

### Indemnización por reincidencia en discriminación por razón de sexo en actuación de entidad gestora tras pronunciamiento del TJUE.

**Óscar López Bermejo**

*Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Andalucía).*

**Resumen:** *La sentencia analizada tiene por objeto resolver la correcta interpretación de los arts. 3 (riesgos), 4 (igualdad de trato), 5 (medidas para poner fin a desigualdad) y 6 (reclamación vía jurisdiccional por no aplicación de igualdad de trato) 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. El TJUE resuelve la cuestión prejudicial en el sentido de que ante un practica administrativa -calificada como discriminatoria por razón de sexo- reiterando el incumplimiento del ordenamiento de la Unión, ya resuelto y declarado por una anterior sentencia del TJUE, permite una condena indemnizatoria como reparación pecuniaria adecuada para compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos, incluyendo costas y honorarios de abogado asumidos por el demandante al reclamar ante los órganos judiciales el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social previsto en el art. 60 LGSS. No consideración como reparación idónea y suficiente el carácter retroactivo al momento de nacimiento de la prestación de los efectos de tal complemento.*

**Palabras clave:** *Mantenimiento de actuación administrativa causante de discriminación por razón de sexo. Conducta ya censurada por previa sentencia del TJUE. Reparación adecuada.*

**Abstract:** *The purpose of the judgment under consideration is to resolve the correct interpretation of Article 3 (risks), Article 4 (equal treatment), Article 5 (measures to eliminate inequality) and Article 6 (legal remedy for failure to apply equal treatment) of the Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive application of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security. The CJEU settles the preliminary ruling in the sense that an administrative practice -qualified as discriminatory on the basis of sex-, reiterating failure to comply with the law of the union in a sense already resolved by an earlier judgment of the CJEU, an award of compensation is allowed as an appropriate pecuniary compensation to compensate in full for the damage actually suffered, including costs and attorney's fees incurred by the plaintiff to claim the maternity supplement in the contributory pensions of the social security system provided for in art. 60 LGSS. The retroactive nature of the effects of such supplementation is not an adequate and sufficient remedy.*

**Keywords:** *Maintenance of administrative action causing gender discrimination. Conduct already censured by previous CJEU ruling. Adequate reparation.*

## I. Introducción

La sentencia dictada por la Sala Segunda del TJUE el 14 de septiembre de 2023 (asunto C-113/22)<sup>[1]</sup>, al hilo de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante auto de 2 de febrero de 2022<sup>[2]</sup>, y que ahora comentamos, se muestra relevante por diversas cuestiones.

Por una parte, y de forma interna, porque ejemplifica qué se puede entender por reparación adecuada.

De otra, desde un punto de vista global y favorable para la seguridad jurídica, despeja una cuestión causante de controversia tanto en primera como segunda instancia de los órganos jurisdiccionales españoles, que si bien parecía superada por la STS de 17 de mayo de 2023 (RCUD 2222/2022), cuando rechazó la posibilidad de condenar al INSS a indemnizar al varón peticionario por daños morales en caso vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo -denegando el complemento de maternidad del art. 60 LGSS, a pesar de conocer la STJUE de 12 de diciembre de 2019-, no obstante ha vuelto a dar un giro de 180°, al fijar la sentencia del TJUE ahora objeto de análisis una línea discursiva opuesta a la seguida en el pronunciamiento de la Sala IV, como luego veremos en la comparación que haremos en el apartado "IX Apunte final".

## II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda).

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia el 14 de septiembre de 2023.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** cuestión prejudicial. Asunto C-113/22.

**ECLI:EU:C:2023:665**

**Fuente:** CURIA

**Ponente:** Excma. Sra. Dña. A. Prechal.

## III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

### 1. *Los hechos del caso litigioso y su desarrollo en vía judicial*

*Los datos fácticos constan en los apartados 14 a 16 de la sentencia:*

- Se trata de un padre de dos hijos, con prestación de incapacidad permanente absoluta reconocida por el INSS con efectos a partir del 10 de noviembre de 2018, que durante la tramitación del procedimiento administrativo para esa prestación no solicitó expresamente ni se le reconoció de oficio el derecho al complemento denominado «por maternidad» previsto en el aquel momento vigente artículo 60, apartado 1, de la LGSS para las pensiones de jubilación, incapacidad permanente o viudedad.
- El mismo varón, tras tomar conocimiento de la sentencia de 12 de diciembre de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C-450/18) donde viene a reconocer que el artículo 60 de la LGSS, que reserva la concesión de dicho complemento únicamente a las mujeres es contrario a la Directiva 79/7 -por ello discriminatoria por razón de sexo-, presentó ante el INSS, el 10 de noviembre de 2020, una solicitud de su reconocimiento, equivalente al 5 % de la prestación de incapacidad permanente que percibía. Por el

INSS se dicta resolución de 17 de noviembre de 2020 denegando el derecho a este complemento.

*Desarrollo judicial del caso y posiciones de las partes, que constan en los apartados 17 a 25:*

- El interesado interpone demanda, resuelta en primer grado por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Vigo (Pontevedra), en cuya sentencia de 15 de febrero de 2021<sup>[3]</sup>, con fundamento en la sentencia de 12 de diciembre de 2019 TJUE (C-450/18), reconoce el complemento de pensión litigioso fijando los efectos económicos a los tres meses anteriores a su solicitud, presentada el 10 de noviembre de 2020, pero desestima la pretensión indemnizatoria formulada por el actor.
- Tanto el INSS como el demandante interponen recurso de suplicación del que conoce el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- En su recurso el INSS defiende que, en aplicación principio de legalidad, el reclamante no tiene derecho al complemento previsto en el artículo 60 de la LGSS.
- El demandante -ahora suplicante- insta el reconocimiento del derecho con efectos desde la fecha en que tuvo acceso a su pensión -el 10 de noviembre de 2018-, puesto que, de haber sido una mujer, se le habría informado de ese derecho desde dicha fecha. Por las mismas razones, reclama una indemnización reparadora y disuasoria por vulneración del principio de no discriminación.

## *2. Cuestiones prejudiciales*

En este escenario, el órgano judicial nacional remitente entiende esencial para resolver su litigio que el TJUE resuelva si la práctica del INSS, expuesta y publicada en el Criterio de Gestión 1/2020 -acto interno de la entidad gestora-, sobre cuya base sistemáticamente los hombres ven denegada la concesión del complemento de pensión litigioso y provocando que éstos deban acudir a la vía judicial, debe considerarse, de acuerdo con la Directiva 79/7, una discriminación distinta a la discriminación derivada del artículo 60 de la LGSS, tal como fue declarada mediante la sentencia de 12 de diciembre de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres, C-450/18, EU).

Además, en caso de obtener una respuesta afirmativa al anterior interrogante, al estar ante una nueva y diferente discriminación, el TSJ de Galicia plantea dos cuestiones más:

1º Determinación fecha de efectos.- ¿Desde cuándo debe concederse al interesado el complemento de pensión?; ¿Tiene eficacia retroactiva?; ¿Ésta puede fijarse a partir de la fecha del reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente a la que se vincula tal complemento?.

2º Forma de concretar la reparación.- Dos dimensiones:

- Si ante el incumplimiento del Derecho de la Unión derivada de la resolución denegatoria del INSS, basta, con reconocer la concesión retroactiva del complemento de pensión litigioso, sin que sea necesario abonarle una indemnización adicional, o si, por el contrario, procede concederle la indemnización con el fin de, por un lado, reparar los daños materiales y morales sufridos y, por otro, disuadir de tales incumplimientos.
- En caso de proceder una indemnización adicional, si dentro de ésta se pueden incluir los gastos relativos a las costas y los honorarios de abogado, con el elemento a destacar de que el INSS no puede ser condenado por la naturaleza del proceso laboral y previsión legal.

Por razón de lo anterior, el órgano nacional español formula las cuestiones con el siguiente tenor:

«1) Si la práctica de la entidad gestora recogida en el Criterio de Gestión [1/2020] de denegar siempre el complemento [de pensión] litigioso a los varones y obligarlos a reclamar en vía judicial, como le ha ocurrido al demandante en el presente juicio, 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, [Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C-450/18, EU:C:2019:1075)], de manera que, en sí mismo considerado, ese incumplimiento administrativo constituye una discriminación por razón de sexo, a la vista de que, según su artículo 4, el principio de igualdad de trato se define como ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, y que, según su artículo 5, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir disposiciones tanto legislativas como administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

2) Si, atendiendo a la respuesta que se dé a la anterior cuestión y considerando la Directiva 79/7 (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento debe ser la de la solicitud (con retroacción de 3 meses), o esa fecha de efectos se debe retrotraer a la fecha en que se ha dictado o publicado la [sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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)], o a la del hecho causante de la prestación de incapacidad permanente a que se refiere el complemento [de pensión] litigioso.

3) Si, atendiendo a la respuesta que se dé a las anteriores cuestiones y considerando la Directiva aplicable (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), 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 esta Sala de lo Social se debe incluir como un concepto de la indemnización.»

#### **IV. Normativa aplicable al caso**

##### **1. Derecho de la Unión**

La Directiva 79/7 <sup>[4]</sup> establece:

- Art. 1: «La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo “principio de igualdad de trato”.»
- Art. 2: «La presente Directiva se aplicará a la población activa, incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, así como a los trabajadores inválidos.»
- Art. 3, apartado 1: «La presente Directiva se aplicará: a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos: – enfermedad, – invalidez, – vejez, – accidente laboral y enfermedad profesional, – desempleo;[...].»
- Art. 4, apartado 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.».

- Art. 5: «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.».
- Art. 6: «<Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona, que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato, pueda hacer valer sus derechos por la vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes.»

## 2. Derecho nacional

### 2.1 Normas sustantivas

**Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto refundido fue aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 8/2015<sup>[5]</sup>:**

- Art. 53: «1. El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud. Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos [...]».
- Art. 60, **en su versión aplicable al litigio principal, portaba la rúbrica «Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social»** y disponía en su apartado 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.[...]».

**Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>[6]</sup>:**

- Art. 10 «Los actos [...] que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su

caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.».

## 2.2 Normas procesales

### **Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social:**

- Art. 183, apartados 1 y 2: «1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. 2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.».

## 2.3 Otros instrumentos no normativos relevantes para el litigio

Criterio de Gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, adoptado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS <sup>[7]</sup> (en lo sucesivo, «Criterio de Gestión 1/2020»), con el siguiente tenor: «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 ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres [...]».

### *3. Pronunciamiento previo del TJUE relevante para el posterior del mismo Tribunal.*

Para entender nuestro análisis, merece tratamiento particular la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-450/2018), citada de forma reiterada por todas las partes del proceso y por los diferentes órganos judiciales tanto nacionales como por el propio TJUE.

Esta sentencia tiene por objeto controlar si se ajusta al Derecho de la Unión un precepto nacional español -el art. 60 LGSS- titulado "Complemento de maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social", apartado 1, del RD Leg. 8/2015, de 30 de octubre, TRLGSS **-versión anterior a la reforma operada en este precepto por el RDL 3/2021 de medidas para la reducción de la brecha de género en las pensiones**

Pues bien, la sentencia del TJUE (asunto C-450/2018), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 17 de febrero de 2020<sup>[8]</sup>, declaraba que: "La *Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978*, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en

cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.". Así, con este pronunciamiento se reconocía que la redacción del precepto nacional -art. 60 LGSS- constituía una discriminación directa por razón de sexo y contrario a la *Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19.12.1978*, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y provoca que el complemento previsto en ese mismo artículo debe aplicarse también a los varones que se encuentren en los mismos supuestos en el previsto y destinado sólo al sexo femenino.

## V. Doctrina básica y pasajes decisivos

La sentencia del TJUE que ahora analizamos resuelve dos de las tres cuestiones prejudiciales planteadas, dado que, como contiene el pronunciamiento del órgano judicial supranacional, el TSJ de Galicia retiró su segunda petición prejudicial, relativa a la determinación de la fecha de efectos, pues con posterioridad al planteamiento de la decisión prejudicial, la Sala IV, en sentencia de 30 de mayo de 2022, resolvió tal controversia, decidiendo que esa fecha es la del acceso a la pensión a la que están vinculados dichos complementos.

Aclarado lo anterior, son dos las peticiones prejudiciales que resuelve la sentencia ahora analizada, así:

1ª.- La destinada a despejar si existe una discriminación directa por razón de sexo en el actuar del INSS -denominada discriminación administrativa-, a pesar de haberse declarado antes el TJUE (asunto C-450/2018), y por ello contraria Directiva 79/7/CEE del Consejo, la concurrencia una discriminación directa por razón de sexo en la redacción del art. 60 LGSS -discriminación normativa-. Y la respuesta dada por el Tribunal de la Unión es afirmativa, en base de las siguientes consideraciones:

Jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, consistente en que declarada la existencia "de una discriminación contraria al Derecho de la Unión, y mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada".

Que lo anterior genera un mandato al órgano judicial nacional, en el sentido de que no debe aplicar la norma interna declarada discriminatoria y contraria al Derecho de la UE, y ello sin tener que esperar a su derogación por el legislador interno, garantizando así un trato igual entre el grupo privilegiado frente al que no lo es. Para ello se apoya en varios pronunciamientos del TJUE en este mismo sentido (**sentencias de 21 de junio de 2007, Jonkman y otros, C-231/06 a C-233/06** <sup>[9]</sup>).

Que este mismo mandato, y aquí lo relevante, se dirige "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" (**sentencia de 10 de marzo de 2022, Grossmania, C-177/20** <sup>[10]</sup>).

Y en atención a los anteriores parámetros la sentencia analizada considera que en el caso concreto, a pesar de la discriminación normativa ya reconocida por este Tribunal de Unión, la resolución administrativa denegatoria del complemento vuelve a acudir al mismo precepto, ejecutando el INSS una interpretación manifiestamente -y consciente- contraria al Derecho de la Unión, exégesis que incluso se manifiesta recogida en el Criterio de Gestión 1/2020 -acto de organización interna de la entidad gestora-, y todo porque esta autoridad administrativa considera que este debe ser su procede a la espera de la adaptación legislativa del art. 60 LGSS para resolver en sentido favorable al varón reclamante, lo que lleva al TJUE a concluir que junto a la ya reconocida "discriminación directa por razón de sexo que se deriva de los requisitos materiales previstos en la norma controvertida en el litigio principal", ahora también se manifiesta en la actuación y resolución del INSS una "discriminación relativa a los

requisitos procedimentales que regulan la concesión del complemento de pensión litigioso”, que provoca en el peticionario la necesidad de acudir a la vía judicial para ver satisfecho su derecho, lo que afecta al solicitante varón tanto respecto a la fecha inicial de su disfrute, como al generarle gastos imprevistos y prescindibles en comparación con una peticionaria del sexo contrario.

2ª.- Sentado que existe la doble discriminación, normativa y administrativa, y observando el TJUE cómo la entidad gestora no ha adoptado las medidas eficaces para poner fin a la discriminación por razón de sexo en el reconocimiento del complemento del art. 60 LGSS, la sentencia resuelve los siguientes interrogantes:

- ¿Es la reparación pecuniaria adecuada para conseguir una igualdad de trato efectiva? La respuesta es sí (apartado 50 de la sentencia del TJUE).
- ¿Se puede entender por adecuado la compensación de los perjuicios causados por la discriminación? Sí, responde de nuevo el Tribunal de la Unión (apartado 50).
- ¿Se puede entender como reparación adecuada y suficiente reconocer al interesado la fecha de efectos retroactivas al momento del hecho causante? No, porque esto sólo lo coloca en plano de igualdad con aquel grupo privilegiado en la norma interna contraria al Derecho de la UE (apartados 52 y 53).
- ¿Se puede conceder una indemnización a las víctimas de una discriminación, con el fin de restablecerlas en su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño, y que la misma consista en las costas y los honorarios de abogado? Y responde que sí, por cuanto el art. 183 LRJS prevé una indemnización por daños derivados de una vulneración de derechos fundamentales, como ocurre en este caso, y que además la naturaleza de las costas y honorarios de abogado no es la propia de las normas procesales internas que impiden su imposición al INSS; sino que tiene la categoría de auténtica reparación pecuniaria como medida adoptada para alcanzar el objetivo de restablecer la igualdad efectiva de oportunidades (apartados 50, 59 y 60).

## **VI. Parte dispositiva**

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

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, y, en particular, su artículo 6 deben interpretarse en el sentido de que, tratándose de una solicitud de concesión de un complemento de pensión, presentada por un afiliado de sexo masculino, que ha sido denegada por la autoridad competente en virtud de una norma nacional que reserva la concesión de dicho complemento a las afiliadas de sexo femenino, y dándose la circunstancia de que esa norma constituye una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 79/7, tal como fue interpretada por el Tribunal de Justicia en una sentencia prejudicial dictada con anterioridad a la resolución denegatoria de la solicitud en cuestión, 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, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial.

## VII. Apunte final

La sentencia del TJUE, aquí analizada, cobra especial interés porque supone la fijación de un parámetro y un criterio opuesto a lo reconocido por nuestra Sala IV del TS en su sentencia de 17 de mayo de 2023 (RCUD 2222/2022)<sup>[11]</sup>, cuando resuelve la misma cuestión relativa a si procede indemnización por daños en el marco de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales ante la resolución denegatoria del INSS al no reconocer al solicitante varón el complemento previsto el art. 60 LGSS. Y en esta confrontación de pronunciamientos destacamos las siguientes conclusiones:

1º Una cuestión previa, como es el factor cronológico de ambos procedimientos, pues la cuestión prejudicial es planteada por el TSJ de Galicia ante el TJUE por auto de 2 de febrero de 2022, recibido en el Tribunal de Justicia el 17 de febrero de 2022, y el recurso de casación por unificación de doctrina se admite por la Sala IV por providencia de 12 de diciembre de 2022. De forma que me surge la cuestión de si -por razones de seguridad jurídica- la Sala de lo Social de nuestro alto Tribunal podría haber esperado al resultado de la cuestión prejudicial, por la identidad absoluta del objeto y del posterior del pronunciamiento.

2º Como primer punto de contradicción, donde el Supremo considera que no se puede imputar a la entidad gestora responsabilidad por la falta de adaptación de la norma nacional -art. 60 LGSS-, al entender que tal deber sólo recae en el legislador, en cambio el TJUE sí es favorable a exigir al INSS el mandato de dar un trato igual ya reconocido en una previa sentencia del TJUE, pues sino se incurre en una discriminación administrativa.

3º Otro punto con posiciones divergentes se da en que mientras la Sala de lo Social del TS configura que la indemnización reclamada por daños tiene categoría de responsabilidad patrimonial, en cambio el Tribunal del Unión sí lo reconoce como un daño indemnizable y reclamable a la autoridad administrativa en este tipo de procesos de protección de derechos fundamentales.

4º Finalmente, otra contradicción, cuando nuestra Sala IV razona que hay reparación suficiente con reconocer al varón solicitante discriminado los efectos retroactivos al momento del nacimiento de la prestación complementada, mientras el TJUE concluye lo contrario, pues sostener el criterio de nuestro Supremo sólo permite colocar en el mismo plano al sujeto discriminado, que ha tenido que acudir a la vía judicial para ver estimada su petición, respecto de los beneficiados del otro sexo que disfrutaron de su reconocimiento en fase administrativa, por lo que sí procede una indemnización añadida con doble finalidad, reparadora y disuasoria.

---

## Referencias:

1. <sup>^</sup> *Sentencia de la Sala Segunda del TJUE el 14 de septiembre de 2023 (asunto C-113/22).*
2. <sup>^</sup> *Auto de 2 de febrero de 2022 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, planteando cuestión prejudicial.*
3. <sup>^</sup> *Sentencia de 15 de febrero de 2021, del Juzgado de lo Social n.º 2 de Vigo (Pontevedra).*
4. <sup>^</sup> *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.*
5. <sup>^</sup> *Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto refundido fue aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 8/2015.*

6. <sup>^</sup> *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.*
7. <sup>^</sup> *Criterio de Gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, adoptado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.*
8. <sup>^</sup> *Sentencia del TJUE (asunto C-450/2018), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 17 de febrero de 2020.*
9. <sup>^</sup> *Sentencias de 21 de junio de 2007, Jonkman y otros, C-231/06 a C-233/06.*
10. <sup>^</sup> *Sentencia de 10 de marzo de 2022, Grossmania, C-177/20.*
11. <sup>^</sup> *Sentencia Sala Social del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2023 (RCUD 2222/2022).*