la “discriminación masculina” en materia de pensiones o en el sistema de prestaciones, contenida en su primera jurisprudencia sobre varones discriminados, desautorizada después por la STC 128/1987.

Ha de traer aun más consecuencias, pues la STJUE de 14 de septiembre de 2023, *DX c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, C-113/22, castiga la perseverancia del INSS en su práctica denegatoria de los complementos por maternidad a los pensionistas varones y aplica en su plenitud la reparación de las conductas de discriminación por sexo femenino. El TJUE ha declarado, adicionalmente, que el art. 6 de la Directiva 79/7 exige, para la reparación de la discriminación directa por sexo padecida por un hombre como consecuencia del art. 60.1 LGSS, anterior a su reforma, según la interpretación de la STJUE *WA*, que por el órgano jurisdiccional nacional que conozca de una demanda frente a la resolución denegatoria del INSS, se ordene no solo que conceda al interesado el complemento de pensión solicitado, “sino también que le abone una indemnización que permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial”.

La doctrina unificada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, denegatoria de una indemnización por los daños morales causados por la negativa administrativa a la concesión del complemento por maternidad a los hombres, recordada por la sentencia comentada, deberá ajustarse a la nueva STJUE.

Referencias:

1. [^ ECLI:EU:C:2019:1075](#)
2. [^ Autos nº 514-21.](#)
3. [^ Rec. nº 108/2022, ECLI:ES:TSJM:2022:5249.](#)
4. [^ Rec. nº 906/2021, ECLI:ES:TSJM:2022:1460.](#)
5. [^ Sentencias 160/2022 y 163/2022, rcud nº 2872/2021 y nº 3379/2021, ECLI:ES:TS:2022:621 y 2022:622.](#)
6. [^ ECLI:ES:TS: 2023:2149.](#)
7. [^ ECLI:ES:TS:2021:449.](#)
8. [^ Rec. 3/2021, ECLI:ES:TS:2023:2237.](#)