

SUMARIO:

Pensión de jubilación. Complemento por aportación demográfica. Previsión legal de reconocimiento a las pensiones que se causen a partir de 1 de enero de 2016, ex artículo 60 y disposición final única del RDLeg 8/2015. *Solicitante varón al que se le reconoce en instancia el complemento, a pesar de haber causado pensión de jubilación con fecha de efectos 28 de agosto de 2013, al entender el juzgador que, a pesar de que la prestación es anterior a la entrada en vigor de este, esta cuestión no fue alegada por el INSS en vía administrativa. Entiende la Sala que dicha alegación es extemporánea y, dado que no es constitutiva de la prestación, ello determina la concurrencia de un elemento novatorio. Ante esta circunstancia no cabe analizar la virtualidad del complemento por otra causa distinta que no sea el género del beneficiario, ante la vinculación que la Administración mantiene con los alegatos vertidos en el expediente. Tomando en consideración la STJUE de 12 de diciembre de 2019, publicada el 17 de febrero de 2020, (Asunto C-450/18 -NSJ060632-), en la que se entendió concurrente una situación de discriminación en la regulación contenida en el artículo 60 del TRLGSS, por su vinculación al sexo del progenitor, siendo obviamente perjudicial para el varón en comparación con la mujer, se procede al reconocimiento del complemento, si bien, el mismo no opera desde el inicio de la vigencia de la norma que lo crea, a 1 de enero de 2016, sino desde que se declaró la irregularidad de dicha norma por el Tribunal Europeo mediante su publicación, el 17 de febrero de 2020.*

PRECEPTOS:

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 157.4.
RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), art. 60.1.

PONENTE:

Don Florentino Eguaras Mendiri.

En la Villa de Bilbao, a 5 de julio de 2021.

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 11 de los de Bilbao de fecha 29 de enero de 2021, dictada en proceso sobre OSS, y entablado por E... frente a TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, 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.- D. E..., es beneficiario de una pensión contributiva de jubilación reconocida con fecha de efectos de 28 de Agosto de 2013, con un importe mensual inicial de 1.942'16 euros brutos.

Segundo.- Asimismo, es padre de 2 hijos, una nacida el 14 de Enero de 1975 y otro el 19 de Noviembre de 1976.

Tercero.- En fecha 26 de Febrero de 2020, presentó escrito solicitando la revisión de su pensión de jubilación a fin de que se le reconociera el porcentaje del 5% de incremento sobre la misma por tener dos hijos, pretensión que fue desestimada por Resolución del INSS de 30 de Mayo de 2020, indicando que "la normativa vigente en materia de complemento por maternidad es el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social que solo contempla un complemento por maternidad respecto de las mujeres que habiendo tenido dos o más hijos biológicos o adoptados, causen derecho a una pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o de viudedad en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social".

Cuarto.- De estimarse la solicitud del complemento el mismo ascendería a una cuantía de 97'11 euros."

Segundo.

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por D. E... R... C... frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social debo dejar y dejo sin efecto la resolución del INSS de fecha 30 de Mayo de 2020, declarando el derecho del demandante a percibir un complemento por maternidad en su pensión de jubilación por importe inicial de 97'11 euros y con efectos al 1 de Enero de 2016, teniendo derecho a que se le abonen las cantidades adeudadas desde dicha fecha por tal concepto con sus correspondientes revalorizaciones, sin hacer imposición de costas."

Tercero.

Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El Juzgado de lo Social nº 11 de Bilbao dictó sentencia el 29-1-2021 en la que estimó la demanda interpuesta por el beneficiario y le reconoció el complemento de maternidad por aportación demográfica, y ello por entender que conforme a la doctrina del TJUE no podía establecerse una diferencia entre varones y mujeres respecto al devengo del complemento. Se indica, Fundamento de Derecho tercero, que pese a que la prestación de jubilación es anterior a la entrada en vigor del complemento de aportación de demográfica, y esta cuestión no se alegaba en la vía administrativa, debe darse una interpretación conforme al art. 14 CE de la situación del demandante, en orden a una posible discriminación por razón de edad o condición.

Segundo.

Frente a la anterior sentencia interpone recurso de suplicación la entidad gestora y, en el primer motivo, por la vía del apdo. b) del art. 193 LRJS, pretende modificar el Hecho Probado primero en orden a la fecha de efectos de la prestación reconocida de jubilación y su hecho causante. En cuanto a la primera cuestión es admisible porque, efectivamente consta en la resolución que se cita, folio 137, que el devengo es a partir del 27-8-2013, pero la fecha de efectos no se deduce de la documental que se cita, por lo que se desestima. Consideramos que existe un documento idóneo y que por ello se reúnen los requisitos de la revisión (STS 29-9-2016, recurso 99/16, que nos recuerda dichos requisitos).

El segundo motivo, por la vía del apdo. c) del art. 193 LRJS, denuncia la infracción del art. 60 LGSS en relación a la entrada en vigor de la modificación del art. 50 bis del anterior texto de la LGSS de 1994, supeditando los efectos a partir del 1-1-2016.

Alega la impugnación del recurso, en consonancia al argumento de la sentencia de instancia, que nos encontramos ante una cuestión que no fue alegada en el expediente administrativo.

Si observamos la resolución del mismo, de 30-5-2020, observaremos que en la misma se indica que solo se contempla el devengo del complemento por maternidad respecto a las mujeres que habiendo tenido dos o más hijos biológicos o adoptados, causen derecho a una pensión contributiva de jubilación.

Nos encontramos, en consecuencia, ante la aleación de un hecho que no es constitutivo de la prestación, y por tanto que supone un elemento novatorio respecto a la vinculación que la Administración mantiene con sus alegatos en el expediente administrativo (STS 17-4-2007, recurso 1586/2006).

No es posible analizar la virtualidad del complemento por otra causa distinta que no sea el género del beneficiario, y siendo que, según señala la sentencia de instancia, la doctrina del TJUE de 12-12-2019, C-450/18, ha entendido que para situaciones en las que la carrera de seguro se encuentra integrada es posible apreciar una discriminación por la vinculación al sexo del progenitor, siendo que la redacción del art. 60 LGSS oferta una discriminación con independencia de los caracteres sociales o de la intencionalidad del legislador, y se manifiesta objetivamente perjudicial respecto al varón en comparación a la mujer, la forma de reparar esta quiebra a la igualdad es incrementando la prestación con el complemento.

En consecuencia se desestima el motivo segundo.

Respecto al tercero, sin embargo, sí que es posible su apreciación y ello desde una perspectiva diferente a la que postula el recurso.

El recurrente, motivo tercero, invoca el art. 53, 1 LGSS en relación al art. 60 del mismo texto y el art. 9,3 CE.

Hemos indicado (sentencia de esta Sala de TSJPV de 2-3-2021, recurso 177/21), que la fecha de efectos a computar es aquella en la que se realizó la publicación de la sentencia del TJUE, de 17-2-2020, y ello conforme al art. 32, 6 de la Ley 40/15 de Régimen Jurídico del Sector Público, y atendiendo al criterio del mismo TS, -STS 20-12-2017, recurso 263/16, en relación a los efectos de la doctrina del Tribunal Constitucional-. Por tanto, el efecto no opera desde el inicio del devengo del complemento legal, 1-1-2016, sino desde que se declaró la irregularidad de la norma por el Tribunal Europeo.

En consecuencia, no se admite la tesis del recurso más que parcialmente, y tengamos en cuenta que sí que es posible analizar en vía de suplicación el alegato porque la prestación fue desestimada en su totalidad, por lo que reconociéndose se pueden modular sus efectos.

Por último, indicar que no se tramita ninguna cuestión prejudicial porque no hemos admitido la tesis del recurso alegada en su motivo segundo.

Vistos: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de Bilbao de 29-1-2021, procedimiento 602/20 por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y en su nombre y representación doña..., según la representación que ostenta, y manteniendo el pronunciamiento principal de la instancia, se fija la fecha de efectos del complemento debatido al 17-2-2020, permaneciendo el resto en su integridad, sin costas.

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.

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

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 4699-0000-66-0959-21.

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 4699-0000-66-0959-21.

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.