



Roj: **STSJ M 10799/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:10799**

Id Cendoj: **28079340022023100853**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **11/10/2023**

Nº de Recurso: **422/2023**

Nº de Resolución: **854/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34001360

NIG: 28.079.00.4-2021/0105171

Procedimiento Recurso de Suplicación 422/2023 -P

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid Seguridad social 1113/2021

Materia: Otros Derechos Seguridad Social

Sentencia número: 854/2023

Ilmos. Sres

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

D./Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D./Dña. YOLANDA MARTINEZ ALVAREZ

En Madrid a once de octubre de dos mil veintitrés habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

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 422/2023, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. JOSE CARLOS TOME SANTIAGO en nombre y representación de D./Dña. Alexis , contra la sentencia de fecha 23/12/2022 dictada por el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid en sus autos número Seguridad social 1113/2021, seguidos a instancia de D./Dña. Alexis frente a INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), en de Seguridad Social, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./ Sra. D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte 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 en calidad de expresamente declarados probados:

"Hecho probado 1º.- El beneficiario nació el NUM000 de 1955.

Hecho probado 2º.- Por resolución de 27 de Julio 2020 se le reconoce **pensión** vitalicia de Jubilación en cuantía inicial de 1.508,19 euros, con fundamento en un periodo de cotización de 44 años y 80 días, sobre una base reguladora mensual de 1508,19 euros. Y un porcentaje del 100%. A dicha resolución se le dan efectos económicos el día 13 de Julio de 2020.

Hecho probado 3º.- En escrito de fecha 30 de Abril de 2021 solicita el reconocimiento del complemento de maternidad en cuantía del 10% y en fecha 5 de Julio de 2021 reclamación previa. No constan resueltas expresamente.

Hecho probado 4º.- El actor tiene tres hijos con su esposa Doña Ariadna , jubilada por resolución de 21 de Octubre de 2022 a la que le ha sido reconocido el complemento de brecha de género en un porcentaje del 10% sobre su **pensión**".

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

"FALLO que debo desestimar y así lo hago, la demanda interpuesta por DON Alexis contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y, en su virtud, absolver libremente a las codemandadas. Con confirmación de la resolución administrativa desestimatoria por silencio administrativo".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D./Dña. Alexis , formalizándolo posteriormente; tal recurso no 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, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 11/10/2023 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor formula recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, que desarrolla en dos motivos, uno al amparo del apartado a) del artículo 193 LRJS y otro al amparo del apartado c) de dicho artículo.

Ahora bien, a la vista de las alegaciones realizadas en el primer motivo, se ha de significar lo siguiente:

1.- El recurso de suplicación es de naturaleza extraordinaria y, a diferencia del recurso ordinario de apelación (en el que el Tribunal "ad quem" puede revisar "ex novo" los elementos fácticos y consideraciones jurídicas de la sentencia recurrida), dicho recurso -a modo de pequeña casación- no faculta al Tribunal sino para analizar los concretos motivos del recurso, que han de ser canalizados por la vía de los párrafos a), b) ó c) del art. 193 de la LRJS, según se articule una denuncia de normativa procesal, generadora de indefensión y que produce la consecuencia prevista en los números 1 y 2 del art. 202 LRJS, se denuncien yerros fácticos evidentes y trascendentes al fallo y/o, finalmente, se invoquen infracciones de normativa sustantiva o material, conllevando en estos dos supuestos, a diferencia del primero, las consecuencias contempladas en el número 3 del propio artículo 202 LRJS.

Así, dada la extraordinaria naturaleza del recurso de suplicación, asentada en constante jurisprudencia, aunque pudieran existir otras infracciones no denunciadas no pueden éstas ser consideradas por el Tribunal "ad quem", salvo en aquellos supuestos que, por su propia naturaleza, trascendieran al orden público procesal, dado el carácter de derecho necesario ("ius cogens") que conlleva su aplicabilidad incluso de oficio. Sin que quepa ignorar que corresponde exclusivamente a las partes la construcción e impugnación del recurso, pues



una solución distinta equivaldría a atribuir al Tribunal "ad quem" la redacción "ex officio" del recurso o su impugnación, lo que pugna con el principio dispositivo o de justicia rogada y su consecuencia no podría ser otra que la lesión del principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

2.- igualmente ha de tenerse en cuenta, por un lado, que las cuestiones de hecho y de derecho ineludiblemente han de ser tratadas por separado y, por otro, que sólo cuando se aprecia la infracción denunciada, procede la estimación del recurso, bien entendido que si las infracciones procesales generadoras de indefensión han de denunciarse por el cauce del artículo 193 a) LRJS, el error de derecho en la apreciación de la prueba, por aducirse infracción de una norma, ha de formalizarse por la vía del artículo 193 c) de la LRJS, debiendo significarse por lo demás que en las censuras jurídicas que se articulen amparadas en el apartado c) del antecitado artículo 193 debe precisarse de forma concreta el precepto que se considera infringido, sin que pueda invocarse genéricamente una norma que contiene varios, siendo preciso además que la norma esté vigente (SS. del Tribunal Supremo de 31-3-1982 y 12-5-1982, entre otras), mientras que, en lo que respecta al error fáctico, ha de denunciarse por el cauce del artículo 193 b) LRJS.

De este modo, toda petición de nulidad de actuaciones debe ampararse en el artículo 193 a) de la LRJS y, a tal efecto, ha de tenerse en cuenta, conforme a lo expuesto, que sólo cabe invocar infracciones procesales que hayan generado indefensión para quien interpone el recurso, exigiéndose que hayan sido objeto de protesta formal, salvo que se prediquen de la sentencia, en el momento en el que se producen, y su ubicación en la formalización debe ser efectuada en primer lugar, debiendo resolverse lo que proceda en relación con dicha alegación también en primer término.

Con todo, resulta preciso que se haya producido una indefensión de carácter material y no meramente formal, pues en caso contrario no cabe declarar la nulidad de actuaciones, que es el efecto propio de la apreciación del motivo que se formula al amparo del apartado a) del artículo 193 LRJS, tendente a que por el Juzgado de instancia, tras remediar la refracción procesal producida, se dicte una sentencia conformada con todas las garantías legales, a diferencia de lo que ocurre con el formulado al amparo de su apartado c), que busca simplemente la revocación de la sentencia de instancia.

Y es que, según reiterada jurisprudencia, la nulidad de actuaciones procesales se configura como un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación, dada la notoria conmovición procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad o economía procesal, que constituye una de las metas a cubrir por la Administración de Justicia como servicio público que aspira a satisfacer adecuadamente las pretensiones que en petición de amparo jurisdiccional se hacen a los órganos judiciales, por lo que su estimación queda sometida al cumplimiento de unos estrictos condicionamientos y la indefensión constitucionalmente prohibida es la material, no la formal.

3.- Asimismo, en relación con la incongruencia, conviene precisar que, según reiterada doctrina jurisprudencial, "una sentencia es congruente cuando adecúa sus pronunciamientos a las peticiones de las partes y a la causa o razón de tales peticiones, llamada comúnmente fundamento histórico -que no jurídico- de la acción que se ejercita" (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1.994) y, en sentido parejo, la doctrina constitucional, de la que cabe resaltar la sentencia del Tribunal Constitucional 67/1.993, de 1 de marzo, ha establecido que "La congruencia delimita el ámbito del enjuiciamiento en función de "las demandas y demás pretensiones", en el lenguaje de la época -1.891-, mientras que en otros órdenes procesales como el contencioso- administrativo se habla de las "pretensiones de las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición", expresión equivalente aun cuando utilice otra terminología. En definitiva, la congruencia consiste en la adecuación entre los pronunciamientos judiciales y lo que se pidió al Juez, incluida la razón de ser de esa petición. El vicio de incongruencia, como reverso de lo anterior, no es sino el desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido, y en ocasiones especiales, no siempre ni necesariamente, puede llegar a menoscabar el principio procesal de contradicción, creando eventualmente situaciones de indefensión, proscritas en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Ahora bien, tal acaecimiento se produce excepcionalmente cuando el desenfoque entre las peticiones y la decisión es tal que da como resultado una modificación sustancial del planteamiento originario del debate, pronunciándose un fallo extraño a las recíprocas pretensiones de las partes (sentencias TC 14/1984, 191/1987, 144/1.991 y 88/1.992)".

En consecuencia, la incongruencia existe cuando se otorga en el fallo de la sentencia algo distinto a lo pedido por las partes, teniendo lugar si se concede más de lo pedido ("ultra petita") o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita"), y asimismo si se dejan incontestadas y sin resolver algunas pretensiones sostenidas por los litigantes ("citra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente ser interpretado como desestimación tácita (S^a T.S. de 12-4-2000) [RJ. 2000, 2150-Sala 1^a]. Pero igualmente se extiende al caso de la llamada incongruencia interna cuando se contradicen



fundamentos de derecho y fallo o también, como caso insólito, se contradicen pronunciamientos del propio fallo (S^a T.S. de 23-2-2000-RJ 2000, 1242-Sala 1^a).

Ahora bien, en el supuesto ahora enjuiciado, frente a lo manifestado por el recurrente en el primer motivo, lo cierto es que, en todo caso, para que pueda estimarse la demanda ha de quedar acreditado el hecho constitutivo de la acción ejercitada por el demandante, recayendo sobre éste la carga de la prueba de dicho hecho, según declararon, aplicando la norma del art. 1214 del Código Civil, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1980, de 21 de diciembre de 1981, de 15 de abril de 1982 y de 31 de octubre de 1983, entre otras muchas, y tal como se establece, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su art. 217, pfo. 2^o, siendo preciso igualmente para la existencia de la acción que haya una norma que anude al supuesto de hecho el efecto jurídico pedido, según cabe deducir de la propia disposición mencionada, e incumbiendo al demandado por su parte la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción (art. 217.3 LEC).

Así, y tal como ha establecido la jurisprudencia, el demandante debe probar, para el éxito de la acción, aquellos hechos que constituyen el supuesto de la norma jurídica cuya aplicación solicita, estando excluidos tanto los "hechos conformes", por admitidos en la contestación a la demanda, como los "hechos notorios", debiendo subrayarse, en relación con la intervención o rol del Juzgador en el proceso laboral, que si bien el carácter tuitivo y protector de nuestro ordenamiento jurídico procesal-laboral está en la actualidad ciertamente devaluado en algunos aspectos, dicho carácter puede y debe mantenerse tanto en la aplicación del Derecho como en la participación activa del Juzgador en el proceso, pues así lo impone una interpretación integradora de los artículos 24.1 y 53.3 en relación con los artículos 1.1, 9.2, 14, 24.1, 41, 43, 49 y 50, todos ellos de nuestra Constitución.

Por su parte, la doctrina constitucional ha señalado ya que, siendo la búsqueda de la verdad material el objetivo central del proceso de trabajo (STC 24/1984 y ATC 887/1985), corresponde al Juez Laboral una activa intervención en la dirección del proceso (STC 98/1987), reflejada especialmente en su fase de prueba.

En definitiva, y a manera de conclusión, se ha de subrayar que, teniendo que probar el actor los hechos constitutivos de su derecho, la ausencia de un hecho constitutivo o de alguno de los elementos que integran el mismo puede ser apreciada por el Juez o Tribunal, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impositivos y extintivos, y sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juzgador no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan, y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho, pero en cuanto a los otros hechos el Juez o Tribunal deben apreciarlos cuando se prueban aplicando las normas correspondientes, o queda constatada su existencia o su ausencia, aunque no exista oposición del demandado.

Todo ello debe tenerse presente en el supuesto de autos, en que, discutiéndose en este proceso el tema relativo a si el demandante tiene derecho al complemento de "maternidad", se ha de acreditar en todo caso que se cumplen los requisitos legalmente exigidos, con lo que no cabría apreciar incongruencia alguna por el hecho de que la demandada haya opuesto la percepción del complemento de maternidad por parte de la otra progenitora. Y es que, con arreglo a lo indicado, se ha de desestimar la pretensión deducida en la demanda cuando no se acredita el hecho constitutivo de la acción, y ello es así aun cuando no se haya alegado algún extremo integrante del mismo en el expediente administrativo, sin que sean de recibo las alegaciones del recurrente, en absoluto justificadas, al no apreciarse ninguna infracción procesal que le genere indefensión, como pretende.

Por lo que, conforme a lo expuesto, ha de decaer el primer motivo del recurso formulado por el actor.

SEGUNDO.- A continuación, en el siguiente motivo el actor denuncia, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, la infracción de la normativa y de la jurisprudencia que cita.

Así las cosas, vistas las alegaciones efectuadas, se ha de significar que para la resolución de las cuestiones planteadas en este motivo deben hacerse las consideraciones siguientes:

1^a) El art. 60 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción vigente a la fecha del hecho causante, establece lo siguiente: "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) (...)"

2ª) Cuando se trata de interpretar las normas jurídicas ha de atenderse a las reglas interpretativas establecidas al efecto (art. 3.1 del Código Civil), pero debe tenerse en cuenta en todo caso que las reglas básicas de interpretación literal y sistemática son similares para la Ley y para el contrato - arts. 3.1 del Código Civil y 1281 y 1285 de dicho Texto legal-. Debiendo significarse al respecto que como criterio hermenéutico de preferente aplicación para interpretar las normas se establece "el sentido propio de sus palabras" (artículo 3.1 C.C.) y también en cuanto a los contratos, a tenor de cuanto dispone el art. 1281 del Código Civil, y en este sentido se ha pronunciado también la Sala de lo Social del Tribunal Supremo afirmando que si la interpretación literal y sistemática no es suficiente y hay necesidad de remontarse a la indagación de lo querido por las partes se ha de buscar cuál es la voluntad real, concordada o común (S.S. Tribunal Supremo de 22 de Marzo de 1.988), para lo cual deben tenerse en cuenta los antecedentes y los actos coetáneos y posteriores (arts. 3.1 y 1282 del Código Civil), adquiriendo un gran relieve el uso o costumbre del país (art. 1287 C.C.) y sin olvidar en ningún caso que se ha de estar al espíritu y finalidad de la norma, atendida la realidad social del tiempo en que debe aplicarse (art. 3.1 del Código Civil), en el bien entendido, claro está, que unos medios interpretativos no excluyen los otros, debiendo usarse en su caso de todos ellos, en los términos expuestos, para alcanzar la solución correcta.

3ª) El artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que la jurisprudencia (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 23-09-1993, AS 7032) exige distinguir:

La primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos.

La segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado.

Esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la sentencia 34/1984 (AS 34), la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación.

Ello es así porque, según la citada sentencia del Tribunal Constitucional, el principio de autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en el ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales, salvo cuando la diferencia de trato en materia salarial tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o por el Estatuto de los Trabajadores.

Se diferencia claramente, de este modo, el ámbito del principio de igualdad y el de la prohibición discriminatoria, vinculándose el primero a la Ley y, en general, a las actuaciones de los poderes públicos (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 161/1991), mientras que el segundo extiende también su obligatoriedad en el ámbito de determinadas relaciones privadas.

Y así, por esa razón, tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 52/1987, 136/1987 y 177/1993) como el Tribunal Supremo (sentencias de 13 de mayo de 1991, AS 3909, 22 de mayo de 1991, AS 6826, 27 de noviembre de 1991, AS 8240, 14 de octubre de 1993, AS 8051, y 7 de julio de 1995, AS 5483) consideran que es contrario al principio de igualdad el trato diferente no justificado establecido por un convenio colectivo para una parte de los trabajadores, y es que dicho principio encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales (Sª T.C. de 10 de Julio de 1981) . Pero ello no quiere decir que el principio de igualdad implique en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de forma que la igualdad sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable (SS. T.S. de 2 de Julio de 1981 y 22 de Noviembre de 1982).

4ª) En el supuesto ahora enjuiciado la sentencia de instancia desestimó la demanda interpuesta por las razones que se indican en dicha resolución.

Pues bien, para un correcto entendimiento de la cuestión debatida en el presente pleito hemos de señalar que, por aplicación de la doctrina del TJUE -que estableció en sentencia de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-450/2018) que el complemento por maternidad en las **pensiones** contributivas del sistema de la Seguridad Social (LGSS art. 60) era contrario al derecho de la Unión (Dir. 79/7/CEE)- se ha dictado el RDL 3/2021,



que da una nueva redacción al artículo 60 LGSS y procede a sustituir, con vigencia desde el 4-2-2021, el mencionado complemento por un nuevo complemento dirigido a la reducción de la brecha de género. De suerte que este nuevo complemento de **pensiones** contributivas para la reducción de la brecha de género, que se va a reconocer a las **pensiones** causadas a partir del 4-2-2021 no es de aplicación en el supuesto de autos, en que, con independencia de cualquier otra consideración que pudiera hacerse (como es la de que en todo caso se ha de estar en la aplicación de la ley a la vigente en la fecha del hecho causante), nos encontramos con que la solicitud es de 3-2-2021, debiendo tenerse en cuenta por lo demás que desde la antecitada sentencia del TJUE hasta la vigencia de la nueva redacción del artículo 60 LGSS, la conclusión del TJUE es vinculante para los juzgados y tribunales.

Así, en una interpretación efectuada con arreglo a los criterios hermenéuticos antecitados, es lo cierto que había de admitirse la demanda presentada por el actor, siendo así que esta cuestión ha sido resuelta favorablemente por diversas sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia (Murcia, 11/05/2020, rec. 431/2019; Canarias/Las Palmas, 20/01/2020, rec. 850/2018, entre otras) sobre la base de que "el TJUE, en sentencia de 19-12-2019, ha decidido 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**."

Ello supone que, dada la naturaleza del derecho de la Unión, que se caracteriza por ser de aplicación directa y preferente, que debamos seguir un criterio diferente al de nuestra sentencia de 11-11-19, que es anterior a la del TJUE, tal y como hicimos en nuestra sentencia de 11 de mayo de 2020, nº 535/2020, entre otras." (STSJ Murcia, 11/05/2020, rec. 431/2019).

De modo y manera que, conforme a esta interpretación, debía estimarse la pretensión formulada en la demanda y reconocer el derecho del demandante a percibir el complemento en cuestión máxime cuando entre los valores y principios de nuestro ordenamiento se encuentra el de igualdad (art. 14 CE), debiendo subrayarse que las normas deben interpretarse en todo caso de acuerdo con la Constitución y con los principios en ella consagrados, que han de inspirar la totalidad del ordenamiento jurídico. Y en este sentido se ha pronunciado esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias como la de fecha 21-4-2021 (Rec. 98/2021).

Y ello es así por más que la demandada sostenga que no puede reconocerse el complemento de forma automática y que no procede reconocérselo al actor por venir percibiéndolo su esposa, ya que la norma aplicable no establece tal limitación, no existiendo en ella el carácter unitario del complemento recogido en la nueva normativa, en cuya virtud sólo podría percibirlo uno de los cónyuges en los términos indicados en el artículo 60 del Real Decreto-ley 3/2021, sustituyendo el complemento de maternidad por otro denominado "complemento de **pensiones** contributivas para la reducción de la brecha de género".

Y en consecuencia, con arreglo a lo indicado, ha de acogerse este motivo del recurso del demandante, habiéndose pronunciado asimismo en este sentido las sentencias de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21-1-2022 (Rec. 797/2021) y 30-6-2022 (Rec. 468/2022).

Por su parte, en cuanto a la fecha de efectos, hemos de señalar que dicha cuestión ha sido resuelta por la sentencia de esta misma Sala y Sección de 2-3-2022 (Rec. 1175/2021), en la que se dice, textualmente, lo siguiente:

"Sobre lo que sí debe pronunciarse la Sala necesariamente como parte del reconocimiento del derecho, pese a que no se diga nada al respecto en el recurso para justificar la pretensión al respecto, es sobre la fecha de efectos del complemento de la prestación, puesto que son dos las tesis posibles, una que le da efectos económicos coincidentes con el hecho causante de la **pensión** y otra que reconoce tales efectos económicos desde tres meses antes de la solicitud del complemento, que en este caso se presentó el 27 de enero de 2021.

Hay que tener en cuenta que el citado complemento de las **pensiones** de jubilación fue creado por la disposición final 2.1 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, con efectos de 1 de enero de 2016, introduciendo para ello un nuevo artículo 50 bis en la Ley General de la Seguridad Social cuyo contenido pasó al artículo 60 del texto refundido hoy vigente. El último número del citado artículo dice que "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". La reforma introducida por el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, ha modificado el texto para decir que "su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la **pensión** que haya determinado su reconocimiento".



El problema entonces estriba en interpretar el texto del artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social antes de su reforma por el Real Decreto-ley 3/2021.

Por una parte se puede pensar que la solución que hoy recoge la nueva norma era ya la misma contenida en la antigua y que la nueva norma solamente viene a aclarar su significado. La norma anterior, que es aquí la aplicable, no se remitía al régimen jurídico de las **pensiones**, en cuyo caso se podría entender hecha una remisión al artículo 53.3 de la Ley General de la Seguridad Social, con la retroactividad de tres meses allí prevista, sino al mismo régimen jurídico de "la **pensión**", en singular, esto es, a lo que sea aplicable a la **pensión** que complementa en concreto y ello también en lo relativo a su nacimiento y duración. Este criterio se refuerza si tenemos en cuenta que el complemento de maternidad es reconocido a las mujeres por el INSS en la misma resolución en que reconoce la **pensión**, sin necesidad de una nueva solicitud, por lo que no habría motivo para aplicar a los hombres que reúnen los mismos requisitos un criterio de tramitación diferente, obligando a los mismos a solicitar el complemento y aplicar en consecuencia una retroactividad de tres meses a los efectos económicos.

Por el contrario se puede pensar que el Real Decreto-ley 3/2021 ha introducido un cambio en la regulación legal de la dinámica del derecho, de manera que a los complementos causados con anterioridad se les aplica el mismo régimen jurídico que a las **pensiones** y por tanto el régimen de efectos económicos del artículo 53.1 de la Ley General de la Seguridad Social, lo que implica que si el complemento no es reconocido junto con la **pensión** de jubilación ello obliga al beneficiario a solicitarlo expresamente y los efectos económicos del reconocimiento se producen a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

Para decidir entre una y otra interpretación también hay que tener en cuenta la obligación del Estado español de restituir *in integrum* la vulneración del Derecho de la Unión producida en el caso de autos, tomando en consideración que el artículo 32.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dice:

"Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares".

Todos estos requisitos de los que se deriva el derecho a la reparación por vulneración del Derecho de la Unión concurren en estos casos.

A su vez el artículo 34.1 *in fine* dice: "En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa".

En este caso la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el 17 de febrero de 2020, por lo que la retroacción a la fecha de efectos económicos de la **pensión**, no excedería el plazo de cinco años anteriores a la publicación de la sentencia, por lo que la *restitutio in integrum* del daño irrogado al particular por la vulneración del Derecho de la Unión debe llevar por tanto a reponer los efectos económicos a la fecha de inicio de la **pensión** que complementa. No cabe olvidar tampoco que el derecho a la indemnización prescribe en el plazo de un año desde la fecha en que se publicó en el DOUE la sentencia del TJUE, conforme al artículo 67.1, último inciso, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El problema entonces es si la *restitutio in integrum* del derecho al particular afectado por la vulneración del Derecho de la Unión puede hacerse dentro de este proceso, simplemente dando efectos económicos retroactivos al complemento de maternidad desde la fecha de inicio de los efectos económicos de la propia **pensión** a la que complementa, interpretando en ese sentido el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social previo al Real Decreto-ley 3/2021, o bien debemos ceñirnos a una interpretación más estricta, limitar la retroacción de los efectos económicos del complemento de la **pensión** a tres meses y dejar que sea el actor



quien decida si inicia un nuevo proceso judicial en vía contencioso administrativa para reclamar el resto del importe en concepto de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ante las dos interpretaciones posibles en principio ha de optarse por aquella que facilite la eficacia al Derecho de la Unión, debiendo recordarse que los requisitos de fondo y forma contenidos en las normas nacionales para obtener la reparación del daño no pueden disponerse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 5 de marzo de 1996 en los asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Brasserie du Pêcheur/Factortame).

En relación con tal cuestión ha habido cambios en la doctrina de esta Sala y de la propia Sección. Así esta Sala y Sección optó en su sentencia de 22 de julio de 2021 (recurso 433/2021) por dar efectos económicos al complemento coincidentes con la fecha de efectos económicos de la **pensión** que complementa, pero este criterio se modificó en su posterior sentencia de 26 de enero de 2022 (recurso 1084/2021) por decisión mayoritaria y para acomodarse al criterio aplicado por otras secciones de esta misma Sala, limitando la retroacción a tres meses y todo ello sin perjuicio de la eventual reclamación de responsabilidad contra el Estado por vía contencioso-administrativa.

Ahora sin embargo hay que tener en cuenta las dos sentencias de 16 de febrero de 2022 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo dictadas en Pleno (RCUD 2872/2021 y 3379/2021), que aunque no resuelven directamente esta cuestión, que no se planteaba (la sentencia de suplicación en aquel caso había fijado una retroacción de tres meses y el beneficiario no recurría la misma), sí explicitan, aunque sea como obiter dicta, el criterio que procede aplicar, cuando dicen: "3. El contenido del precepto del RD 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 art. 60 LGSS, 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."

Esto implica que la reparación de los daños irrogados por el incumplimiento del Derecho de la Unión, con vulneración del derecho fundamental de igualdad y no discriminación por razón de sexo, se puede alcanzar, al menos en lo relativo al impacto económico de la privación prestacional indebida y sin entrar en otros daños posibles derivados de la lesión del derecho fundamental que aquí no se plantean, mediante la plena retroacción de la fecha de efectos del complemento prestacional a la del hecho causante de la **pensión** de jubilación, evitando así la exigencia para ello de una demanda adicional de naturaleza indemnizatoria en vía contencioso-administrativa, lo que es plenamente conforme, como hemos dicho, con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 5 de marzo de 1996 en los asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Brasserie du Pêcheur/Factortame, haciendo totalmente innecesario elevar cuestión prejudicial al TJUE como la que ha elevado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia mediante auto del pleno de dicha Sala de 2 de febrero de 2022 en el recurso de suplicación 3601/2021.

En conclusión, el derecho al complemento por aportación demográfica en su regulación originaria de 2015 se aplica a las **pensiones** contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente que se causen a partir de 1 de enero de 2016, como es el caso. Y la fecha de efectos económicos es, como dice el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, coincidente con la fecha de efectos de la **pensión** de jubilación, por lo que los efectos económicos en este caso se retrotraen al 31 de enero de 2016, fecha del hecho causante de la jubilación que complementa la prestación aquí debatida."



Por consiguiente, y de acuerdo con dicha doctrina, ha de estimarse la demanda interpuesta, declarando el derecho del demandante a percibir el complemento de "maternidad" en la cuantía del 10% de la **pensión** inicial de jubilación de 1.508,19 euros, con efectos de 13-7-2020. Sin costas (art. 235 LRJS).

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que, estimando el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. Alexis contra la sentencia de fecha 23/12/2022 dictada por el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid, en autos nº 1113/2021, seguidos en virtud de demanda presentada contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de SEGURIDAD SOCIAL, debemos revocar y revocamos dicha resolución, declarando el derecho del demandante a percibir el complemento de maternidad en la cuantía del 10% de la **pensión** inicial de 1.508,19 euros, con efectos de 13-7-2020. 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 de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827- 0000-00-0422-23 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

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 2827-0000-00- 0422-23.

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 y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales 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.