

RECURSO N.º: Recurso de suplicación
2269/2021
NIG PV 20.05.4-21/000616
NIG CGPJ 20069.34.4-2021/0000616

SENTENCIA N.º: 425/2022

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a uno de marzo de dos mil veintidós.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. don JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, don FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y doña MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por el **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** y la **TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** contra

la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de Donostia / San Sebastián, de fecha 2 de septiembre de 2021, dictada en los autos 120/2021 en proceso sobre **PRESTACIÓN COMPLEMENTO MATERNIDAD- (OSS)**, y entablado por don - frente al **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** y la **TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don JUAN CARLOS ITURRI GARATE, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- Por resolución del INSS de 15/01/2019 se reconoció al actor D. - prestación de jubilación, Jubilación forzosa, con una base reguladora de 2.960,33€ y porcentaje de la pensión de 100%.

SEGUNDO.- El actor es padre de tres hijos. Las fechas de nacimiento son: el primero de 23/02/1988, el segundo de 08/02/1991 y el tercero de 19/02/1992.

TERCERO.- El actor solicitó derecho al reconocimiento del complemento de maternidad a que se refiere el artículo 60 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en fecha 06/11/2020.

Con fecha 26/11/2020 se dictó Resolución por la que denegaba la prestación solicitada. Contra la citada Resolución se interpuso reclamación administrativa previa que fue desestimada.

CUARTO.- En caso de estimarse la demanda el importe del complemento ascendería a 148,026 € mensuales."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: "Que ESTIMO la demanda interpuesta por D. - contra INSS- TGSS y revoco la resolución recurrida que deniega el derecho al reconocimiento del complemento de maternidad a que se refiere el artículo 60 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y Declaro el derecho de D. - a percibir el citado complemento en la cuantía de, 148,026 € mensuales con la fecha de efectos de la pensión de jubilación reconocida el 28/11/2018."

TERCERO.- En fecha 10 de septiembre de 2021 don - solicitó, mediante escrito, rectificación de la sentencia, dictándose auto de aclaración de dicha resolución el 16 de septiembre de 2021, en el que se acuerda la rectificación del Fundamento de Derecho Quinto, en el sentido que a continuación se indica:

" Quinto.- Resolviendo esta cuestión y no desconociendo el criterio de la Sala, en cuanto a la fecha de efectos de tal complemento, esta Magistrada entiende que los efectos deben retrotraerse desde la fecha de la pensión de jubilación que se reconoció al acto el 28/11/2018".

CUARTO.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social formalizaron recurso de suplicación contra tal resolución, recurso que fue impugnado por don -, también en tiempo y forma.

QUINTO.- En fecha 11 de noviembre de 2021 se recibieron las actuaciones en esta Sala, dictándose providencia el día 21 de enero de 2022, acordándose -entre otros extremos- que se deliberara y se decidiera el recurso el día 1 de marzo de 2022.

Habiéndose llevado a cabo tal deliberación, de inmediato se dicta esta sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social plantea recurso de suplicación contra la sentencia (y auto aclaratorio de la misma) que estima el derecho de don - a cobrar el llamado “complemento de aportación demográfica” en su pensión de jubilación desde el día 28 de noviembre de 2018.

Dicha entidad gestora considera que esa sentencia debe ser íntegramente revocada, desestimándose la demanda, por cuanto que sostiene que el demandante no tiene derecho al cobro de ese complemento al discrepar de la interpretación que se hace en la sentencia recurrida. En la misma se considera que procede reconocer ese derecho por consecuencia de la extensión de los efectos a este caso de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18,). Y sobre la misma, la recurrente considera que no procede tal complemento, toda vez que la esposa del demandante también percibe otra pensión de jubilación y ella si cobra ya aquel complemento, siendo ello incompatible con la eventual concesión del derecho de ese complemento al demandante.

Subsidiariamente, también plantea que es errónea la fecha de efectos del derecho a cobrar tal complemento, que no sería el de la fecha del hecho causante de aquella jubilación, como se recoge en la sentencia recurrida, sino tres meses antes de la reclamación del mismo ante la entidad gestora por tal demandante, es decir, el día 6 de agosto de 2020.

La entidad gestora recurrente plantea tres motivos de impugnación, enfocando el primero por la vía del apartado b del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social (Ley 36/2011, de 10 de enero) y los otros dos por la vía de su apartado c.

En el primero, se pretende añadir que la esposa del demandante, doña -, también viene cobrando su pensión de jubilación con tal complemento de aportación demográfica desde el día 10 de abril de 2018 y por importe de 145,89 euros mensuales.

En el segundo, aduce la infracción del artículo 60, párrafos quinto y sexto de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) en la redacción dada al mismo por la disposición final segunda, apartado primero, de la Ley General de Presupuestos del año 2016 (Ley 48/2015, de 29 de octubre) y hasta su modificación por el artículo 1, Uno, del Real Decreto Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, precepto que se debiera ponerse en relación con aquella sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya mencionada,.

En el tercero, se aduce la infracción del artículo 53 de la indicada Ley General de la Seguridad Social.

Tal recurso es impugnado por tal demandante, que no niega lo pretendido añadir con el primer motivo de impugnación, aunque lo considera intrascendente y se opone a los demás. Pretende que se desestime el recurso y se confirme la sentencia recurrida.

En esta sentencia seguimos el criterio unánime de este Tribunal en lo relativo al reconocimiento del derecho reclamado por consecuencia de aquella sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Seguimos el precedente de varias sentencias, como las de 4 de mayo, 2 de marzo de y 27 de abril de 2021 (recursos 504/2021, 177/2021 y 526/2021), si bien, en cuanto a la fecha de efectos de tal complemento, nuestro criterio ha de verse variado por lo dictado por el Tribunal Supremo en recurso de casación para la unificación de doctrina, en concreto, por lo expuesto en las sentencias de fecha de febrero de 2022 (recursos 2872/2021 y 3379/2021) que hace que debamos de cambiar el criterio que pretende la recurrente y que ciertamente era el que ha sido unificado en esta Sala, pero que se ha de entender desautorizado por esas dos sentencias.

SEGUNDO.- Primer motivo de impugnación.

Asumido por el impugnante la realidad de tal dato y constando documentalmente el mismo, estimamos tal adición, toda vez que es doctrina jurisprudencial admitir tales datos fácticos con independencia del juicio de trascendencia que sobre el mismo, en orden a modificar el fallo recurrido, que pueda tener el Tribunal que juzga el recurso, toda vez que puede tener distinta valoración sobre la importancia de tal adición el Tribunal que pueda ver el asunto en instancia superior. Por todas, sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 30 de septiembre de 2010 y 25 de febrero de 2003 (recursos 186/2009 y 2580/2002).

El juicio de trascendencia de este Tribunal en orden a si tal dato modifica o no el fallo recurrido, se contiene en el siguiente fundamento de derecho.

TERCERO.- Segundo motivo de impugnación.

En las previas resoluciones de esta misma Sala que se citan al final del primer fundamento de derecho de esta sentencia, se recuerda cómo en aquella sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se declaró que la Directiva 1979/7 CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativo 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 una norma nacional como la de aquel artículo 60 (en esa redacción legal ya expuesta) se opone a aquella fuente de Derecho europea, si los hombres que se encuentran en idéntica situación a las mujeres a las que literalmente se refiere la misma, no tiene derecho al aludido complemento.

De hecho, en la resolución ahora impugnada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social ya se transcriben amplios párrafos de tal sentencia que explican las razones que llevaron al Tribunal a tal conclusión y a ella nos remitimos, evitando ociosas reiteraciones.

Por tanto, considerando que el principio de primacía del Derecho europeo impera sobre el Derecho nacional, tanto en cuanto al Derecho primario de la Unión como del derivado y que se trata de aplicar el efecto directo parcial o puramente vertical de aquella normativa europea (tal y como ya se sostuvo en las clásicas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de febrero de 1963, caso Van Gend en Loos y de 15 de julio de 1964, caso Costa, entre otras muchas).

En consecuencia, procede considerar irrelevante el rechazo del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo de considerar que ese artículo 60 en tal redacción pudiese considerarse contrario a la Constitución o al ordenamiento jurídico aquel artículo 60, pues es muy claro el tenor de aquella sentencia europea de 12 de diciembre de 2019.

En tales precedentes propios también indicamos que era irrelevante que en aquel supuesto la discrepancia se focalizase en un supuesto de pensión por incapacidad permanente y en éste un uno de jubilación y también se dijo que no era trascendente tampoco que no conste en la sentencia datos que hagan ver que el demandante no se ha visto perjudicado objetivamente en su carrera profesional o en la de cotización por esa contribución demográfica o que no conste que se haya dedicado a la crianza de sus hijos, asumiendo- eso si- que el rol de género, hace suponer que fue

la madre quien a ello se dedicó principalmente, pues todo este tipo de objeciones ya son tenidas en cuenta en aquella sentencia europea.

Así mismo, el dato de que la esposa del demandante cobre tal complemento en el periodo concurrente desde la fecha de efectos reconocida en la sentencia recurrida lo entendemos intrascendente, toda vez que la normativa entonces vigente-la indicada- no fijaba excepción alguna al cobro por ese dato, a diferencia de lo que prevé el vigente artículo 60, punto 2 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, modificado por el ya citado Real Decreto Ley 3/2021, de 2 febrero, normativa inaplicable al presente caso (disposición final tercera del mismo) y sobre cuya nueva regulación efectivamente no consta sentencia parangonable a aquella de 12 de diciembre de 2019.

En todo caso, aparte del género masculino, el demandante cumple con todos los requisitos que imponía aquel artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción de mérito y ya se ha expuesto que el género, sin mas, sea factor legítimo para segregarse en el cobro de tal complemento.

CUARTO.- Tercer motivo de impugnación.

En cuanto a la fecha de efectos, es cierto que el criterio sostenido en fase de recurso por la entidad gestora ha sido el criterio unificado que este Tribunal y Sala ha venido aplicando hasta la fecha y buena muestra de ello son las sentencias citadas al final del primer fundamento de derecho de esta sentencia.

Ahora bien, el mismo ha de verse alterado por la doctrina recientemente dictada en unificación de doctrina por el Tribunal Supremo y que ya ha sido relacionada también al final de aquel fundamento de derecho primero. Ello impone un cambio del criterio habitual de esta Sala, para plegarse al del unificado en contradicción para unificación de doctrina, donde se hace ver que esa declaración de norma segregadora del indicado artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción meritada, tiene efectos “ex tunc”, es decir, desde que entró en vigor (si bien en aquellos dos casos no se entra a fecha anterior por puras razones de congruencia y derecho de defensa de las partes) lo que lleva a desestimar el recurso formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en su integridad, puesto que el demandante tenía el derecho a percibir el complemento desde el momento en que accedió a la prestación de jubilación.

QUINTO.- Costas.

Desestimándose el recurso, no procede pronunciamiento condenatorio sobre las costas del mismo, dado lo dispuesto en el artículo 235, punto 1 de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social y que la recurrente goza del derecho a litigar gratuitamente ante esta jurisdicción, tal y como establece el artículo 2, letra b de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (Ley 1/1996, de 10 de enero).

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de aplicación.

FALLAMOS

Que **desestimamos** en parte el recurso de suplicación formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de fecha dos de septiembre de dos mil veintiuno, aclarada por auto de fecha dieciséis del mismo mes y año, dictados por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Donostia-San Sebastián, en los autos 120/2021 seguidos ante el mismo y en los que también es parte don - y también la Tesorería General de la Seguridad Social.

En su consecuencia, **confirmamos** la misma.

Cada parte deberá abonar las costas del recurso causadas a su instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, 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 solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Administrazioaren
Ofizio Papera

Papel de Oficio de la Administración
de Justicia en la Comunidad

Autónoma del País Vasco

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-2269-21.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-2269-21.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una

prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.