



Nuevos capítulos judiciales de la «leyenda del varón discriminado» en pensiones: ¿de los complementos a la integración de lagunas?

Cristóbal Molina Navarrete

*Director de la [Revista de Trabajo y Seguridad Social](#). CEF
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

«CONSIDERANDO: Que la jurisprudencia debe tener como propósito y finalidad directriz [...] principalmente asegurar la "plasticidad y movilidad" de la norma, para que el Derecho sea, no cosa [...] rígida, sino materia [...] flexible, sujeta a renovación como la vida misma; y así, la doctrina de esta Sala, que durante algunos años ha mantenido un criterio muy restrictivo [...] va evolucionando [...] hacia un derecho menos inflexible y más acomodado a las imposiciones del pensamiento jurídico actual [...].»

Sentencia del Tribunal Supremo, Social, de 18 de marzo de 1933 (RJ 3907, p. 1707).

I

Un primer presupuesto de realidad irrefutable, algo obviado en la aplicación multinivel de las normas: la brecha de género en pensiones existe y está medida

Es criterio hermenéutico elemental, que se enseña desde primero de la carrera jurídica, otra cosa es cuándo se aprende –y otra diferente cuándo se es coherente con ella en el ejercicio de

la función jurisdiccional–, que las leyes deben ser interpretadas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas [canon de control de la primacía de la realidad ex [art. 3 Código Civil](#) –la norma no solo debe ser, sino ser–]. Y, números irrefutables en la mano, al margen de la dimensión concreta según cada una de las estadísticas, que la realidad social de nuestro tiempo viene marcada también por una profunda «brecha de género en pensiones», públicas y privadas (aunque nadie se hace eco de ello, así lo presupone el [art. 5.1 a\) 2.º de la Ley de planes y fondos de pensiones](#), en la redacción dada por la Ley 12/2022, de 30 de junio), si bien aquí nos centramos en las públicas. Las brechas de género en pensiones se dan tanto en el acceso (6 de cada 10 pensiones contributivas son para ellos –7 de cada 10 no contributivas son para ellas–) como en la intensidad protectora (la cuantía media de las pensiones de las nuevas altas de jubilación del RGSS en el caso de las mujeres fue de 1.221 € en 2022, frente a los 1.571 € de los hombres, 22,3%). [El sistema público de pensiones gasta casi 24.500 millones de euros menos en mujeres que en hombres.](#)

Las causas son igualmente inequívocas, como bien ha recordado recientemente un muy solvente [estudio](#), que verá la luz en el próximo número de la [Revista Trabajo y Seguridad Social. CEF](#), sobre las novedades legales en esta materia, de la profesora Isabel Villar Cañada, especialista en este ámbito. La (más interrumpida y corta) trayectoria laboral de las mujeres (por su abrumadora y persistente sobrerrepresentación en el trabajo de cuidar), junto a la brecha retributiva, son los principales, no únicos, determinantes de la menor cuantía de pensión percibida (más lagunas de cotización por trabajos de cuidar no remunerados, por interrupciones del empleo y desempleo de larga duración, junto a menores bases de cotización). No hay misterio ni taumaturgia alguna en ello, tan solo una ancestral distribución sexista de los tiempos de trabajo (menos productivos para ellas, más reproductivos; más productivos para ellos).

En consecuencia, si claras están las causas, cristalinos y sin sombras deberían estar los remedios, que van no solo por la senda de la técnica de las cotizaciones ficticias por el trabajo de cuidar (enfoque clásico), sino también por las acciones positivas que compensen institucionalmente esas lagunas, mejorando el tratamiento para las mujeres, hasta que se reduzca seriamente la brecha de género. Sobre todo ello se pronuncia, con gran precisión, el [estudio de la profesora Villar Cañada](#) comentado. Ahora bien, una vez más, la realidad, la experiencia jurídica muestra que lejos de esta nitidez, la situación se encuentra hoy absolutamente pantanosa. Toda acción legal positiva es vista con mucha suspicacia en su enjuiciamiento jurisdiccional, para preservar el derecho subjetivo de los varones a la no discriminación por razón de género, aunque –paradójicamente– ellos no lo están realmente, sí (la gran mayoría de) ellas, tratando de igual manera situaciones que no son en absoluto comparables, con carácter general (ni particular), mientras que ni la ley muestra el debido rigor en un ámbito tan delicado ni la praxis administrativa es la exigible en un Estado (no solo constitucional, sino multinivel) de derecho.

II

El lodazal del «extinto» complemento de maternidad trae causa de la pésima técnica legal –con parciales y tardíos intentos de enmienda– y una mala praxis de gestión, que «hace el agosto» de abogacía y jurisdicción ¿o no tanto?

Ni las mentes más preclaras en el análisis del inicial [artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) («complemento por contribución demográfica», más conocido como «complemento de maternidad», realmente remedo de las «primas de natalidad» para las mujeres, en –pírrico– descargo de la gran deuda histórica contraída socialmente con ellas) podrían llegar a advertir la desmedida conflictividad judicial del aciago complemento. Los juzgados se inundan de demandas y, si bien las posteriores –siempre tardías y parciales– leyes de urgencia han intentado corregir algunos de sus muchos vicios, el desaguisado está hecho (algo parecido a lo sucedido con «la ley del solo sí es sí», salvando las distancias penales). Por lo general, los conflictos se van saldando a favor del pretendido «varón discriminado», dando el vuelo máximo a esa equiparación, optando, cuando había varias posibilidades hermenéuticas, por la más favorable a la no discriminación del varón, confirmando esta política el Tribunal Supremo –TS– (ej. máxima retroactividad para su percibo, derecho de ambos progenitores al complemento de maternidad –ej. Sentencia del Tribunal Supremo –STS–, [Sala 4.ª, 362/2023, de 17 de mayo](#), etc.)

Tampoco la entidad gestora ha mostrado sus mejores artes en este ámbito. Y a través de criterios de gestión (praxis administrativa), a fin de producir una orientación masiva en sus diversos ámbitos territoriales, fue construyendo una cierta resistencia a tan generoso derecho jurisprudencial, contrarrestando su favor con el «varón» con una política de gestión administrativa más cicatera, naturalmente corregida poco después ante el fulgor de una doctrina judicial que una y otra vez revisaba sus criterios. En última instancia, en un Estado constitucional de derecho, lo que es o no lo marca quien tiene el poder judicial, no quien actúa como arma del poder ejecutivo.

Por supuesto, no siempre ha sido así, no todos los fallos del TS se han dirigido a agrandar el desaguisado legislativo y gestor del complemento «maldito». Por ejemplo, la [STS, Sala 4.ª, 393/2023, de 31 de mayo](#), confirma algo que, jurídicamente, parecía obvio, pero que cierta doctrina social de suplicación ponía en entredicho apelando a una mal entendida retroactividad de las leyes favorables y a una visión extremadamente laxa de la discriminación de género: que está excluida la pensión de jubilación anticipada voluntaria ([art. 208 LGSS](#)) de las prestaciones que pueden generar derecho a la percepción del complemento de aportación demográfica. Que el nuevo artículo 60 de la LGSS sí lo contemple no puede interpretarse como que él también debía incluirse, por la magnanimidad y generosidad (con recursos públicos) de algún tribunal, en el anterior, que lo excluye expresamente.

O la [STS, Sala 4.ª, 461/2023, de 29 de junio](#), que se centró en determinar si el derecho del progenitor al complemento por aportación demográfica, de su pensión de jubilación, causada el 8 de octubre de 2018, debe percibirse en su totalidad o debe minorarse en atención a que la otra progenitora ha devengado, con efectos de 8 de noviembre de 2021, el complemento por brecha de género. En aplicación de una clara [disposición transitoria trigésima tercera de la LGSS](#), que ciertas doctrinas de suplicación se empeñaron en presentar ensombrecida, a favor de la mayor efectividad del complemento de contribución demográfica para el varón, el TS dio una respuesta afirmativa a la minoración, a mi juicio la única correcta y realmente justa, pese al voto particular que, curiosamente invocando una perspectiva de género que también curiosamente el TS niega en estos asuntos, la rechaza.

Y parecía haberle cogido el gusto a seguir en esta línea de política jurisdiccional del derecho en materia de complementos ex artículo 60 de la LGSS, más comprensiva no solo con el afán legislativo por avanzar en la reducción de la brecha de género, aunque fuese con «renglones torcidos de derecho legislado», sino incluso con la torpe resistencia por la entidad gestora. Una resistencia articulada mediante mala praxis formalizada incluso en criterios de gestión que, lógicamente, el TS no estaba dispuesto a convalidar, pero no quería tampoco exacerbar, agravando el coste de esta errónea posición administrativa para el sistema público de pensiones. Así lo decidió la [STS, Sala 4.ª, 540/2023, de 19 de julio](#).

En este asunto, frente a la pretensión indemnizatoria adicional exigida por el varón discriminado por el daño moral derivado de la negativa deliberada de la entidad a reconocerle el complemento, en aplicación del [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS) (sea por el procedimiento de seguridad social y acumulación de indemnización, sea por el procedimiento especial de tutela de este tipo de derechos de rango superior), que ya habían reconocido varios tribunales superiores de justicia (ej. Extremadura), el TS, en cambio concluye:

«[...] Se residencia [...] en el Estado Legislador la obligación de adaptar la normativa interna a la consecución de los objetivos perseguidos por la Directiva, y no en el ente gestor (INSS) que dictó la resolución sobre el complemento de maternidad aplicando la normativa entonces vigente. [...]. Sin embargo, no es hasta el RD-ley 3/2021, de 2 de febrero, cuando el legislador revisa el precepto con el objetivo o finalidad de adecuarlo a las directrices marcadas por el TJUE. 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» ([STS, Sala 4.ª, 361/2023, de 17 de mayo](#), FJ Tercero, p. 4).

En «cristiano». El TS manda al varón discriminado al calvario de la acción por la responsabilidad patrimonial del Estado (derivada del daño no soportable por normal o anormal funcionamiento del servicio público), que es tanto como vaciar de operatividad práctica la acción indemnizatoria –que sí reconoce–. En cierta medida, descarga al INSS del rechazo

de estas pretensiones y responsabiliza al Estado de la situación, por cuanto, en efecto, no cambió la ley, cuando debería haberlo hecho en aplicación del derecho de la Unión Europea, preferente y con el sentido dado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–, acérrimo defensor del (ficticio más que real) varón discriminado. La responsabilidad eventual del Estado por no cumplir con sus obligaciones se derivaría al procedimiento establecido al efecto en España, que es el –rígido, tardío e insatisfactorio– de la responsabilidad patrimonial.

Curiosamente, en muy recientes fechas, y para asuntos muy diferentes, esta cuestión adquiere protagonismo en el ámbito social, como prueba la Sentencia de la Audiencia Nacional 106/2023, de 5 de octubre, que declara la nulidad de varios de los requisitos recogidos en las bases de la convocatoria de oposiciones de la empresa pública Radiotelevisión Española, cuya celebración estaba prevista el sábado, 7 de octubre, y domingo, 8 de octubre. Para la sala, las personas candidatas perjudicadas tendrán derecho al debido resarcimiento de los daños, pero, eso sí, a través de la acción de responsabilidad patrimonial por parte del Estado ([art. 106. 2 Constitución española –CE–](#)), una cuestión que no es competencia social. En cambio, el TS ha ahorrado este calvario al varón perjudicado que, recluso, fue «despedido» (cesado) por parte del organismo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, siendo anulado por la jurisdicción. Así, la interesante (a múltiples efectos, que aquí no podemos ni nombrar –por más que estoy tentado–) [STS, Sala 4.ª, 566/2023, de 19 de septiembre](#), un dechado de equilibrios jurídicos, más propios del funambulismo, incluso del encaje de bolillos, descarta aplicar los salarios de tramitación directamente ex [artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores](#), pero sí de forma analógica, para compensar su derecho resarcitorio.

III

El TS, que intenta no agravar la mala praxis de gestión, sufre un nuevo «revolcón» del TJUE, afanoso en proteger al «varón discriminado» (pese a serlo solo ficticiamente)

Pero, volviendo a nuestro asunto, hace tiempo que el TS dejó de ser la última palabra del derecho vivo. Siempre tiene la espada de Damocles de ser cuestionado por cualquier órgano jurisdiccional ordinario ante el gran pretor comunitario, el TJUE. Y, lo que es peor para su posición antaño «suprema», se ve a menudo corregido por aquel.

Más aún. Pese a su gusto habitual por la jurisprudencia oracular, donde con gran frecuencia da pautas equívocas al órgano que pregunta (justamente para tener pautas claras a la hora de ejecutar su hipótesis de partida –mostrar que lleva razón y que no la tiene el TS–), en estas materias de protección del varón discriminado (ficticiamente en este caso) se muestra inusualmente claro. Y así lo hace la [Sentencia del TJUE de 14 de septiembre 2023 \(asunto C-113/22\)](#), en virtud de la cual se estima, con la claridad de las aguas cristalinas

de un mar de coral (si no está contaminado), que obligar al varón a acudir a la vía judicial para percibir complemento de maternidad es doblemente discriminatorio y, por lo tanto, en aplicación del artículo 6 de la [Directiva 79/7/CEE](#), le reconoce el derecho a la indemnización adicional, a la que hay que sumar el reintegro de costas (en su caso) y honorarios de la defensa letrada. Y no, no podrá hacerse por la vía de la responsabilidad patrimonial, como decía el TS (en un loable intento de poner un poco de orden en este dislate), sino que deberá fijarse por el propio órgano que conoce del asunto (principio de efectividad).

Es muy difícil no pensar, permítaseme el vulgarismo, en aquello de «si no quieres caldo, ahí van dos tazas». El derecho legislado español solo quería reconocer esta medida a las mujeres (con pésima técnica legislativa), dilatando el cambio legal (tampoco muy ducho en su calidad técnica), contribuyendo la resistencia gestora a dilatar un resultado que estaba cantado. Pues bien, ahora no solo hay que otorgar el complemento desde el inicio de la pensión causante, sino que debe sumarse una indemnización suficiente para resarcir íntegramente el daño patrimonial (que deberá probarse, por supuesto), también los daños personales (el daño moral, este ya más difícil de probar, facilitando la carga de la prueba el [art. 183 LRJS](#), si bien aquí no debería presumirse –como sí hace el TS cuando aplica el [art. 183 LRJS](#) por violación de derechos fundamentales en las relaciones de trabajo–), así como, por si no fuese suficiente, un «efecto disuasorio», para que la entidad gestora, también obligada al efecto útil de las directivas, aprenda y tome buena nota.

A tal fin, se ha de recordar que la entidad gestora ya aprendió, y cambió el infausto [Criterio de gestión 1/2020](#) por el [35/2021](#). Veremos cuál es el criterio del TSJ de Galicia en esta materia. Sería curioso que no se atendiera, con un carácter general, al efecto disuasorio de las indemnizaciones en el común de los asuntos en este país, y si fuese atendido aquí, con pago de la ciudadanía.

IV

Ya en la trituradora del TJUE el complemento de reducción de la brecha de género ¿debe «poner las barbas a remojar» la integración de lagunas en clave de género?

Pero la «sed de justicia antidiscriminatoria» de la maquinaria jurídica en defensa del (ficticio o presunto) varón agraviado por las medidas legales de reducción de la brecha de género no tiene saciedad. Ahora que el complemento de maternidad ya está completamente invertido (se otorga por igual al varón, este tiene derecho a resarcirse en caso de negativa indebida por la entidad gestora), toca ir a por el complemento para la reducción de la brecha de género, la nueva versión corregida, por defectuosa, del artículo 60 de la LGSS. La misión de llevarlo a Luxemburgo ahora le ha correspondido al [Auto del TSJ de Madrid de 13 de septiembre 2023 \(rec. 333/2022\)](#).

Ciertamente, ha sido prudente este tribunal, porque otros han declarado por su poder de jurisdicción el carácter discriminatorio del mismo, aplicándolo directamente en los mismos términos que para el varón. Fue el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) del País Vasco 1750/2022, de 13 de septiembre. Esta rechazó cualquier cuestión de inconstitucionalidad o prejudicial, pues entendía que la discriminación es tan clara que ya sabía lo que iba a decir el TJUE, por lo que ¿para qué molestarlo otra vez con este mismo asunto?, no vaya a ser que cambie de criterio –no es nada probable aquí, a diferencia de lo que ocurrió con el asunto De Diego Porras– y nos meta en un lío mayor –debió pensar la sala–.

En cambio, la sala del TSJ de Madrid sí ha considerado oportuno preguntar, aunque ya sabe en sus adentros lo que le va a decir, por lo que volverá a tener su momento de gloria en esta «batalla judicial en pro del varón discriminado» (aunque ficticio en la práctica). Tampoco podemos entrar aquí en más detalles, aunque sí evidenciaremos no solo que hay algunos argumentos discutibles, sino incluso errados, como el que sostiene que el nuevo complemento se paga mediante la técnica de porcentajes, beneficiando a quienes mayor pensión tienen, lo que es sabido era con el complemento anterior, no con este, que remite, a la ley de presupuestos y tiene cantidades fijas (hoy en torno a los 30 €), según el número de hijos/as.

Pero ya dando –sin riesgo al error de adivinación– por perdida en sede europea –por la llamada nacional– esta «batalla (no digo la guerra) legal por la equidad de género en favor de la mujer» (realmente discriminada) o, según se mire (según el color, diría Campoamor) ganada esta otra batalla judicial por el varón discriminado en pensiones ante el TJUE (bien haría la ley en cambiar antes de que el mal sea mayor) ¿se quedará aquí el conflicto? Evidentemente no. Como explicó con precisión en su momento el profesor Juan Antonio Maldonado y, ahora, la profesora Isabel Villar, en el artículo de la RTSS.CEF referenciado, la integración de lagunas ex artículo 209 de la LGSS (solo para jubilación, no para incapacidad permanente), tras el Real Decreto-ley 2/2023, asume una perspectiva de género. Para la reducción de la brecha en pensiones de forma más acelerada, el cómputo de las lagunas de cotización se deberá hacer de modo diferente, según se sea mujer (100 % base mínima desde el mes 49 al 60, y 80 % desde el 61 hasta el 84) u hombre (modelo general del 50%, salvo que pruebe el perjuicio previsto en el art. 60 LGSS).

Eso sí, largo, muy largo, lo fía el legislador (que siempre nos recuerda la inmortal obra *El burlador de Sevilla*). Y ello porque lo difiere a 1 de enero de 2026 (¿dónde está la urgencia aquí?). Pero, al margen de estas cuestiones técnicas, ¿qué impedirá impugnar esta nueva acción positiva ante el TJUE si, para más inri, en este caso ni tan siquiera se le pide a la mujer tener hijos, algo incomprensible, pues la causa de todas las brechas está en la maternidad y el trabajo de cuidar que luego conlleva a lo largo de un dilatado periodo de tiempo posterior –primero hijos/as, luego padres/madres–? ¿Acaso no habría aprendido nada el derecho legislado de todos estos años de reveses para tomarse más en serio las acciones positivas, tan necesarias político-socialmente como delicadas en el plano jurídico? Ni que decir tiene que es loable esta medida, e incluso muy necesaria, pero había, hay, mejores formas de hacerlo para no alimentar la «sed de justicia de género con el varón (pretendidamente) discriminado».

V

¿Para cuándo la reducción de la brecha de género en pensiones tomada de verdad en serio, no solo la perspectiva de género como canon de integración de las leyes?

Como nos recuerda el TJUE en la sentencia citada, la diligencia debida en materia de igualdad, también en pensiones, vincula a todo poder público, desde luego a los tribunales (se supone que también al TJUE, pese a venir manteniendo una posición más formalista, propia de los años 90 e ignorando el art. 157.4 del [Tratado de funcionamiento de la Unión Europea](#), así como el art. 21 de la [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea](#)), pero sin duda a la ley, también a la Administración. Ningún tribunal niega hoy la centralidad de juzgar con perspectiva de género. Por ejemplo, la [STSJ de Madrid 318/2023, de 27 de marzo](#), reconoce a la actora la prestación a favor de familiares en lugar del subsidio temporal a favor de familiares que se le había denegado por el INSS por no tener 45 años, conforme al [artículo 226.2 b\) de la LGSS](#). Le faltaban 43 días. Pero la mayoría de la sala decide, por perspectiva de género, eximirla de ese requisito, a fin de no incurrir en discriminación indirecta (sin que haya prueba estadística de que sean los hombres los que accedan más que las mujeres a esta prestación por tal requisito). Como le advierte el voto particular, muy bien razonado, la mayoría no integra la perspectiva de género, lo que hace es crear una acción positiva judicial a favor de las mujeres, sin más.

Por supuesto, tampoco podemos entrar aquí en el detalle de tan interesante asunto, pero sí se impone una pregunta: ¿por qué la perspectiva de género habilita –exige incluso– a los órganos jurisdiccionales a integrar las prestaciones, reconociéndolas a las mujeres, incluso si no está expresamente previsto, aplicando el [artículo 9.2 de la CE](#) en relación con el [artículo 4 de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres](#), pero, en cambio, no lo hace a la ley para hacer lo propio, pese a ser el poder público principalmente llamado a ello, también internacionalmente? ¿Es acaso una cuestión de poder o de saber? ¿Puede hacerlo la jurisdicción porque tiene más poder o porque tiene mejor saber jurídico? Aunque tengo algunas respuestas, no todas, este no es el momento de darlas. Solo terminaré esta «entrada» recordando a todos y todas que no se reduce la brecha de género sin leyes producidas, además de enjuiciadas, con aquel canon. La diligencia debida en materia de género para corregir la brecha en pensiones requiere buen saber legislativo en su configuración, pero también buen saber jurisdiccional en su control, atendiendo tanto a la realidad probada (no solo a la formal o presunta –varón ficticiamente discriminado–), como a la efectividad de los principios jurídicos internacionales (imperativo de igualdad de resultados para las mujeres en pensiones respecto de los hombres).