

SENTENCIA DEL TS DE 17-02-2022 SOBRE FECHA DE EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO A UN VARÓN DEL COMPLEMENTO DE PENSIÓN POR MATERNIDAD

Recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el INSS y la TGSS, contra la **sentencia de 27-5-2021 del TSJ de Cantabria**, en el recurso de suplicación formulado frente a la sentencia de 5-2-2021, del Juzgado de lo Social nº 4 de Santander en autos seguidos a instancia de D. Avelino contra el INSS y la TGSS.

No se ha personado como parte recurrida D. Avelino.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El 5-2-2021 el Juzgado de lo Social nº 4 de Santander dictó sentencia con el siguiente fallo:

«En atención a lo expuesto, se estima la demanda formulada por D. Avelino contra el INSS y TGSS y, en consecuencia, se reconoce al actor el complemento de maternidad del 5% aplicado a la pensión más revalorizaciones».

SEGUNDO. - En dicha sentencia y como hechos probados, se declaraban los siguientes:

1º Reconocimiento de la prestación de jubilación. Por resolución del INSS de 2-12-2016 se reconoció a D. Avelino una pensión de jubilación, con cargo al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

2º Solicitud de revisión de la pensión. En febrero de 2020 el actor solicitó la revisión de su pensión, interesando el complemento de maternidad por ser padre de dos hijos.

La solicitud se desestimó el 24-2-2020 sobre la base de que la normativa vigente en materia de complemento por maternidad es el **artículo 60 de la ley General de la Seguridad Social** que solo contempla un complemento por maternidad respecto de las mujeres que habiendo tenido dos o más hijos biológicos o adoptados, causen derecho a una pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o de viudedad en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social.

El 9-6-2020 el demandante presentó reclamación previa a la desestimación de la revisión, que también se desestimó el 15/06/2020 sobre la base de los mismos fundamentos de derecho.

3º Hijos.

El demandante es padre de dos hijos.

4º Importe de la pensión en caso de estimarse la demanda.

De estimarse la demanda, conforme al suplico de la misma, procedería reconocer un complemento de maternidad del 5%, aplicado a la pensión más las revalorizaciones por haber acreditado el nacimiento de 2 hijos biológicos».

TERCERO. - La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS y la TGSS, ante el TSJ de Cantabria, la cual dictó sentencia el 27-5-2021, en cuya parte dispositiva se dijo lo siguiente:

«Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por INSS y TGSS, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Santander de 5-2-2021, en virtud de demanda formulada por D. Avelino frente a las entidades recurrentes, en materia de Seguridad Social y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida en el único aspecto de fijar sus efectos económicos desde el 1-12-2019».

CUARTO. - Contra la sentencia del TSJ de Cantabria, el INSS y TGSS formalizan el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aporta como sentencia de contraste la del TSJ del País Vasco de 27-4-2021. El motivo de casación que se alega es determinar los efectos de la petición del complemento de maternidad regulado en el artículo 60 de la ley General de la Seguridad Social en aplicación de la **sentencia del TJUE de 12-12-2019**.

QUINTO. - La Sala admitió a trámite el citado recurso y no siendo impugnado por la parte recurrida ni habiéndose personado. El Ministerio Fiscal considera procedente el motivo del recurso

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - 1. La cuestión a la que circunscriben el recurso unificador el INSS y TGSS consiste en determinar la fecha de efectos del reconocimiento a un varón del complemento de pensión por maternidad regulado en el artículo 60 Ley General de la Seguridad Social, en la dicción entonces vigente; concretamente el debate se centra en aplicar, bien el **artículo 53.1** del mismo cuerpo normativo que establece una retroacción de 3 meses desde la fecha de la solicitud, o, por el contrario, si el dies a quo debe fijarse en la fecha de publicación de la sentencia del TJUE de 12-12-2019.

La sentencia recurrida, del TSJ de Cantabria de 27-5-2021, confirmó la de instancia que reconoció al demandante el complemento de pensión de jubilación del artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social, pero declarando que los efectos retroactivos debían limitarse a los 3 meses anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud, la cual, en el caso debatido, se concreta en el 1-12-2019. Atiende a lo disciplinado en el artículo 53 Ley General de la Seguridad Social y no al **artículo 32.6** de la ley 40/2015, de 1-10, de Régimen Jurídico del Sector Público.

2. El Ministerio Fiscal argumenta en primer término la existencia del presupuesto de contradicción y seguidamente la procedencia del recurso, entendiendo que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia referencial, situando el hecho causante en la publicación de la resolución identificada y excluyendo las previsiones del citado artículo 53. Adiciona que, en el supuesto de cuestionarse la competencia funcional por razón de la cuantía, entraría en juego lo establecido en el artículo 191.3.c) LRJS sobre el reconocimiento del derecho a la prestación.

Sobre ese último extremo, que no ha resultado cuestionado en esta fase casacional, ha de darse noticia de que la resolución impugnada argumentó expresamente el acceso al recurso atendido el elevado número de demandas presentadas en su ámbito territorial, las formuladas en otros TSJ, y así la prueba en las actuaciones de notoria afectación general a gran número de beneficiarios. Adicionalmente precisaremos la constancia de la notoria afectación general a gran número de beneficiarios, existiendo numerosos recursos de casación para la unificación de doctrina planteados ante esta Sala IV.

SEGUNDO. - 1. El análisis ha de versar con carácter previo sobre el cumplimiento del presupuesto de contradicción.

Respecto a la fecha de efectos económicos, la Sala de suplicación entiende aplicable el artículo 32.6 de la Ley 40/2015, considerando que no puede retrotraerse más allá de la fecha de publicación de la sentencia del TJUE.

2. De la lectura de las sentencias objeto de contraste y su necesaria puesta en comparación, inferimos la concurrencia de identidad en las pretensiones y cuestiones debatidas.

Se trata de establecer la fecha de efectos del reconocimiento del complemento de pensión por hijos a un varón, tras la sentencia del TJUE que declaró que la norma por la que se reconocía sólo a las mujeres (artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social) se opone a la Directiva 79/7 por constituir una discriminación por razón de sexo, y dicha específica cuestión se resuelve de forma divergente: la sentencia recurrida afirma que los efectos han de retrotraerse a los 3 meses anteriores a la solicitud, mientras que la resolución aportada como término de contraste remite la fecha de efectos al momento de la publicación de la sentencia del TJUE.

TERCERO. - 1. El núcleo casacional deducido por las Entidades Gestoras gira en torno a la regulación contenida en el artículo 53 Ley General de la Seguridad Social que los recurrentes entienden se ha interpretado erróneamente. La línea esencial de argumentación sostiene que las responsabilidades derivadas de una sentencia del TJUE que declara que una norma nacional con rango de ley resulta contraria al derecho de la Unión Europea solo podrán tener efectos desde la publicación oficial de esa resolución, como concluye la sentencia invocada de contraste con sustento en el artículo 32.6 de la Ley 40/2015.

Los datos esenciales a tomar en consideración son los que siguen:

- Por resolución del INSS de 2-12-2016 se reconoció a D. Avelino una pensión de jubilación con cargo al Régimen de Autónomos con las siguientes particularidades: Hecho causante, 30-11-2016; efectos económicos: 1-12-2016.

- En febrero de 2020 el actor solicitó la revisión de su pensión, interesando el complemento de maternidad por ser padre de dos hijos, siendo desestimada en razón a que la normativa vigente

en materia de complemento por maternidad era el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social que solo contemplaba un complemento por maternidad respecto de las mujeres que habiendo tenido dos o más hijos biológicos o adoptados, causen derecho a una pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o de viudedad en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social.

Atendiendo a los precedentes elementos, la sentencia recurrida revoca la de instancia en el único aspecto de establecer los efectos económicos desde el 1-12-2019, es decir con una retroacción de 3 meses desde la fecha de la solicitud revisora ya indicada (febrero 2020). La parte actora no interpone casación unificadora contra la decisión de suplicación que ha determinado la retroacción en función de su petición de revisión de la pensión, no ha instado de esta Sala una declaración de efectos desde el momento del reconocimiento de aquella en el año 2016. Son las EEGG las que recurren y postulan, como decimos, que el límite de los efectos económicos se sitúe en la fecha de publicación oficial de la Sentencia del TJUE. Estas circunstancias van a condicionar inexorablemente los términos de enjuiciamiento.

2. Ha de puntualizarse también que el TJUE dictó la sentencia sobre la que en esencia pivota esta Litis el 12-12-2019, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 17-2-2020, en la que declaraba que:

«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, 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.».

El artículo 60, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social, afectado por ese pronunciamiento del TJUE, en la redacción que el mismo examinó, había dispuesto lo que sigue:

«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...».

Con posterioridad, el Real Decreto-ley 3/2021, de 2-2, 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, se hace eco de la decisión del TJUE, redefine y modifica el referido contenido, pero por razones cronológicas no se proyecta sobre las pretensiones articuladas en la presente litis.

Por su parte, el invocado **artículo 53 Ley General de la Seguridad Social** (de la Prescripción) estatuye una prescripción de 5 años para el derecho al reconocimiento de las prestaciones.

Para completar este marco jurídico habrá de tomarse en consideración el citado **artículo 32.6** de la Ley 40/2015, de 1-10, de Régimen Jurídico del Sector Público:

«La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la UE producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «BOE» o en el «Diario Oficial de la UE», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.».

CUARTO. - 1. Regresando a la Sentencia del TJUE, su contenido hace constar con nitidez que fue pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, el 12-12-2019, siendo, por ende, obligatoria desde ese mismo día por disposición expresa de aquella normativa reglamentaria UE.

El posterior anuncio -circunscrito a la fecha y fallo de la sentencia- que lleva a cabo el DOUE no puede interpretarse como una suspensión o prórroga de la obligatoriedad de un pronunciamiento ya emitido en audiencia pública por el Tribunal de Justicia.

No podrá en consecuencia atenderse a la fecha en la que acaeció tal publicación en el DOUE (en el caso de autos el día 17-02-2020) como, por el contrario, argumenta el recurso de casación unificadora.

Matizaremos que la referencia al artículo 32.6 de la Ley 40/2015 -y la remisión que opera a la publicación en el DOUE-, ley atinente al «Régimen Jurídico del Sector Público», lo es de la mano

de la resolución referencial, y que ese precepto, cuya rúbrica versa sobre los Principios de la responsabilidad, se incardina o inserta en el cuerpo normativo que regula dicha responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, plano que resulta totalmente ajeno a esta litis, sin que quepa proyectarlo sin más sobre otros ámbitos como el que nos ocupa: en el presente supuesto no se constituyó en esa forma la relación jurídico procesal, ni, por ende, se abordó en ningún momento la responsabilidad patrimonial que pudiere aparejar el derecho al percibo de la indemnización habilitada por el artículo 106 CE. En todo caso, aquel artículo 32.6 de la Ley 40/2015 no podrá aplicarse en sentido contrario al Derecho de la Unión Europea, tal como es interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión.

El complemento de maternidad ahora cuestionado se estableció en aquel artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social, con una naturaleza o carácter de prestación de Seguridad Social; por otra parte, no incompatible con el anterior, pero divergente en su objetivo, dinámica y finalidad.

Esas consideraciones permiten ya avanzar que la exégesis que ha de efectuarse del momento de producción de los efectos económicos del complemento de maternidad solicitado tendría su inicio, al menos, en la fecha del pronunciamiento del TJUE (aquí el 12-12-2019).

2. No obstante lo anterior, el mismo TJUE cuando aborda la precisión y alcance de una norma sometida a su enjuiciamiento, cuando interpreta y aclara su significado, ha especificado la proyección espacio-tiempo de las decisiones que adopta. Y la explicita de forma reiterada.

Ya en Sentencia del TJUE de 12-2-2008, acuñando lo expresado en los precedentes que relaciona, decía:

«la interpretación que hace el TJ de una norma de Derecho comunitario se limita a aclarar y precisar el significado y el alcance de ésta, tal como habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia de que se trate y sólo con carácter excepcional puede el TJ, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen la disposición interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Ahora bien, tal limitación únicamente puede admitirse en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada.»

3. El contenido del precepto del Real Decreto Ley 8/15, que excluyó a los padres varones pensionistas de la percepción del complemento, objeto de consideración por el TJUE, se ha declarado constitutivo de 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, que estableció que ese principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, así como la indicación a los Estados miembros de que adopten las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

De manera consecuente, la exégesis de los órganos judiciales nacionales ha de ser compatible con los objetivos perseguidos por la Directiva. La norma que ha sido interpretada podrá y deberá ser aplicada en consecuencia a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma.

La referida interpretación conforme conduciría, correlativamente, a ubicar el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas a la prestación debatida en un tiempo anterior al arriba señalado, a una retroacción al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante -efectos ex tunc-, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento. Y ello siempre, naturalmente, que, como hemos señalado en el párrafo anterior, se cumplieran los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60 Ley General de la Seguridad Social, pues, en definitiva, también a los hombres que reunieran dichas exigencias se les tendría que haber reconocido el complemento que solo se reconoció a las mujeres.

Sucede, sin embargo, en el actual litigio la concurrencia de diversos condicionantes que vedan esa proyección de efectos. Pero reparando, en todo caso, en que la singularidad de tales condicionantes no constituye en modo alguno una limitación temporal de una disposición

calificada de ilegal, sino que responde a la necesidad de respetar, por una parte, el principio dispositivo, y, por otra, los principios de congruencia de las sentencias y defensa de las partes intervinientes en el procedimiento.

Arriba apuntamos que la sentencia de suplicación revocó la del juzgado de lo social en el único aspecto de concretar los efectos económicos con una retroacción de 3 meses desde la fecha de la solicitud revisora; el beneficiario no ha interpuesto casación unificadora contra el fallo de segundo grado, sino que son las EEGG las que recurren postulando que el límite se sitúe en la fecha de publicación oficial de la STJUE, limitación que ya hemos descartado. Esas posiciones procesales, decíamos, condicionan irremediablemente los términos de enjuiciamiento, pues la decisión nunca podrá situarse en un momento temporal anterior al determinado en fase de suplicación, dado que tal específica cuestión ha devenido firme.

La solución, por tanto, será la de confirmar la sentencia recurrida que declaró que los efectos retroactivos debían limitarse a los 3 meses anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud del complemento por el pensionista, la cual, en el caso debatido, se concreta en el 1-12-2019; la antedicha resolución atendió a lo disciplinado en el artículo 53 Ley General de la Seguridad Social y no al artículo 32.6 de la ley 40/2015, de 1-10, de Régimen Jurídico del Sector Público, precepto este último que, recordemos, se inserta en la regulación diseñada para establecer los efectos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas e igualmente hemos considerado que no resulta aquí de aplicación.

4. Una delimitación adicional. También negativa, en cuanto excluiríamos la equiparación invocada con relación al pronunciamiento contenido en la Sentencia del TS de 20-12-2017 respecto de la alegación de que una sentencia dictada por el TC producía plenos efectos, allí concluíamos que los generaba desde su publicación en el BOE.

La normativa entonces citada, y la jurisprudencia que la interpreta, son disímiles a las que configuran el marco regulador de las sentencias pronunciadas por el TJUE, al que ahora debemos atender y también divergen las circunstancias objeto de valoración en cada caso. Mientras que allí se atendía al objetivo de preservar los efectos de la cosa juzgada de una sentencia dictada en un proceso ya fenecido, así como las situaciones administrativas firmes, en el actual la finalidad estriba en proyectar la exégesis del TJUE sobre una pretensión excluida por la norma y que se denuncia interpretada incorrectamente y en oposición a la normativa comunitaria: resulta discriminatorio que se reconozca un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica 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...*».

QUINTO. - Las precedentes consideraciones abocan, oído el Ministerio Público, a la desestimación del recurso de casación unificadora, confirmando y declarando la firmeza de la sentencia impugnada.

FALLO

Por todo lo expuesto, esta Sala ha decidido:

- Desestimar el recurso interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSS y la TGSS.
- Confirmar la sentencia de 27-5-2021 del TSJ de Cantabria, declarando su firmeza.