



APM 3.9.

Publicación digital. - Asociación Profesional de la Magistratura

GERMÁN MARÍA SERRANO
ESPINOSA

MAGISTRADO JUZGADO DE LO
SOCIAL Nº 2 DE VIGO

DECANO DE LOS JUZGADOS DE
VIGO

PASA EL TIEMPO Y NO PASA NADA DE NADA¹. A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2023 Y DE LA STS DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2023.

El tiempo pasa y no pasa nada.

1.- Es verdad que el tiempo pasa y no pasa nada para el Instituto Nacional de la Seguridad Social; transcurren los días, los meses, los años, sin que en vía administrativa se conceda el complemento de maternidad desde que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diciembre de 2019 dejó claro que se producía una discriminación por razón de sexo a los varones, vista la literalidad del precepto, vista la torpeza del legislador. Y no lo sienten por no hacer nada. No sé si la contundencia de la sentencia que quiero comentar, o la renuencia continuada del Instituto Nacional de la Seguridad Social que se sigue advirtiendo día a día en los juzgados, me han convencido para concretar el título de este artículo. Quizás las dos cosas. Sea como fuere, en esta resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se destacan muchos asertos, y se exponen con claridad mandatos contenidos en su doctrina que olvidamos con frecuencia. Y es que hemos puesto o vamos a poner en la jurisdicción social cientos de sentencias reconociendo el complemento de maternidad a varones con pensiones contributivas entre 2016 y enero de 2021, porque en vía administrativa se deniegan directamente o por prescripción, se esconden en la atmósfera del silencio administrativo, e incluso no se reconocen los efectos económicos desde la fecha del hecho causante de la prestación

¹ Título prestado de una estrofa de la canción *El pasado*, de 84, en la versión con Carlos Tarque. Y los epígrafes de este artículo también pertenecen a esta canción, incrustada en mi cabeza gracias a mis hijas.

principal. Esta sentencia propone un nuevo ingrediente al contenido de la reclamación y al reconocimiento del derecho mismo, y que es una indemnización adicional, basada en el artículo 6 de la Directiva 79/7 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, que permita “compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación” (número 57 de la sentencia) sin “ignorar los gastos en que el interesado ha tenido que incurrir como consecuencia de haberse aplicado requisitos procedimentales discriminatorios, incluidas, en su caso, las costas y los honorarios de abogado relativos a los procedimientos judiciales necesarios para hacer valer sus derechos”.

2.- El fallo de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es congruente con la claridad que rezuma en la cuestión planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que hace hincapié en dos cuestiones esenciales, a la vista de que la doctrina del Tribunal Supremo, a partir de su sentencia de 30 de mayo de 2022, ya reconoció los efectos del complemento de maternidad desde la fecha del hecho causante de la prestación principal. La primera de ellas plantea si la práctica del Instituto Nacional de la Seguridad Social de denegar siempre el complemento litigioso a los varones y obligarlos a reclamar en vía judicial, se debe considerar, de acuerdo con la Directiva [79/7], un incumplimiento administrativo de la misma diferente del incumplimiento normativo apreciado en Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, de manera que, en sí mismo considerado, ese incumplimiento administrativo constituye una discriminación por razón de sexo; la segunda, en equivalencia con la anterior, si procede una indemnización que sea reparadora de daños y perjuicios, y con eficacia disuasoria, 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 la Sala de lo Social se debe incluir como un concepto de la indemnización.

3.- La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea constata, desde las cuestiones planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, una doble discriminación, que diferencia y que se puede deslindar a los efectos de reparar el daño. Por un lado, la discriminación por razón de sexo que ya proclamó el propio tribunal en su sentencia de 12 de diciembre de 2019, al no reconocer el complemento de maternidad a los varones, pues también contribuyen a la aportación demográfica que el legislador consideró erróneamente como esencia de la norma para establecer tan necesario complemento para la mujer, por el dato estadísticamente comprobado de que sus prestaciones de Seguridad Social son inferiores a las de los varones. Por otro, la discriminación en los requisitos procedimentales al obligar a los varones a litigar después de la sentencia anteriormente citada, porque la Entidad Gestora en vía administrativa no lo reconoce, en cumplimiento del Criterio de Gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, adoptado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de la Seguridad Social², pese a que

² En concreto dispone: «Hasta que se proceda a la modificación legislativa necesaria para adaptar el artículo 60 [de la LGSS] al pronunciamiento del TJUE [de 12 de diciembre de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C-450/18, EU:C:2019:1075)], se establecen [...] las siguientes pautas de actuación de esta entidad gestora: 1. El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el artículo 60 [de la LGSS], 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. 2. Lo establecido en el apartado uno debe entenderse lógicamente sin perjuicio de la obligación de

“semejante obligación incumbe, por lo demás, no solo a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino también a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas nacionales encargadas de aplicar ese régimen” (parágrafo 42). Esto es: pese a la claridad de la sentencia, seguir denegando el complemento de maternidad en vía administrativa obliga a demandar, de manera que la discriminación sigue cabalgando, ahora imponiendo cargas administrativas y procesales para conseguir la efectividad del derecho.

Y yo lo siento por no hacer nada.

4.- Nuestro legislador es perezoso en la transposición de Directivas; esto es un lugar común. Nuestra administración es zascandila a la hora de aplicar directamente, en vía administrativa, criterios judiciales unificados, de doctrina constitucional o europea; le gusta obtener sentencia concreta para cada caso. Con estas virtudes era difícil pensar que el Instituto Nacional de la Seguridad Social cumpliera a partir de enero de 2020 con el reconocimiento del complemento a favor de los beneficiarios. Lo que no vimos venir era la orden directa a través de un criterio de gestión para incumplir de forma flagrante la sentencia. Y la fuerza de la costumbre nos hizo empañar la posibilidad de apreciar que la discriminación por razón de sexo campaba por sus respetos. Como explica la sentencia que comentamos “en virtud de dicho Criterio de Gestión, la autoridad competente en la materia, a saber, el INSS, continúa concediendo, a la espera de la adaptación del artículo 60 de la LGSS a la citada sentencia, el complemento de pensión litigioso únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en este último precepto, sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres” (apartado 45); y esto conduce a que los hombres –y exclusivamente ellos- necesiten hacer valer por vía judicial su derecho al complemento, “lo que, en particular, los expone a un plazo más largo para la obtención del complemento y, en su caso, a gastos adicionales” (apartado 47). Se constata con claridad una continuidad en la discriminación por tener que batallar más para conseguir un beneficio que se aplica de oficio para las prestaciones de las mujeres; y se deja caer que no es necesario esperar al legislador para la aplicación de un precepto de derecho interno conforme a la hermenéutica que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ofrece, desde ese momento. Por eso el artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que “los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Aunque, vista la querencia del ejecutivo por el Real Decreto Ley, el cambio legislativo podía haber llegado mucho antes.

5.- Y es que la idea del legislador parecía buena, y necesaria, como norma de discriminación positiva a favor de las mujeres, cuyas pensiones contributivas eran -y lo siguen siendo- estadísticamente inferiores a la de los hombres, por varios factores, especialmente por la frecuencia en la contratación a tiempo parcial, por los parones en la carrera de seguro para acceder a la maternidad sin resortes legislativos de paréntesis como los actuales, y por los salarios más bajos en las categorías profesionales más feminizadas, por traer algunos de ellos. Este escenario es el que debió asirla; pero no. La disposición final segunda de la Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, incorporó la regulación del nuevo complemento por maternidad a Ley General de

ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres [...]».

la Seguridad Social de 1994 a través del artículo 50 bis, pasando en el nuevo Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en vigor a partir del 2/1/2016, a regularse en el artículo 60. Su exposición de motivos no dice nada de tal reforma; por tanto, su génesis hay que buscarla en la medida 80 de la línea 3 (*Apoyo a la maternidad y entorno favorable a la vida familiar*) del Plan Integral de Apoyo a la Familia, aprobado por el Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2015 y que indica: “Asimismo, se prevé el incremento progresivo de la cuantía inicial de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad de las madres que hayan tenido 2 o más hijos, con el fin de incentivar la natalidad dando mayor protección a las madres en línea con las recomendaciones del Pacto de Toledo y de los Libros Blanco y Verde de la Unión Europea”³. Sin embargo, el legislador, cuando quiso concretar esta medida, modificó la propuesta inicial cambiando el término *madres* por *mujeres*, e incluyendo que la justificación es *por su aportación demográfica a la Seguridad Social*. No hacía falta especificar nada para saber que es una medida transversal a favor de la mujer; pero en la justificación se genera el error y el sustrato discriminatorio para los varones, siendo imputable al legislador.

6.- Como explica la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, la transformación legislativa de esta buena idea fue desacertada y en este punto, rezuma discriminación para los varones. Las señales de la resolución son claras; más que señales, conclusiones apodípticas, que debieron de hacer saltar las costuras de cualquier jurista codificador, al día siguiente de su publicación. Por ejemplo, estableció la sentencia que “en cuanto al objetivo perseguido por el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, a saber, recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, procede señalar que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres” (apartado 46) y “por consiguiente, la aportación demográfica a la Seguridad Social no puede justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión controvertido” (apartado 47); que “en el caso de autos, el artículo 60, apartado 1, de la LGSS no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto” (apartado 57) y “en particular, se concede dicho complemento a las mujeres que hayan adoptado dos hijos, lo que indica que el legislador nacional no pretendió limitar la aplicación del artículo 60, apartado 1, de la LGSS a la protección de la condición biológica de las mujeres que hayan dado a luz” (apartado 58); y sobre todo (apartado 62) que “en cualquier caso, el artículo 60, apartado 1, de la LGSS no supedita la concesión del complemento de pensión en cuestión a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos, sino únicamente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social”. Se destapaba claramente la desidia del legislador que no supo abrochar adecuadamente la norma al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 79/7 y que establece que “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 este punto era exigible un mayor esfuerzo al legislador para evitar resquicios que idearan propuestas de pretensión en clave discriminatoria de los varones, consiguiendo el efecto contrario de lo que se pretendía.

³ Y la propuesta legislativa es la siguiente: Incrementar la cuantía inicial de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad de las madres que hayan tenido 2 o más hijos desde 1 enero 2016: Madres con 2 hijos: incremento del 5%; Madres con 3 hijos: incremento del 10%; Madres con 4 o más hijos: incremento del 15%. En el caso de que la pensión inicial superase el límite máximo, el complemento se determinará aplicando el porcentaje correspondiente a dicho límite.

Después de la solución, hallé el problema.

7.- Detectada una nueva doble discriminación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta nueva sentencia, las consecuencias que se establecen deben tener reflejo pecuniario no sólo como indemnización, sino como condena resarcitoria por incumplimiento de un mandato del propio tribunal. En concreto, la sentencia de 14 de septiembre de 2023 recalca que las medidas que se puedan adoptar por los Estados miembros en sus ordenamientos jurídicos internos deben serlo suficientemente eficaces para alcanzar el objetivo de la Directiva 79/7, «de modo que deben ser apropiadas para restablecer dicha igualdad, garantizar una tutela judicial efectiva y eficaz y surtir un efecto disuasorio real frente al organismo que haya cometido la discriminación (véanse, por lo que respecta a las condiciones de trabajo y, en particular, a las relativas al despido, las sentencias de 2 de agosto de 1993, Marshall, C-271/91, EU:C:1993:335, apartados 22 y 24, y de 17 de diciembre de 2015, Arjona Camacho, C-407/14, EU:C:2015:831, apartados 29 y 31)» (apartados 48 y 49); y «cuando, a la vista de las características concretas de la vulneración del principio de igualdad de trato en cuestión, la reparación pecuniaria sea la medida adoptada para alcanzar el objetivo de restablecer la igualdad efectiva de oportunidades, debe ser adecuada en el sentido de que ha de permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de agosto de 1993, Marshall, C-271/91, EU:C:1993:335, apartados 25 y 26, y de 17 de diciembre de 2015, Arjona Camacho, C-407/14, EU:C:2015:831, apartados 32 y 33)» (apartado 50). Esto es, por un lado, conseguir un efecto disuasorio y por otro, resarcir de forma suficiente por los perjuicios sufridos en el trato discriminatorio; todo lo cual se puede conseguir imponiendo al Instituto Nacional de la Seguridad Social una indemnización por daños y perjuicios, que contiene ambos ingredientes: una cantidad que levanta el velo normativo clásico de que la Entidad Gestora no puede ser condenada en costas -no lo llamemos así, pero en cierta medida lo son, en todo caso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea esto le da igual- y ahí se inclina el énfasis resarcitorio, que a la vez, como reverso de la misma moneda, permite compensar íntegramente los perjuicios sufridos por el beneficiario. En el bien entendido de que, vista la contestación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las cuestiones planteadas, se da por hecho que se ha producido una discriminación por razón de sexo y también, que se han causado perjuicios al beneficiario por la acción administrativa renuente. Y por tanto, están exentas de prueba ambas pretensiones, lo que nos conduce a una automaticidad en la respuesta judicial, pues no de otro modo se ha de entender el fallo de la sentencia: “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 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”.

8.- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 30 de octubre de 2023 (RSU 3601/2021) dictada en sala general para resolver el conflicto desde el que se planteó la cuestión prejudicial, explica el sentido, ya expuesto, de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre estos conceptos. En su fundamento de derecho séptimo, en sintonía con la cuestión resuelta, resalta: “la indemnización ha de cubrir íntegramente el perjuicio sufrido debido a una discriminación por razón de sexo, puesto que así se garantiza su reparación de forma disuasoria y proporcionada (apartado 51); de otra parte, para cubrir esa exigencia no es suficiente con acordar la

retroacción del complemento de la pensión, dado que ello solamente restablece «la igualdad de trato en lo que respecta a los requisitos materiales de concesión del complemento de pensión litigioso» (apartado 52 a 54); y, por último, los gastos, incluidas las costas y los honorarios de abogado, en que haya incurrido el afiliado para hacer valer su derecho al complemento de pensión litigioso, deben tenerse en cuenta en el concepto de reparación pecuniaria, porque el objetivo es «compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación» (apartado 55 a 58). Y ello, al margen de que conforme al derecho español no quepa la condena en costas a la EG (apartados 59 a 61)”. La vulneración en los requisitos materiales parece quedar compensada con los efectos retroactivos desde la fecha del hecho causante de la prestación principal -criterio compensatorio claro porque rompe la barrera tradicional de los tres meses desde la solicitud del artículo 53 de la Ley General de la Seguridad Social, entre otras cosas porque en la mayoría de los casos los efectos se retrotraen más allá del 12 de diciembre de 2019, esto es, antes de la proclamación del derecho mismo-; ahora, lo que se quiere añadir es la compensación de los perjuicios causados, en los que se incluyen los gastos incurridos en la representación letrada, o costas, tanto da, que se disuelven en su concepto al quedar integrados en la indemnización misma.

El pasado se está haciendo mayor

9.- Apenas quince días después de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2023 unifica doctrina acerca de cuál debe ser el montante que se debe considerar suficiente para resarcir el segundo daño provocado por vulneración, esto es, en los requisitos procedimentales por obligar al varón a litigar para conseguir el complemento de maternidad; dicho en otras palabras: no le ha dado tiempo a la sentencia de suplicación a envejecer un poco para ser aplicada y comentada, porque el pasado se está haciendo mayor. La de Galicia fijó la cuantía en 1.500 €; la del Tribunal Supremo la concreta en 1.800 €. Para la seguridad jurídica y para el trabajo de la instancia es valorable muy positivamente el esfuerzo -desplegado con celeridad- para anticipar un criterio, a mi juicio acertado, más allá de la cuantía, y desde luego, espléndido en su fundamentación, tanto en una como en otra sentencia. Y constituye un ejercicio de reflexión bastante oportuno para futuros asuntos, poder analizar cada uno de los razonamientos como criterios objetivos de valoración a los que se acuden, sin perjuicio de que las tres sentencias abren la espita para reclamar indemnizaciones en supuestos similares, cuando la administración es renuente a aplicar criterios fijados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴.

10.- La sentencia de Galicia se libera del corsé cada vez más extendido de aplicar de forma orientativa la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social; y tanto se aplica, que se está convirtiendo en criterio. Y parte de dos principios esenciales, que ayudan a despejar de un plumazo las dudas procesales y sustantivas que algunos pueden elucubrar: resarcimiento obligatorio sin ser necesaria prueba del daño; y lo explica con estas palabras: “la vulneración de ese derecho fundamental conlleva obligatoriamente el resarcimiento del daño que indiscutiblemente se ha producido, sin necesidad de probar las bases o presupuestos del mismo; más ello nos exigirá determinar cuál es la cuantía que pueda corresponder para atender a los dos conceptos que debe incluir: daños y gastos judiciales derivados del ejercicio de la acción”. Especialmente interesantes me parecen los criterios a los que acude para llegar al montante final impuesto de 1.500 €, que es precisamente lo que se reclama en la demanda inicial. En primer lugar aclara que en esta cuantía no

⁴ ¿Y también cuando hay doctrina unificada?

se incluyen los daños ocasionados por la vulneración del principio de igualdad, subsumidos en la retroacción de los efectos económicos a la fecha del hecho causante, porque “esa medida sí permite compensar los daños respecto de la igualdad de trato vulnerada en un plano material (y restablecerla), por lo que solo restaría la compensación de esa igualdad en un plano procedimental (derivada de obligar a los varones a impetrar judicialmente el complemento)”. También especifica que no estamos ante una sanción ni ante una indemnización desincentivadora, entre otras cosas porque el escenario proviene de una actuación administrativa consecuente con una decisión de política legislativa. Luego acude al tope del artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que fija en 1.200 el máximo de la condena en costas, para resaltar acto seguido el uso de la Sala de imponer habitualmente 750 € en concepto de costas, lo que supone “casi dos terceras partes del límite superior de aquéllas y se ajusta a las cifras manejadas por los antiguos baremos de los colegios de abogados, a pesar de que ya resultan inaplicables”. Y concluye acudiendo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que fija en 8.000 € y 335’90 € más cargas fiscales, por daño moral y gastos procesales, respectivamente, en supuestos de concesión de pensiones de viudedad a parejas de hecho, destacando, para minorar este importe en proporción al caso; que son asuntos de años de duración procesal hasta su resolución; y que se refieren a prestaciones completas, mientras que en el caso del complemento por maternidad no se encuentra comprometida la prestación, su valor es inferior y la resolución judicial del asunto no se ha prolongado excesivamente en el tiempo (“naturaleza meramente complementaria, valor económico y retardo en su reconocimiento” especifica la sentencia). En definitiva, se minoró hasta la cuantía indicada, sin obviar tampoco que la fijada por el TEDH se refería a daños morales exclusivamente. Es resaltable el esfuerzo argumentativo de la Sala de Suplicación para fijar esta cuantía, desde parámetros legales objetivos mechados con otros criterios judiciales, que logran objetivar de forma aquilatada una cuantía, para garantizar uniformidad, seguridad jurídica y celeridad en la resolución.

11.- En seguida esta sentencia se ha convertido en pasado, por la posterior unificada del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2023. La Sala Cuarta quiere coger el toro por los cuernos cuanto antes pues “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”. Fija la cuantía de 1.800 € porque “lo razonable es fijar igualmente idéntica cuantía indemnizatoria para todos ellos, sin dar lugar a agravios comparativos derivados de posibles soluciones dispares que pudieren generar una desigualdad difícilmente justificable”, incluyendo los gastos y honorarios de letrado pues “resulta objetivamente irrazonable considerar que en ese ámbito puedan presentarse diferencias relevantes en la valoración de esos perjuicios”. La Sala entiende que la cantidad a fijar tiende a compensar los daños derivados de la discriminación adicional derivada de la denegación del complemento de maternidad a los varones por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social 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; y recuerda -pese a que fija doctrina unificada- que debe “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”. E igualmente se detiene en aseverar la plenitud de la cifra concretada, porque (a) permite “una reparación integral del perjuicio sufrido”, (b) incluyendo “la eventual zozobra moral o las molestias materiales derivadas de ese acudimiento a los órganos de la jurisdicción social” y (c) también queda englobada los gastos si se ha presentado la demanda con asistencia de profesionales.

Amigo, el grifo se cerró (objeciones, excepciones y problemas)

12.- Desde que conocemos la sentencia de 14 de septiembre de 2023, se plantean nuevos problemas sobre estos asuntos de complementos de maternidad, que pasamos a sistematizar como epílogo:

- a) La indemnización adicional sólo está prevista para los casos en los que “haya sido menester que el varón discriminado por una resolución del INSS posterior a la STJUE 19 diciembre 2019 haya precisado del acudimiento a la jurisdicción social para conseguir el abono del complemento en cuestión” (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2023).
- b) En los procedimientos ya incoados, en donde se haya reclamado exclusivamente el complemento, procederá ampliar la demanda interesando directamente la indemnización de 1.800.
- c) No cabría estimar inadecuación de procedimiento si la indemnización se reclama por vulneración de derechos fundamentales, tanto en este procedimiento especial, como en uno de Seguridad Social; ambas modalidades procesales son adecuadas⁵.
- d) Tampoco cabría estimar la prescripción por ahora -a veces alegada por la Entidad Gestora- como quiera que el tiempo de la prescripción debe contarse desde el momento en que pudo ejercitarse la acción, y este comienza al menos, con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no en la fecha de reconocimiento de la prestación principal⁶.
- e) Ni que decir tiene que la competencia es del orden jurisdiccional social, y por tanto, no cabe alegar la incompetencia de jurisdicción por ser una responsabilidad patrimonial de la administración. La indemnización adicional se debe reconocer además del complemento, y esto sucede ante el juzgado de lo social. La cuestión prejudicial se ha resuelto en la jurisdicción social y sus consecuencias, también, sin óbice competencial alguno.
- f) Más espinosa es la cuestión relativa al instituto de la cosa juzgada, en relación con aquellos complementos de maternidad reconocidos por sentencia judicial firme, sin que se hubiera reclamado una indemnización adicional. La clave de ponderación, con el actual estado de la doctrina unificada, es considerar la indemnización adicional como cuestión accesoria o principal, pues desde que se conoció la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de diciembre de 2019, ya se reclamaba en algunos casos la indemnización adicional junto con el complemento, es decir, es un fundamento jurídico que ya pudo alegarse⁷. Es una cuestión

⁵ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 19 de julio de 2023.

⁶ Así lo han entendido las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de septiembre de 2022 y 1 de febrero de 2023.

⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2022 reitera doctrina anterior indicando que “los hechos y los fundamentos jurídicos que pudieron alegarse en un proceso anterior no pueden fundar la modificación de lo resuelto por sentencia firme, lo que sólo procede cuando con posterioridad han acaecido hechos nuevos que han generado un nuevo derecho e integrado una distinta causa de pedir. Y

especialmente relevante sobre la cual esperamos doctrina unificada cuanto antes, para poder discernir si es viable reabrir miles de procedimientos -ya archivados- de concesión de complemento.

- g) Y un apunte final: sería conveniente para las arcas públicas gestionar este escenario implementando el personal de las Entidades Gestoras para resolver las solicitudes que penden aún en vía administrativa, evitando el acudimiento a la vía judicial, y por tanto, la indemnización ya tasada.

ello porque es contrario a los principios constitucionales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva el que inste un nuevo proceso con el mismo objeto que otro anterior, aunque modificando circunstancias accesorias de la pretensión, para corregir los errores de todo tipo que se hubieran podido cometer en el mismo”.