

El control constitucional de la aplicación del Derecho de la Unión Europea y de la inaplicación de la ley interna por los jueces y tribunales (Complementos de pensiones contributivas por maternidad y “discriminación masculina”).

María Emilia Casas Baamonde

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

Resumen: *El desconocimiento y preterición por los órganos de la jurisdicción ordinaria de una norma del Derecho de la Unión, interpretada por el Tribunal de Justicia, contradice el principio de primacía de aquel Derecho y supone una interpretación irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso vulneradora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. El Tribunal de Justicia ha interpretado que la Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, se opone a una norma nacional que reconoce el derecho a un complemento de pensión exclusivamente a las mujeres en determinadas condiciones con exclusión de los hombres en idéntica situación, y supone una discriminación directa por sexo masculino.*

Palabras clave: *Derecho de la Unión Europea. Primacía. Tribunal de Justicia. Inaplicación de la ley interna. Control de constitucionalidad. Directiva 79/7/CEE. Complementos de pensiones. Maternidad. Discriminación masculina.*

Abstract: *The disregard and disregard by the ordinary courts of a rule of European Union law, as interpreted by the Court of Justice, contradicts the principle of the primacy of that law and amounts to an unreasonable and arbitrary interpretation of the rule applied to the proceedings which infringes the fundamental right to effective judicial protection under Article 24 CE. The Court of Justice has interpreted Directive 79/7/EEC on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security as precluding a national rule which recognises the right to a pension supplement exclusively for women under certain conditions to the exclusion of men in the same situation, and as amounting to direct discrimination on the basis of male sex.*

Keywords: *European Union law, primacy, Court of Justice, non-application of domestic law, review of constitutionality, pension supplements, maternity, male discrimination.*

I. Introducción

La STC 152/2021, de 13 de septiembre, pertenece a la serie de sentencias que han establecido los mecanismos con que el Tribunal Constitucional ejerce el control de constitucionalidad sobre la aplicación del Derecho de la Unión Europea por los jueces

y tribunales internos y la inaplicación de la ley interna; en este caso, en un supuesto en que era obligada la aplicación directa 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, interpretada por el Tribunal de Justicia, con el consiguiente desplazamiento inaplicativo de la norma interna, el art. 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015. Los jueces y tribunales no pueden desconocer la interpretación del Tribunal de Justicia e inaplicar la norma del Derecho de la Unión, cuya aplicación efectiva se vale del principio de primacía. Las decisiones judiciales impugnadas mediante el recurso de amparo que estima esta sentencia inaplicaron la Directiva y aplicaron la norma interna, negando el complemento de la pensión de jubilación a un varón, padre de tres hijos.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, declaró que el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE se oponía al artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015, sobre el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de seguridad social. Consideró una discriminación directa por razón de sexo masculino que se reconociera un derecho a un complemento de pensión por “aportación demográfica a la Seguridad Social” para las mujeres (con al menos dos hijos), “... mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento...”.

El complemento por maternidad se introdujo por la disposición final 2.1 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 en el texto refundido de dicha ley de 2015. Recuerda el demandante de amparo, según se recoge en los antecedentes de la STC 152/2021 [3.a)], que el complemento se incorporó a la ley presupuestaria a través de las enmiendas 4241 y 4242 del Grupo Parlamentario Popular, en las que se justificó la medida “de forma muy genérica” a fin de reconocer la contribución de las mujeres trabajadoras que habían compatibilizado su carrera laboral con la maternidad, “suavizar las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres; disminuir la brecha de género en pensiones; y concretar los objetivos generales previstos en el plan integral de apoyo a la familia”.

Con rapidez notable desde el pronunciamiento del Tribunal de Justicia *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, en medio del Derecho excepcional de la emergencia de la pandemia de la Covid-19, el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, procedió a redefinir el complemento, reformando el art. 60 de la LGSS, para “convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones”, “la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas”, en nuestro país y en los países de nuestro entorno; [...] la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y es esta una, si no la más importante, causa de esa brecha: cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida” (exp. de mot.). La observancia por el legislador gubernamental de urgencia de la STJUE *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social* es visible en el reconocimiento del derecho al complemento de los padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de las tareas de cuidados, que, en el decir del RDL 3/2021, se combina con “una acción positiva en favor de las mujeres”, pues si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el complemento lo percibe la mujer.

Con todo, la cuestión de fondo en que descansa la STC 152/2021 no importa más que en la medida en que, a través de la interpretación del Tribunal de Justicia, vinculante para los jueces y magistrados españoles (art. 4.1 LOPJ), éstos quedan obligados a aplicar la ley comunitaria, en los términos dichos por el órgano

jurisdiccional de garantía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, dotado de eficacia directa y primacía, y a inaplicar la ley contraria propia.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional.

Número de resolución judicial y fecha: STC núm. 152/2021, de 13 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de amparo núm. 1047-202

ECLI:ES:TC:2021:152

Fuente: BOE.

Ponente: Excma. Sra. Dña. María Luisa Balaguer Callejón.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado es el que acaba de ser expuesto: en su fondo, versa sobre el “complemento de maternidad” de las pensiones contributivas de seguridad social regulado en el derogado art. 60 de la LGSS, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en favor de las mujeres que hubieran tenido dos o más hijos (biológicos o adoptivos) y fueran beneficiarias en cualquier régimen del sistema de seguridad social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente, por su “aportación demográfica a la Seguridad Social”. La sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, en la estela de una jurisprudencia anterior del mismo tenor, declaró que la Directiva 79/7/CEE del Consejo, se oponía a la citada norma legal española, que establecía el derecho a un complemento de pensión para las mujeres sin reconocérselo a los hombres que se encontrasen en una situación idéntica. Las sentencias judiciales impugnadas a través del recurso de amparo desconocieron la regulación de la Directiva 79/7/CEE interpretada por el Tribunal de Justicia en casos análogos y aplicaron la ley interna. Ese desconocimiento judicial del Derecho de la Unión por los órganos de la jurisdicción social es la dimensión real del problema suscitado, que resuelve la STC 152/2021.

1. Hechos

El demandante de amparo, padre de tres hijos nacidos en 1977, 1981 y 1989, solicitó a la Seguridad Social pensión de jubilación, que le fue reconocida por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 16 de mayo de 2016, de 2350,20 € al mes, con efectos desde el 13 de mayo de 2016. Presentó el demandante reclamación administrativa previa, solicitando el complemento de maternidad que el art. 60 que la Ley General de la Seguridad (LGSS) reconocía a las mujeres que hubieran tenido dos o más hijos (naturales o por adopción), beneficiarias de prestaciones contributivas del sistema de seguridad social de jubilación, viudedad e incapacidad, por su “aportación demográfica a la Seguridad Social”. Fue desestimada por resolución de la Dirección Provincial de Murcia del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 2016, y el reclamante formuló demanda frente al INSS, desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia, de 31 de enero de 2017. El recurso de suplicación fue también desestimado por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 7 de noviembre de 2018.

Pendiente de resolución el incidente de nulidad de actuaciones frente a la sentencia de suplicación, el demandante de amparo presentó dos escritos ante la Sala

de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, adjuntando las conclusiones del abogado general del Tribunal de Justicia en el asunto C-450/18, y la Sentencia del Tribunal, de 12 de diciembre de 2019, en el referido asunto, que había declarado que un complemento de pensión como el regulado en el art. 60 de la LGSS constituía una discriminación directa por razón de sexo prohibida por la Directiva 79/7/CEE al no reconocerse a los hombres que se encuentran en idéntica situación a la de las mujeres.

Desestimado el incidente de nulidad de actuaciones por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 15 de enero de 2020, el recurrente interpuso recurso de amparo contra la sentencia núm. 42/2017, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia, de fecha 31 de enero de 2017 (autos sobre Seguridad Social núm. 559-2016), la sentencia núm. 977/2018, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 7 de noviembre de 2018 (recurso de suplicación núm. 1283-2017) y la sentencia núm. 64/2020 de esa misma Sala, de 15 de enero de 2020, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones núm. 1-2019.

2. Antecedentes

En la reclamación administrativa previa ante el INSS el reclamante alegó que su esposa no era pensionista de ningún régimen de seguridad social y su derecho, siendo padre de tres hijos, a que su pensión de jubilación incluyese el complemento de maternidad reclamado, que era discriminatorio por razón de sexo para el hombre al reconocerse solo a las mujeres por su aportación demográfica a la Seguridad Social, siendo la causa común al hombre. La desestimación administrativa se basó en el artículo 60 de la LGSS de 2015, que únicamente reconocía el complemento por aportación demográfica a las mujeres que hubieran tenido hijos biológicos o adoptados y fueran beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la seguridad social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.

En su demanda frente al INSS, el demandante denunció una discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) al no existir una causa que justificara el diferente trato legal en relación con los hombres al ser la “aportación demográfica a la Seguridad Social” común a mujeres y hombres, contraria a la doctrina constitucional. La resolución recurrida era también contraria a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, solicitando la aplicación directa de la Directiva y, de forma subsidiaria, el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia, de 31 de enero de 2017 (autos núm. 559-2016, sobre Seguridad Social) desestimó la demanda, razonando que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 79/7/CEE disponía que el principio de igualdad de trato no se oponía a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por razón de su maternidad, por lo que la norma legal controvertida establecía un trato favorable para las mujeres en relación a su maternidad que no era contrario al principio de igualdad de trato ordenado por la Directiva. Por lo mismo, no era inconstitucional y no procedía la elevación de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional: la maternidad justificaba dicha desigualdad en favor de las mujeres.

El demandante interpuso recurso de suplicación frente a la decisión de instancia, 1º, por infracción de normas de procedimiento, vulneración de los arts. 97.2 de la LRJS y 24 CE y de la doctrina constitucional sobre incongruencia omisiva, al no tener en cuenta la sentencia de instancia la falta de justificación de la “aportación demográfica a la Seguridad Social”, común a ambos sexos, como causa de la excepción del principio de igualdad de trato (art. 4, apartado 2, de la Directiva 79/7/CEE) y de justificación del devengo del complemento de maternidad exclusivamente en favor de las mujeres, ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Sentencias *Griesmar*, de 29 de noviembre de 2001, C-366/99; *Maurice Leone*, de 17 de julio de 2014, C-173/13; X, de 3 de septiembre de 2014, C-318/13), ni del Tribunal Constitucional sobre “discriminación masculina” (SSTC 103/1983 y 3/1993); y 2º, por vulneración del art. 157 TFUE y del art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, en relación con los arts. 14 CE y 60 de la LGSS, de aplicación directa por el principio de primacía del

Derecho comunitario sobre el interno, sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad ni cuestión prejudicial. Insistió el recurrente sobre la “discriminación masculina” (SSTC 81/1982, 98/1983). Mediante otrosíes, solicitó se plantease cuestión prejudicial, en caso de existencia de duda sobre la normativa comunitaria aplicable (art. 267 TFUE) y, subsidiariamente, de no entender aplicable la normativa comunitaria, se formulase cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 CE).

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia desestimó el recurso. Su sentencia de 7 de noviembre de 2018 negó que la sentencia de instancia hubiera incurrido en el vicio de incongruencia omisiva, al haber dado respuesta y desestimar la demanda aplicando una norma de seguridad social que otorgaba un trato más favorable a la mujer por razón de su maternidad. Considero la Sala que el complemento que la norma legal establecía por “la aportación demográfica a la Seguridad Social” de la mujer operaba como “recompensa o premio por tal motivo” y “por la compatibilización de la actividad laboral con la maternidad”, con el fin de evitar las “discriminaciones que han afectado históricamente a las mujeres”, que incluso tuvieron que “dejar su trabajo para ser madres y que vieron disminuidas sensiblemente sus pensiones llegado el momento de devengarlas”. El art. 60 de la LGSS no contradecía el Derecho de la Unión Europea, su eficacia directa y su primacía, ni la Constitución.

Mediante el excepcional incidente de nulidad de actuaciones el recurrente denunció la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por las mismas causas que había hecho valer en el recurso de suplicación, añadiendo la infracción de la doctrina constitucional sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión respecto a procesos donde se alegan normas de la Unión Europea y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme a la doctrina de la STC 232/2015, de 5 de noviembre.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia desestimó el incidente por sentencia de 15 de enero de 2020. Su sentencia no vulneraba el art. 24.1 CE al estar fundamentada en la Directiva comunitaria, concretamente en la protección de la mujer por razón de su maternidad, por lo que su silencio sobre el planteamiento de cuestión prejudicial conllevaba su negativa, habiendo razonado la desestimación de elevación de cuestión de inconstitucionalidad en que ya había sido inadmitida a trámite por el Tribunal Constitucional la elevada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia (ATC 61/2018, de 5 de junio). Respecto de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 sostuvo que no invalidaba su sentencia, pues sólo tenía eficacia a partir de su fecha.

IV. Posición de las partes

El **demandante de amparo** sostiene que las sentencias de instancia, de suplicación y resolutoria del incidente de nulidad de actuaciones habían vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), en relación con el art. 157 TFUE y el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, así como su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia omisiva, infracción esta última que únicamente se imputa a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia recurridas.

Insiste el demandante de amparo en la argumentación desarrollada ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia sostenida en el Derecho de la Unión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que anunciaban la oposición del sistema jurídico comunitario a la interpretación de artículo 60 de la LGSS defendida por el INSS y por los órganos judiciales ordinarios. Recuerda sus peticiones de plantear cuestión prejudicial con carácter obligatorio y, de forma subsidiaria, cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sin que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia resolviera sobre las mismas, siendo sus argumentos insuficientes e incursos en la infracción del art. 24 CE y de la doctrina constitucional sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión

respecto de procesos en que se alegan normativa y jurisprudencia comunitarias (STC 232/2015). En concreto, la queja de amparo denunció la falta de fundamentación de las sentencias recurridas respecto a la interpretación realizada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el art. 141 TCE (actual 157 TFUE) y el art. 4.2 de la Directiva 79/7/CEE, contenida en las tres sentencias aportadas en el recurso de suplicación, así como respecto a la interpretación de la doctrina constitucional sobre “discriminación masculina” en el sistema de prestaciones de seguridad social, en relación con las sentencias citadas; la omisión de cualquier razonamiento sobre la petición de planteamiento de cuestión prejudicial; la incongruencia de la respuesta de la Sala a la solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que el ATC 61/2018 había inadmitido la cuestión de inconstitucionalidad del Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia por motivos formales, sin entrar en el fondo del asunto.

Justificó la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, respecto de la vulneración del art. 14 CE, por la necesidad de un pronunciamiento constitucional respecto a la discriminación por razón de sexo en el reconocimiento del complemento de maternidad del art. 60 de la LGSS, precepto sobre el que la STJUE de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, había declarado su contradicción con la normativa comunitaria, no existiendo pronunciamiento del Tribunal Constitucional; y respecto de la vulneración del art. 24.1 CE, por la necesidad de un pronunciamiento de la jurisdicción constitucional sobre la interposición de cuestión prejudicial cuando la resolución del órgano judicial nacional no es susceptible de recurso ordinario, fijándose los límites de la discrecionalidad en el planteamiento judicial de las cuestiones prejudiciales.

Solicitó la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas y el reconocimiento de su derecho al complemento de maternidad reclamado o, subsidiariamente, resolviera el Tribunal Constitucional sobre la obligatoriedad del planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Admitido el recurso de amparo y su trascendencia constitucional porque “el recurso puede dar ocasión al tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna”, según la enumeración no exhaustiva de los motivos de trascendencia constitucional de la STC 155/2009, FJ 2.b), el demandante de amparo, en el trámite de alegaciones, puso en conocimiento del Tribunal Constitucional la ya mencionada reforma operada en el art. 60 de la LGSS por el RDL 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, en cumplimiento de la STJUE de 12 de diciembre de 2019. El cambio legislativo reconocía la discriminación que la regulación anterior causaba a los hombres al denegarles el complemento que reconocía a las mujeres.

El **Ministerio Fiscal** formuló un largo escrito de alegaciones en el que interesó la estimación del recurso de amparo, argumentando, con cita de la jurisprudencia constitucional, que el desconocimiento y preterición por los órganos judiciales nacionales de una norma de Derecho de la Unión, interpretada por el Tribunal de Justicia, dotada de primacía frente a la norma interna, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo que puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La STJUE de 12 de diciembre de 2019 había apreciado que el art. 60 de la LGSS era contrario a la Directiva 79/7/CEE y causaba una discriminación por razón de sexo. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en sus dos sentencias desestimatorias del recurso de suplicación y del incidente de nulidad de actuaciones del demandante de amparo había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva, debiendo el Tribunal Constitucional declarar la nulidad de dichas resoluciones con retroacción de las actuaciones al momento de dictar sentencia en el recurso de suplicación para que la Sala se pronunciase sobre la aplicación preferente del Derecho comunitario, teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia, y en su caso,

sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial o de la cuestión de inconstitucionalidad.

V. Normativa aplicable al caso

- Constitución

Artículo 24

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. [...].

- Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, en relación con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social

Artículo 4:

“1. El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,
- la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,
- el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

2. El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.»

Artículo 7:

«1. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:

[...]

b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos;

[...]

2. Los Estados miembros examinarán periódicamente las materias excluidas en virtud del apartado 1, a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social en la materia, si está justificado mantener las exclusiones de las que se trata.»

- Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre

Artículo 60. Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.

“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”.

VI. Doctrina básica

1. Orden de enjuiciamiento de los motivos del recurso de amparo

El Tribunal Constitucional analiza la queja del demandante de amparo sobre vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, por no haber resuelto de forma motivada y congruente el recurso de suplicación planteado y el posterior incidente de nulidad de actuaciones. De ser estimada la queja de amparo, daría lugar a la retroacción de las actuaciones, y es doctrina constitucional consolidada que el orden de examen de los motivos de amparo ha de otorgar prioridad a aquéllos cuya estimación pueda dar lugar a la retroacción de actuaciones, haciendo innecesario el pronunciamiento sobre los restantes, en este caso sobre la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por sexo del art. 14 CE.

2. El control por la jurisdicción constitucional del control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea

Establecida la similitud del recurso de amparo con el decidido por la STC 232/2015, de 5 de noviembre^[1], en el que el recurrente no solo denunciaba la infracción del art. 14 CE, sino también la del art. 24 CE por la falta de pronunciamiento del órgano judicial sobre la aplicación de la normativa comunitaria alegada y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aportando una resolución que había establecido la oposición al Derecho de la Unión de la norma interna aplicada, la sentencia comentada reitera los cánones del enjuiciamiento constitucional que ha de aplicar.

El Tribunal Constitucional controla la actuación de los órganos de la jurisdicción ordinaria en la aplicación del Derecho de la Unión Europea, de modo que aquéllos aseguren la efectividad del principio de primacía de aquel Derecho conforme a la interpretación auténtica establecida por el Tribunal de Justicia. A los órganos judiciales ordinarios corresponde decidir la norma aplicable a un determinado litigio. Sin embargo, el desconocimiento o preterición judicial de la norma europea interpretada por el Tribunal de Justicia puede hacer incurrir esa selección de la norma aplicable en irrazonabilidad o arbitrariedad vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Por ello, los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, a quienes compete el control de la conformidad del Derecho interno con el de la Unión, están obligados a inaplicar la norma interna contraria al Derecho de la Unión, con independencia de su rango, esto es, no solo si se trata de norma reglamentaria, inaplicación que les correspondería, sino incluso si la norma es legal, a la que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria están sujetos, pues esa inaplicación es una consecuencia obligada del principio de primacía del Derecho de la Unión.

En el recurso de amparo estimado por la STC 232/2015, el Tribunal de Justicia se había pronunciado ya sobre cuál era la interpretación correcta del principio de no discriminación contenido en la Directiva alegada en un caso materialmente idéntico, de modo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia formaba parte del objeto del debate, pese a lo cual el órgano judicial no tuvo en cuenta esa jurisprudencia,

incurriendo en una “selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso”, que infringió el art. 24.1 CE. El órgano judicial vulneró el “principio de primacía del Derecho de la Unión Europea” al prescindir de su interpretación por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, el Tribunal de Justicia. Tenía que haber aplicado directamente la norma comunitaria, desplazando la aplicación de la norma interna, sin necesidad de plantear cuestión prejudicial, ya que se trataba de un “acto aclarado” por el propio Tribunal de Justicia que había resuelto con anterioridad una cuestión prejudicial materialmente idéntica a la planteada en un asunto análogo.

3. El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social y los complementos de pensiones por maternidad

El Tribunal de Justicia se había pronunciado ya, en sucesivas ocasiones, sobre la interpretación correcta de la Directiva 79/7/CEE, y había considerado contrarias al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social determinados beneficios con relación a las pensiones que se atribuían solo a las mujeres por el hecho de haber tenido hijos, sin vincularlos a la maternidad y a las desventajas producidas en su carrera profesional. La STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, *Griesmar*, que resolvió la cuestión prejudicial sobre el régimen francés de pensiones de jubilación que reconocía una bonificación por hijos en el cálculo de la pensión de jubilación reservada solo a las mujeres por el hecho de ser madres, presumiendo la asunción por ellas del cuidado de los hijos sin necesidad de demostrar las desventajas profesionales que ese cuidado hubiera causado a sus carreras profesionales, declaró que esa regulación legal vulneraba el principio de igualdad de retribución (art. 141 TCE) al excluir a los funcionarios que pudieran probar haber asumido el cuidado de sus hijos, causándoles una discriminación directa por sexo. En igual sentido se pronunció la posterior STJUE de 17 de julio de 2014, C-173/13, *Maurice Leone*.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia no tuvo en cuenta esas sentencias, llevadas al debate procesal por el demandante de amparo, ni la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, aportada también a la Sala en el incidente de nulidad de actuaciones por el demandante de amparo, que resolvió un asunto materialmente idéntico, declarando la incompatibilidad del art. 60 de la LGSS de 2015 con la Directiva 79/7/CEE.

La STJUE *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)* declaró que la disposición legal española incurría una discriminación directa por sexo conforme al art. 4, apdo. 1, de la Directiva 79/7/CEE, ya que la “aportación demográfica a la Seguridad Social” no justificaba la concesión del complemento con exclusividad a las mujeres, negándolo a los hombres que se encontrasen en una situación comparable, cuando su aportación a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres. Pese a la diferencia cuantitativa de las pensiones contributivas de mujeres y hombres, las mujeres y los hombres se encontraban en una situación comparable en su condición de progenitores. Por lo demás, el art. 60 de la LGSS de 2015 no condicionaba el complemento de pensión al disfrute de un permiso de maternidad, o la reparación de las desventajas sufridas por las mujeres en su carrera por causa de la interrupción de su actividad por su maternidad, ya que se concedía también en caso de hijos adoptivos, o al hecho de que las mujeres hubieran abandonado el trabajo al tener hijos.

Al desconocer la primacía aplicativa del Derecho de la Unión, interpretado por el Tribunal de Justicia, la Sala incurrió en una “interpretación irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso que vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la parte recurrente en amparo”.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo con los siguientes pronunciamientos:

1º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2º Restablecerle en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 7 de noviembre de 2018 (recurso de suplicación núm. 1283-2017) y de 15 de enero de 2020 (incidente de nulidad de actuaciones núm. 1-2019).

3º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de las citadas resoluciones para que el órgano judicial dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

VIII. Pasajes decisivos

- “(i) a este tribunal “corresponde [...] velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando [...] exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea [...]” (FJ 3);
- “(ii) el desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, “puede suponer una ‘selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6) [...]” (FJ 3);
- “(iii) los jueces y tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión; esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los jueces y tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea [...]” (FJ 3);
- “Ciertamente, hay que subrayar que antes de que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia resolviera el recurso de suplicación que le fue planteado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había pronunciado en repetidas ocasiones sobre la interpretación correcta de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, en relación con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, considerando contrarias al mencionado principio determinados beneficios con relación a las pensiones que se atribuían solo a las mujeres por el hecho de haber tenido hijos, sin vincularlos a la maternidad y a las desventajas que esta pudiera acarrear en su carrera profesional” (FJ 4);
- “Aunque tal jurisprudencia formó parte del objeto de debate, ninguna valoración realizó sobre ella la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, y tampoco lo hizo cuando la parte en el trámite del incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a su sentencia, aportó la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, asunto *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, que había recaído, precisamente, sobre un asunto materialmente idéntico, declarando la contravención del art. 60 LGSS/2015 con la normativa comunitaria” (FJ 4);

- “[...] el Tribunal de Justicia apreció que tal disposición suponía una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE, dado que la “aportación demográfica a la Seguridad Social” en la que se fundamentaba la concesión del beneficio a favor de la mujer no podía servir de justificación, por sí sola, para no concedérsela a los hombres que se encontrasen en una situación comparable, cuando la aportación de aquellos a la demografía era tan necesaria como la de las mujeres. En ese sentido, se señaló que la existencia de datos estadísticos que mostraban diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las de los hombres no resultaban suficientes para llegar a la conclusión de que, por lo que se refería al complemento de pensión controvertido, las mujeres y los hombres no se encontrasen en una situación comparable en su condición de progenitores. Y se añadió que el precepto cuestionado no contenía ningún elemento que estableciera 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, ya que se concedía también en caso de hijos adoptivos y no se exigía que las mujeres hubieran dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron los hijos” (FJ 4);
- “En suma, se concluyó 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, debía interpretarse en el sentido de que se oponía a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establecía el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hubieran tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y fueran beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encontrasen en una situación idéntica no tenían derecho a tal complemento de pensión” (FJ 4);
- “A pesar de que tales pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretando la normativa comunitaria permitían apreciar la discriminación denunciada por el recurrente y eran conocidos por la Sala sentenciadora al formar parte del objeto del debate, no fueron tomados en consideración. Y ese desconocimiento y preterición de una norma del Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por aquel Tribunal de Justicia, supuso la infracción del “principio de primacía del Derecho de la Unión”, incurriendo la Sala en una interpretación irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso que vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la parte recurrente en amparo [...]” (FJ 4);
- “Procede, por consiguiente, el otorgamiento del amparo solicitado, con declaración de la nulidad de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia impugnadas y la retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que el órgano judicial, con plenitud de jurisdicción, dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado” (FJ 4).

IX. Comentario

1. Análisis previo sobre el recurso de amparo

En realidad, se trata de un recurso de amparo del art. 43 de la LOTC, pues la negativa al reconocimiento del derecho pretendido por el demandante está, en su

origen, en una resolución administrativa, pero transmutado en amparo judicial del art. 44 de la LOTC por la construcción de la demanda de amparo sobre la impugnación de las resoluciones judiciales y la solicitud de aplicación directa de la Directiva 79/7/CEE. El demandante de amparo imputó la vulneración de su derecho a la igualdad y a la no discriminación por sexo (art. 14 CE) tanto al Juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia como a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, aunque realmente la violación de su derecho habría sido causada por las decisiones denegatorias del INSS, haciendo por esta vía disponible para la parte demandante el plazo para la interposición del recurso de amparo; la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la dirigió contra las dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia. El Tribunal Constitucional contesta únicamente a esta segunda queja y, en consecuencia, su mandato de retroacción de actuaciones, que conlleva el fallo estimatorio del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, alcanza sólo al recurso de suplicación.

El incidente de nulidad de actuaciones presenta también una problemática singular, pues reitera, en parte, las quejas hechas valer en el recurso de suplicación. No obstante, se desprende de los antecedentes (2 y 3) y del FJ 1 de la sentencia la existencia de nuevas vulneraciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva hechas valer por el demandante de amparo, directamente imputables a la sentencia de suplicación -incongruencia omisiva e inaplicación de la doctrina de la STC 232/2015-, para cuya denuncia el incidente de nulidad de actuaciones es instrumento procedente, y no meramente dilatorio del recurso de amparo, como sucedería si la vulneración del derecho fundamental, en sus distintas dimensiones, ya hubiera denunciada a través del recurso de suplicación.

2. Sobre la sentencia

Es una sentencia de aplicación de doctrina: de la doctrina sentada en la STC 232/2015, de 5 de noviembre, en cuanto a los parámetros o cánones del enjuiciamiento constitucional del control desconcentrado de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea por la jurisdicción ordinaria, existiendo interpretación vinculante del Tribunal de Justicia. Esta es la cuestión principal, que se construye a partir de la interpretación del Tribunal de Justicia, la aplicación obligada para los órganos judiciales españoles de la norma comunitaria interpretada y la inaplicación consiguiente de la norma estatal contraria. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en concreto, de la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)* fija la interpretación sobre la cuestión de fondo, en la que la sentencia comentada del Tribunal Constitucional no entra más que a través del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. La STC 152/2021 no examina la queja del recurrente de amparo relativa a la presunta vulneración del artículo 14 CE; no precisa hacerlo al estimar el recurso de amparo y ordenar la retroacción de las actuaciones para que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia se pronuncie teniendo en cuenta la regulación comunitaria interpretada por el Tribunal de Justicia y su primacía sobre el Derecho interno,

2.1 Sobre el control de constitucionalidad de la aplicación directa del Derecho de la Unión Europea y de la inaplicación de la ley interna por los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, consecuencia de primacía del derecho de la Unión

La doctrina de la sentencia, que reproduce la de la STC 232/2015 por la similitud de los casos decididos, no agota todos los cánones del enjuiciamiento de constitucionalidad de la actuación de la jurisdicción ordinaria en sus juicios de selección de la norma aplicable, cuando en esa aplicación entra en juego el Derecho de la Unión Europea, dotado de la primacía aplicativa que conlleva su eficacia directa, cuando la tiene. Utiliza los precisos para resolver el recurso de amparo, que estima por la selección arbitraria e irrazonable por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de la ley aplicable, el art. 60 de la LGSS de 2015, incompatible con la Directiva 79/7/CEE, según la interpretación del Tribunal de Justicia en casos análogos (Sentencias *Griesmar* y *Maurice Leone*) y sobre el propio art. 60 de la LGSS

de 2015 en la Sentencia *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, alegadas y aportada por el demandante de amparo.

Como en otros cánones sobre la obligatoriedad de los jueces y tribunales ordinarios de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, aquí innecesarios al existir un “acto aclarado” por el Tribunal de Justicia, tras todo ello late el problema constitucional de la inaplicación por los jueces y magistrados, integrantes del Poder Judicial, de la ley a cuyo imperio están “únicamente” sometidos en un sistema democrático (art. 117.1 CE). La primacía del Derecho de la Unión en las materias de su competencia, ex art. 93 CE, “fundamento último” de nuestra incorporación al proceso de integración europea y de nuestra vinculación al Derecho comunitario, ha precisado ordenar la integración del ordenamiento comunitario autónomo en el nuestro propio observando su primacía como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad. Hay autores que han calificado este fenómeno integracionista de mutación constitucional, mientras que otros, entre los que me encuentro, han señalado que, pese a la complejidad de la operación, no ha supuesto una mutación constitucional. No ha afectado al monopolio de control de la constitucionalidad de la validez de la ley por el Tribunal Constitucional (sistema concentrado de control), ampliado con su control del control judicial -valga la redundancia- desconcentrado de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea -o “control de europeidad”: R. Alonso García-, resuelto en términos de aplicabilidad e interpretación de la ley: en este caso, de la aplicación directa de la ley comunitaria, interpretada por el Tribunal de Justicia, e inaplicación de la ley interna contraria a la ley comunitaria prevalente, cuyo desconocimiento vulneró la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

En otros términos, la jurisdicción constitucional afirma en esta sentencia, que aplica doctrina constitucional ya establecida, que le corresponde controlar la inaplicación por la jurisdicción ordinaria de la ley, a la que está sometida, por causa su desplazamiento en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que hemos aceptado por aplicación de la Constitución misma (DTC 1/2004). El control último de esa operación normativa lo ejerce el Tribunal Constitucional, que siempre ha dicho que no es juez del Derecho de la Unión, Derecho situado en el terreno de la legalidad ordinaria, cuya interpretación y aplicación corresponde a la jurisdicción ordinaria. Claro que, desmintiendo esa jurisprudencia inveterada, para ejercer ese control, como viene haciendo con los cánones de enjuiciamiento señalados y en esta sentencia, el Tribunal Constitucional tiene que interpretar el Derecho de la Unión. Así ha sido destacado por la doctrina constitucionalista con toda razón.

2.2 Sobre la “discriminación masculina”

El demandante de amparo utiliza esta expresión en cuatro ocasiones (para reclamar la aplicación de la doctrina constitucional sobre discriminación masculina en prestaciones de seguridad social) y la sentencia comentada lo hace en dos, siguiendo las alegaciones de aquél, y refiriéndose “la doctrina de este tribunal sobre **discriminación masculina** en materia de pensiones”.

La STC 152/2021, con el canon externo del art. 24. 1 CE, resume la argumentación de la Sentencia *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social para poner de manifiesto su contradicción con la ley interna aplicada por las decisiones judiciales impugnadas y con la interpretación de la ley aplicada contenida en dichas decisiones judiciales. En la Sentencia WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social el Tribunal de Justicia apreció que el art. 60 de la LGSS de 2015 concedía un trato menos favorable a los hombres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados, lo que constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por lo tanto, está prohibida por la Directiva 79/7, al no estar comprendido en el ámbito de aplicación de la excepción a la prohibición de discriminación establecida en su artículo 4, apartado 2, ni en su art. 7, apartado 1, letra b); este último precepto no empece la facultad de los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del*

derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos.

La “aportación demográfica a la Seguridad Social” en la que el art. 60 de la LGSS de 2015 fundamentaba la concesión del beneficio en favor de las mujeres no podía servir de justificación, por sí sola, para no reconocer el mismo complemento a los hombres que se encontrasen en una situación comparable, cuando “la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres”. La “circunstancia” de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera. En sus observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia el INSS había aportado datos estadísticos, que revelaban una diferencia estructural entre los importes de las pensiones de los hombres y los de las mujeres, así como entre los importes de las pensiones de las mujeres sin hijos o con un hijo y los de las mujeres que hubieran tenido al menos dos hijos. Para el Tribunal de Justicia, siguiendo las conclusiones del abogado general Michal Bobek las estadísticas, incontestables, no resultaban suficientes “para llegar a la conclusión de que, por lo que se refiere al complemento de pensión controvertido, las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores”. Además, la norma legal no protegía la maternidad, pues no vinculaba la concesión del complemento de pensión controvertido al disfrute de un permiso de maternidad o a las desventajas sufridas por una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto, ya que se concedía también en caso de hijos adoptivos; ni atendía a las cargas educativas de los hijos, pues no exigía que las mujeres hubieran dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron los hijos.

La contemplación especular de esta doctrina por el Tribunal Constitucional se dirige a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, cuyas sentencias anula, para que proceda a resolver de nuevo el recurso de suplicación, respetando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo. No corresponde al Tribunal Constitucional enjuiciar la validez del Derecho de la Unión, que no se efectúa en el marco de la Constitución, sino en el de su ordenamiento propio, en el de los Tratados de la Unión y en su sistema jurisdiccional propio, pudiendo, en cuanto órgano jurisdiccional, plantear incidentes prejudiciales ante el Tribunal de Justicia (art. 267 TFUE), mecanismo manejado con gran economía por los tribunales constitucionales. No obstante, y no obstante la “sustantividad propia” de los derechos fundamentales de nuestra Constitución (art. 10.1 y DTC 1/2004, FJ 2; no utilizaré la problemática expresión “intangibilidad constitucional”), de efectos plenos cuando no está en juego la aplicación del Derecho de la Unión en ámbitos materiales de su competencia, la exigencia de su observancia y aplicación por los órganos de la jurisdicción ordinaria conlleva la aceptación de la doctrina del Tribunal de Justicia por el Tribunal Constitucional, que en esta sentencia ampara el modo de obligar del Derecho de la Unión sobre nuestro ordenamiento en el que esa doctrina interpretativa del Derecho de la Unión por su órgano autorizado es pieza jurídica básica. Con el canon de análisis o enjuiciamiento del art. 24.1 de la Constitución, no con el de su art. 14, en el que la STC 152/2021 no entra.

X. Apunte final

No me corresponde en este comentario analizar la doctrina del Tribunal de Justicia *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, que, en esencia, no acoge la “perspectiva de género”, es limitativa de las acciones positivas igualatorias de las desventajas padecidas históricamente por las mujeres, y acepta la “discriminación individual masculina”. Una jurisprudencia con un afán de igualdad loable cuando la maternidad y la paternidad y el cuidado corresponsable de los hijos tengan los mismos efectos sobre el trabajo de mujeres y hombres y sobre sus carreras de cotización para lucrar pensiones contributivas, lo que hoy no sucede, como los recalcitrantes datos

estadísticos demuestran palmariamente; cuando se cierren las brechas de género, si se cierran (dentro de 125 años según el FMI).

Solo reiteraré, en este apunte final, que el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, ha reformado el art. 60 de la LGSS de 2015, en aplicación de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*. La norma vigente dice así:

“Artículo 60. Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

1. Las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres. El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

a) Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.

b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

1.^a En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

2.^a En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

3.^a Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

4.^a El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma”.

La nueva formulación del complemento de maternidad de las pensiones para reducir la brecha de género fue debatida por el Gobierno en el marco del diálogo social con los interlocutores sociales, “cuyas aportaciones han servido para incorporar importantes mejoras en el diseño y regulación de este instrumento, reforzando así la legitimidad social de la reforma”, anunció la exposición de motivos del RDL 3/2021.

Sin entrar en otras precisiones, el complemento de pensiones no tiene ya su justificación en la “aportación demográfica a la Seguridad Social”, sino que se destina a la “reducción de la brecha de género”, pudiendo también ser beneficiarios los hombres que acrediten un perjuicio en sus carreras de cotización como consecuencia de la asunción del cuidado de los hijos.

En la web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones se dice: “El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género sustituye el complemento por maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género, *con el que se persigue reparar el perjuicio que han sufrido a lo largo de su carrera profesional las mujeres por asumir un papel principal en la tarea de los cuidados de los hijos que se proyecta en el ámbito de las pensiones*”.

Referencias:

1. [^] *Estimatoria del recurso de amparo promovido por un profesor interino al que se había denegado el complemento específico de formación de profesorado (conocido como “sexenio”), reservado a los funcionarios de carrera.*