

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34016050

NIG: 28.079.00.4-2021/0019680

Procedimiento Recurso de Suplicación 865/2021

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid Seguridad social 295/2021 **Materia:**
Jubilación

Sentencia número: 118-22 AS.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER

Ilmo. Sr. D. JACOB JIMÉNEZ GENTIL

En la Villa de Madrid, a once de febrero de dos mil veintidós, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 865-21, interpuesto por DON -- contra la sentencia de fecha 10-6-21 dictada por el Juzgado de lo Social número 18 de MADRID, en sus autos número 295-21, seguidos a instancia del citado recurrente, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre prestaciones de Seguridad Social en materia de jubilación -complemento por maternidad-, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la parte actora contra la demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO.- D. -- tiene reconocido el derecho a la pensión de jubilación con base reguladora de 2.928,34 euros, porcentaje 100% y fecha de efectos 27/09/2016

SEGUNDO.- El actor tiene dos hijos nacidos, uno nacido el 13/08/1980 y la madre es Dña. -, y otro, cuya madre es Dña-, nacida el 17/06/2010

TERCERO.- El actor solicita el complemento maternidad el 16/12/2020 y se denegó por resolución de 03/02/2021

CUARTO.- Si prospera la acción la cuantía es de 67,08 euros mensuales y fecha de efectos 16/09/2020.

QUINTO.- Consta expediente administrativo

SEXTO.- Comparecen las partes

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

En la demanda presentada por D. - frente al INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), se desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada por INSS y TGSS

Se estima en parte la demanda presentada por D. - frente al INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), se declara el derecho del actor al percibo en la pensión de jubilación del complemento por maternidad en la cuantía 67,08 euros mensuales con efectos económicos desde el día 16 de septiembre de 2020, sin perjuicio de las revalorizaciones que pudieran corresponder, condenado al INSS y TGSS a su abono

CUARTO: Frente a dicha sentencia, se anunció recurso de suplicación por la parte actora, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.



QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 5-10-21, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 26-1-22, señalándose el día 9-2-22 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, dictada en la modalidad procesal de prestaciones de la Seguridad Social en materia de jubilación -complemento por maternidad-, tras rechazar la defensa procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario opuesta en el juicio y acoger, a su vez, parcialmente la demanda que rige estas actuaciones, dirigida contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, declaró el derecho del actor, nacido el 26 de septiembre de 1.951, *“al percibo en la pensión de jubilación del complemento por maternidad en la cuantía 67,08 euros mensuales con efectos económicos desde el día 16 de septiembre deño (sic) 2020, sin perjuicio de las revalorizaciones que pudieran corresponder, condenado al INSS y TGSS a su abono”*, pronunciamientos que la Seguridad Social consintió.

SEGUNDO.- Recurre en suplicación el demandante instrumentando dos motivos, ambos con adecuado encaje procesal y ordenados al examen del derecho aplicado en la resolución combatida. En suma, no ataca la versión judicial de los hechos, que, por ende, permanece inalterada. El recurso ha sido impugnado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en la representación que ostenta.

TERCERO.- Una última precisión relativa a la competencia funcional de esta Sala de suplicación, cuestión susceptible de plantearse, incluso, de oficio, sin perjuicio de que en este caso la parte demandada la suscite expresamente en su escrito de contrarrecurso, alegando, al efecto, que la sentencia recurrida carece de acceso por razón de la cuantía a tal medio extraordinario de impugnación. La respuesta, empero, debe ser afirmativa a la concurrencia de la competencia que la Seguridad Social pone en entredicho, por cuanto de la controversia material que enfrenta a las partes cabe predicar el carácter de afectación general o en masa a que hace méritos el artículo 191.3 b) de la Ley 36/2.011, de 10 de octubre, Reguladora de la



Jurisdicción Social, máxime cuando el fundamento último de las pretensiones ejercitadas en autos radica en la invocada vulneración del derecho fundamental del actor a no ser discriminado por razón de sexo -artículo 14 de la Constitución-. Así lo entendimos en nuestra reciente sentencia de 29 de octubre de 2.021 (recurso nº 539/21), a cuyos criterios hemos de estar por obvias razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley. Como en ella dijimos: “(...) *Significar también que estamos ante una cuestión de afectación general y en la que se invoca vulneración de derechos fundamentales, por lo que, con independencia del valor económico de la prestación de jubilación en cómputo anual, cabe interponer recurso de suplicación, teniendo esta Sala competencia funcional para resolverlo*”, perspectiva constitucional que se demuestra además, como luego se verá, de suma relevancia para resolver el primero de los motivos articulados, máxime cuando al Tribunal le consta por notoriedad el importante número de recursos que penden ante él sobre idéntica problemática. En tal sentido, nótese que en palabras de la demanda rectora de autos, mas sin los énfasis del texto original: “(...) *esta norma nacional concedía un trato desfavorable y, por ende, discriminatorio a los hombres que hubieran tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Este trato menos favorable basado en el sexo constituye una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, 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*”, por lo que la inadmisibilidad del recurso que la parte demandada propugna no puede acogerse.

CUARTO.- Dicho esto, el motivo inicial, dirigido, como vimos, a poner de relieve errores in iudicando, denuncia la infracción del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2.015, de 30 de octubre, en vigor a la sazón del hecho causal de la prestación reclamada. Se alza, pues, el recurrente frente a los efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica que le reconoció la Juez a quo, quien los fijó en 16 de septiembre de 2.020, esto es, desde los tres meses inmediatamente anteriores a la solicitud que en tal sentido formuló el 16 de diciembre del mismo año, pidiendo que los mismos se establezcan en la fecha de efectos de la pensión de jubilación contributiva a la que en su día accedió, es decir, el 27 de septiembre de 2.016. Nótese que según el hecho probado primero de la sentencia de instancia, que no es combatido, el demandante “*tiene reconocido el derecho a la pensión de jubilación con base reguladora de 2.928,34 euros, porcentaje 100% y fecha de efectos 27/09/2016*”, a lo que el tercero agrega que el mismo pidió “*el complemento maternidad el 16/12/2020 y se denegó por resolución de 03/02/2021*”, y ello no obstante haber recaído el 12 de diciembre de 2.019 sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en el asunto C450/18, cuya parte dispositiva 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, 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*”, resolución judicial que fue publicada en el diario oficial de la Unión Europea de 17 de febrero de 2.020, y que, haciendo abstracción del tipo de pensión contributiva del Sistema de la



Seguridad Social de que se trate -jubilación, incapacidad permanente o viudedad-, no puede ser más clara y rotunda cuando en su apartado 66 expresa: “(...) *debe señalarse que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por lo tanto, está prohibida por la Directiva 79/7*” (las negritas son nuestras), de modo que la actuación de la Entidad Gestora de la Seguridad Social denegando sin más la petición formulada -otra cosa será dirimir los efectos económicos del complemento en cuestión- llama la atención, sobre todo cuando a la sazón de que el beneficiario solicitase tan repetido complemento no se había publicado el Real Decreto-Ley 3/2.021, 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, norma que dio nueva redacción al artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social de 2.015 cuyos mandatos anteriores el TJUE reputó de discriminatorios por razón de sexo.

QUINTO.- Contrariamente a la tesis de quien hoy recurre, la Juez de instancia argumenta así: “(...) *Respecto a los efectos económicos debemos tener en cuenta lo previsto en el Art. 53 LGSS: 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 ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 55. En el supuesto de autos, el actor solicito el complemento de maternidad el día 16 de diciembre de 2020, por ello, los efectos económicos se retrotraen tres meses y son desde el día 16 de septiembre de 2020*”, criterios que el Tribunal no puede asumir, pues -para empezar- mal podía el actor interesar el reconocimiento del complemento de maternidad de constante cita antes de que recayera la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2.019, publicada, como indicamos, el 17 de febrero de 2.020, toda vez que el precepto legal que entonces lo regulaba excluía expresamente a los hombres en su condición de padres.

SEXTO.- Desde luego, la respuesta que la cuestión planteada ha merecido de este Tribunal no ha sido unívoca, ya que son hasta tres las soluciones adoptadas: una, la que luce, precisamente, en la resolución recurrida; otra, la de fijar los efectos económicos del complemento de maternidad en la fecha



de publicación de la sentencia del TJUE a la que venimos haciendo mención de forma reiterada; y por último, la que coincide con la posición que sostiene la parte recurrente. Pues bien, esta Sección tuvo ocasión de abordar dicha controversia en su sentencia de 29 de octubre de 2.021, ya aludida anteriormente, decantándose por la tercera alternativa, a cuyos criterios debemos estar, pues en ella, con cita de las de otras Salas de suplicación, se analizan con pormenor los efectos jurídicos que a nuestro entender derivan de la lesión del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo que el máximo intérprete del Derecho de la Unión atribuyó sin ambages al artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción vigente en el momento en que el demandante solicitó tal prestación complementaria, precepto que entonces disponía: *“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. 2. En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente supere el límite establecido en el artículo 57 sin aplicar el complemento, la suma de la pensión y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado. Asimismo, si la cuantía de la pensión reconocida alcanza el límite establecido en el artículo 57 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento. En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento. Si la pensión a complementar se causa por totalización de períodos de seguro a prorrata temporis, en aplicación de normativa internacional, el complemento se calculará sobre la pensión teórica causada y al resultado obtenido se le aplicará la prorrata que corresponda. 3. En aquellos supuestos en que la pensión inicialmente causada no alcance la cuantía mínima de pensiones que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, se reconocerá dicha cuantía, teniendo en cuenta las previsiones establecidas en el artículo 59. A este importe se sumará el complemento por hijo, que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada. 4. El complemento de pensión no será de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial, a los que se refieren, respectivamente, los artículos 208 y 215. No obstante lo anterior, se asignará el complemento de pensión que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda. 5. En el caso de concurrencia de pensiones del sistema de la Seguridad Social, se reconocerá el complemento por hijo solamente a una de las pensiones de la beneficiaria, de acuerdo con el siguiente orden de preferencia: 1.º A la pensión que resulte más favorable. 2.º Si concurre una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, el complemento se aplicará a la de jubilación. En el supuesto de que la suma de las pensiones reconocidas supere el límite establecido en el*

artículo 57 sin aplicar el complemento, la suma de las pensiones y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado. Asimismo, si la cuantía de las pensiones reconocidas alcanza el límite establecido en el artículo 57 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento. En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la suma de las pensiones concurrentes el importe del límite máximo vigente en cada momento. 6. El derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización”.

SEPTIMO.- Dicho esto, la sentencia de esta Sección a la que nos hemos referido, tras reproducir extensamente la dictada en igual sentido por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en 17 de febrero de 2.021, señala: “(...) *En el caso presente, y pese a estimarse ‘totalmente’ la demanda, la realidad es que no ha sido así, y la sentencia no es coherente en este punto, en tanto que hay dos pedimentos del suplico de la demanda que han sido rechazados por la iudex a quo: A).- El que ha sido vulnerado el derecho fundamental a la igualdad del demandante al discriminarle por razón de sexo con infracción del artículo 14 de la CE. B).- Que los efectos económicos del complemento de maternidad se han de computar desde la fecha en que el actor accedió a la jubilación, el 2-8-2019, sin perjuicio de las revalorizaciones e incrementos legales que quepa aplicar desde esa fecha. (...) A criterio de esta Sala acompaña la razón a la recurrente en los dos puntos que centran su discurso argumentativo: Se ha vulnerado por la resolución del INSS el derecho fundamental a la igualdad del demandante al discriminarle por razón de sexo con infracción del artículo 14 de la CE; y los efectos económicos del complemento de maternidad se han de computar desde la fecha en que el actor accedió a la jubilación, esto es, el 2-8-2019, sin perjuicio de las revalorizaciones e incrementos legales que quepa aplicar desde esa fecha”, añadiendo más adelante: “(...) Respecto a la primera cuestión, vulneración por la resolución del INSS del derecho fundamental a la igualdad del demandante, y contrariamente a lo argumentado por la sentencia recurrida, que afirma ‘la denegación del complemento por parte de la entidad gestora ha sido debido a la aplicación estricta del art. 60,1,b LGSS, no existiendo ningún ánimo de discriminar al actor, aun cuando la interpretación del precepto se deba efectuar conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Europeo’, la discriminación objetivamente se ha producido en aplicación de los mismos criterios expuestos por la STJUE de 12-12-2019, C-450/18, pues en ella se establece que el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social, sobre el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema es contrario a 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 lo hizo por entender que 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 (...)’”.*

OCTAVO.- Luego, expresamos en ella: “(...) *Sucede además que, como enfatiza el recurrente, y se comparte por esta Sala, a la fecha de solicitud de la prestación el 1-9-2020, y*



*luego a la fecha de la reclamación previa, ya había recaído y publicado la STJUE de 12 de diciembre de 2019, y en ambas peticiones se alegó la vulneración del derecho fundamental a la igualdad protegido por el art. 14 de la Constitución. (...) nada impide (art. 26.6 y 140.1 LRJS) que en un procedimiento en reclamación de prestaciones de seguridad social, y con independencia de que no se haya optado por la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, se haga valer y se denuncie vulneración de derechos fundamentales, debiéndose pronunciar la sentencia sobre ello. (...) Los efectos económicos del complemento de maternidad se han de computar desde la fecha en que el actor accedió a la jubilación, el 2-8-2019, dado que en la reclamación por seguridad social se ha denunciado, y la Sala ha apreciado, la vulneración del derecho fundamental a la igualdad. **Esta lesión del derecho fundamental del actor se ha producido, en este caso, desde la primera resolución dictada por el INSS al reconocer la prestación de jubilación sin el complemento al que tenía derecho vulnerando así su derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminado en este caso por razón de sexo. Por ello, para restablecerle en la integridad de su derecho y reponerle en la situación al momento anterior a producirse la vulneración del mismo, ha de reconocerse que la fecha de efectos a partir de la cual ha de procederse al pago del complemento que le corresponde será la de la fecha de efectos reconocida inicialmente para el abono de la prestación de jubilación contributiva reconocida: desde el día 2-8-2019. Si el art. 60 LGSS (en la redacción vigente al momento de la solicitud) ha sido declarado discriminatorio por el TJUE, es porque ha sido discriminatorio desde siempre y no sólo durante los tres meses anteriores a la solicitud de la prestación. (...) Consecuentemente, si ha existido vulneración de un derecho fundamental los efectos económicos no han de retrotraerse a los tres meses anteriores a la solicitud, 1-6-2020, sino a la data en que produjo efectos económicos la resolución del INSS reconociendo la pensión de jubilación, el 2-8-2019, en tanto ha de restablecerle la integridad del derecho fundamental conculcado al momento anterior a producirse la vulneración del mismo”** (los énfasis continúan siendo nuestros), criterios plenamente extrapolables al supuesto enjuiciado.*

NOVENO.- Dada su relación con la problemática suscitada y, más concretamente, con la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo que entrañaba el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción anterior, no está de más traer ahora a colación la sentencia del Tribunal Constitucional 152/2.021, de 13 de septiembre (recurso de amparo nº 1.047/20), conforme a la cual: “(...) 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. Como sostuvo la parte recurrente ante la Sala, resultaba relevante a este respecto, lo declarado en la STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, asunto Griesmar, que había resuelto una cuestión prejudicial en la que se planteaba un caso análogo al discutido en el de autos, concretamente sobre si el régimen francés de pensiones de jubilación contravenía el derecho a la igualdad de trato entre hombre y mujeres en materia de Seguridad Social, al prever una bonificación por hijos en el cálculo de la pensión de jubilación reservada solo a las mujeres. La norma controvertida (como ocurría con el art. 60 LGSS/2015) no vinculaba la concesión del beneficio al disfrute de un permiso por maternidad o a las desventajas que hubiera podido sufrir la mujer en su carrera profesional por ser madre (lo que hubiera permitido apreciar, en su caso, que se trataba de una disposición de ‘protección de la maternidad’ permitida en la Directiva alegada), sino al hecho mismo de ser madre, presumiendo que es la mujer la que asume el cuidado de los hijos. A la vista de ello, el Tribunal de Justicia sostuvo que aunque fueran las mujeres las más afectadas por las desventajas profesionales del cuidado de los hijos (dado que son las que generalmente asumen tal tarea), tal circunstancia ‘no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un funcionario que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera’. Al no permitirse al funcionario que se encontrase en dicha situación solicitar la bonificación controvertida en el procedimiento, aun cuando pudiera probar que había asumido efectivamente el cuidado de sus hijos, se declaró que esa norma había instaurado una discriminación directa por razón de sexo contraria al art. 141 TCE. En esa misma línea, se pronunció con posterioridad la STJUE de 17 de julio de 2014, C-173/13, en el asunto Maurice Leone, también traída a colación por la parte recurrente ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que en línea con lo mantenido en el asunto Griesmar, declaró que las bonificaciones previstas asimismo en la legislación francesa para el cálculo de la pensión de jubilación anticipada, que beneficiaban esencialmente a las funcionarias, constituían una discriminación indirecta por razón de sexo en perjuicio de los funcionarios. 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, C450/18, 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. En efecto, en este último caso, el litigio principal versó también sobre el cálculo del importe de una pensión (de incapacidad permanente) de un hombre que había tenido dos hijas y que solicitaba el complemento de pensión previsto en aquella norma. Pues bien, 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. 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”, situación de desigualdad netamente discriminatoria por razón de sexo que en el caso del actor tuvo inicio en el momento en que accedió a la pensión contributiva de jubilación, o sea, el 27 de septiembre de 2.016.

DECIMO.- Este pronunciamiento constitucional concluye así: “(...) *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 (por todas, SSTC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 6; 31/2019, FJ 9, y 101/2021, de 10 de mayo, FJ 4). Procede, por consiguiente, el otorgamiento del amparo solicitado (...)”.

UNDECIMO.- A mayor abundamiento, y por tratarse de doctrina consolidada del mismo TJUE, debemos significar que los efectos que este Tribunal atribuye a sus sentencias interpretativas del Derecho de la Unión son, por regla general, *ex tunc*. En este sentido, reseñar su sentencia de 15 de septiembre de 1.998 (asunto C-231/96), cuyo apartado 15 sienta: “(...) Según reiterada jurisprudencia, la interpretación que da el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 177 del Tratado, a una norma de Derecho comunitario, aclara y específica, cuando es necesario, **el significado y el alcance de dicha norma, tal como ésta debe o habría debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor. De esto resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el Juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación**, siempre y cuando, por otra parte, se reúnan los requisitos necesarios para someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 27 de marzo de 1980, *Denkavit italiana*, 61/79, Rec. P. 1205, apartado 16, y de 3 de febrero de 1996 [TJCE 1996, 21], *Bautiaa y Sociétés française maritime*, asuntos acumulados C-197-94 y C-252-95, Rec. P. I-505, apartado 47)” (las negritas son nuestras). En sentido parejo, por mucho que se trate de sentencia recaída en recurso de anulación e indemnización, citar la del Tribunal General de la Unión Europea de 19 de enero de 2.022 (recurso T-610/19), que en lo que atañe a sus efectos establece en su apartado 85: “*Debe recordarse que la anulación de un acto pronunciada por el juez de la Unión produce efectos ex tunc y elimina, pues, del ordenamiento jurídico con carácter retroactivo el acto anulado (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de abril de 1988, Asteris y otros/Comisión, 97/86, 99/86, 193/86 y 215/86, EU:C:1988:199, apartado 30; de 13 de diciembre de 1995, Exporteurs in Levende Varkens y otros/Comisión, T481/93 y T-484/93, EU:T:1995:209, apartado 46, y de 10 de octubre de 2001, Corus UK/Comisión, T-171/99, EU:T:2001:249, apartado 50)*”, lo que en buena medida es equiparable a la consideración como contrario al derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo y, por ende, al Derecho de la Unión, del artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción vigente cuando tuvo lugar el acceso del beneficiario a la pensión contributiva de jubilación, precepto al que dio nueva redacción el Real Decreto-Ley 3/2.021, ya calendado.

DUODECIMO.- No debemos finalizar este capítulo sin exponer que no consideramos de aplicación en este caso el artículo 32.6 de la Ley 40/2.015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el cual hace méritos a supuestos diferentes, compartiendo, en suma, en este punto el criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias manifestado en su sentencia de 27 de julio de 2.021 (recurso nº 1.431/21), conforme a la cual: “(...) *las previsiones del artículo 32.6 de la Ley 40/2015, se establece para los supuestos que regula el Capítulo IV de la citada Ley, que lleva por rúbrica ‘De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas’, y que comienza por regular en su artículo 32 los ‘Principios de la responsabilidad’.* Por lo tanto tal precepto no resulta



de aplicación en un pleito como el que nos ocupa en el que no se resuelve dicha responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y en la búsqueda de una indemnización resarcitoria de los daños y perjuicios causados, sino la pretensión de reconocimiento o revisión de una prestación de seguridad social fundada en que la previsión legal supone un trato discriminatorio no admisible”. Por consiguiente, el motivo prospera.

DECIMOTERCERO.- Por su parte, el segundo y último también se queja de la conculcación del artículo 53 de la Ley General del Sistema, que, bien mirado, no guarda relación con la controversia que el motivo suscita, referida al importe del complemento de maternidad por aportación demográfica que la resolución recurrida cifra para 2.020 en 67,08 euros mensuales (hecho probado cuarto). En palabras del motivo: “(...) *siendo la pensión inicialmente reconocida al Sr. - ascendente a 2.928,34 € y teniendo 2 hijos, le correspondería recibir un 5% sobre dicha cuantía inicialmente reconocida. No obstante, al rebasar la pensión reconocida el límite legal establecido, el porcentaje deberá verse reducido en un 50%, correspondiéndole por tanto un 2,5% sobre la cuantía inicial de 2.928,34 €. En su virtud, el importe que tiene derecho a recibir el Sr. - en su pensión de jubilación debe ser el de 73,21 euros mensuales para el año 2016, que deberá adicionarse al límite máximo que tiene derecho a percibir para ese año -2.567,28-*”.

DECIMOCUARTO.- El motivo está abocado al fracaso, habida cuenta que el recurrente confunde lo que es la cuantía inicial de la pensión contributiva de jubilación que le fue reconocida por la Entidad Gestora de la Seguridad Social con efectos de 27 de septiembre de 2.016, con lo que es la base reguladora de dicha prestación económica, fijada en su caso en 2.928,34 euros mensuales (hecho probado primero), de modo que al superar, tras aplicar el porcentaje del 100 por ciento, el importe máximo de las pensiones públicas entonces vigente, la referida cuantía inicial quedó cifrada en 2.567,28 euros al mes, catorce veces al año, en atención, precisamente, a las previsiones normativas del artículo 57 de la Ley General de la Seguridad Social, según el cual: “*El importe inicial de las pensiones contributivas de la Seguridad Social por cada beneficiario no podrá superar la cuantía íntegra mensual que establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado*”. Por tanto, el motivo se rechaza. No obstante, y a fin de evitar nuevos equívocos sobre el concepto de cuantía inicial de la pensión, es claro que el complemento de maternidad por aportación demográfica, una vez fijados sus efectos económicos en la fecha de acceso del demandante a la pensión contributiva de jubilación, habrá de calcularse sobre el importe inicial de la misma en aquella data (27 de septiembre de 2.016), esto es, sobre la cuantía máxima de las pensiones públicas en 2.016, y no en relación con el montante de su base reguladora cual propugna el recurrente, ni tampoco con la cuantía máxima establecida para el año 2.020 como hace la sentencia de instancia.

DECIMOQUINTO.- En conclusión: el recurso se estima en parte en lo que toca a los efectos económicos del complemento de maternidad reconocido al actor, que se fija en la fecha en que éste accedió a tan repetida pensión contributiva de jubilación -27 de septiembre de 2.016-. Lo anterior, al igual que el beneficio de asistencia jurídica gratuita de que el mismo goza por mandato legal, hace que no haya lugar a la imposición de costas.



FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por DON - contra la sentencia dictada en 10 de junio de 2.021 por el Juzgado de lo Social núm. 18 de los de MADRID, en los autos núm. 295/21, seguidos a instancia del citado recurrente, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre prestaciones de Seguridad Social en materia de jubilación - complemento por maternidad- y, en su consecuencia, debemos revocar, como revocamos, en parte la resolución judicial recurrida, en el sentido de establecer los efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica que en ella se reconoce al actor en el 27 de septiembre de 2.016, data en que accedió a la pensión contributiva de jubilación, debiendo aplicarse dicho complemento sobre la cuantía inicial de la aludida pensión en el momento de su reconocimiento en la forma indicada en el fundamento decimocuarto de esta sentencia, más los incrementos y revalorizaciones que legalmente puedan corresponder, y manteniendo, finalmente, incólumes los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 086521 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.



Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo “observaciones o concepto de la transferencia”, se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento número 2826000000 086521.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, el condenado al pago de la misma deberá ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital-coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala (art. 230/2 de la LRJS).

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Suplicación firmado electrónicamente por JUAN MIGUEL TORRES ANDRES (PSE), IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER, JACOB JIMÉNEZ GENTIL