

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

Sentencia 382/2021, de 2 de marzo de 2021

Sala de lo Social

Rec. n.º 177/2021

### SUMARIO:

**Jubilación. Cálculo de la pensión. Base reguladora y porcentaje. Reclamación de complemento de maternidad (paternidad).** Asumiendo la interpretación que sobre el precepto regulador del complemento a la jubilación por aportación demográfica ha realizado el TJUE en su sentencia de 12 de diciembre de 2019, C-450/18 -NSJ060632-, no es posible excluir al actor del reconocimiento de dicho complemento de su pensión, para evitar la discriminación del varón, pero sí que se ha de delimitar la fecha de efectos del mismo, que según el criterio fijado por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017, rec. núm. 263/2016 -NSJ063355- en relación a los efectos de las sentencias del TC, no puede retrotraerse más allá de la fecha de la publicación de la citada sentencia del TJUE: el 17 de febrero de 2020.

### PRECEPTOS:

RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), art. 60.1.

Ley 40/2015 (LRJSP), art. 32.6.

### PONENTE:

*Don José Félix Lajo González.*

En la Villa de Bilbao, a 2 de marzo de 2021.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/a Ilmos./Ilma. Sres./Sra. D.ª GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D. JOSE FELIX LAJO GONZALEZ, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º Uno de DIRECCION000 de los de DIRECCION000 de fecha 19 de noviembre de 2020, dictada en proceso sobre OSS, y entablado por Juan Francisco frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA y TGSS .

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE FELIX LAJO GONZALEZ, 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.- Que el demandante, nacido el NUM000/1960, con número de afiliación a la seguridad social NUM001, con fecha de efectos de de 30/09/2016 le es reconocida una pensión de jubilación, del 100% de la Base Reguladora de 1430,66€ que con las correspondientes mejoras de revalorización anual, se vio incrementada hasta 1485,35 euros mensuales en el año 2020 en 14 mensualidades.

SEGUNDO.- Que el demandante ha tenido dos hijas:

- Carmela nacida el NUM002/1987.

- Delfina nacida el NUM003/1995.

TERCERO.- Que el demandante interesó el reconocimiento del complemento por hijos/as recogido en el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social que fue desestimado por Resolución del Instituto Social de la Marina en fecha 21/02/2020, notificada al demandante el 27/02/2020.

CUARTO.- Que el demandante estuvo embarcado entre otros en los siguientes períodos:  
2/04/1987 a 8/09/1987 22/09/1987 a 7/08/1988 19/01/1995 a 31/07/1995 3/08/1995 a 15/07/1995.

QUINTO.- La base reguladora asciende a 1430,66 €/mes y el complemento del 5% a 74,10€/mes.

CUARTO.- Que se ha agotado la vía administrativa previa."

## **Segundo.**

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimando la demanda interpuesta por Juan Francisco contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina y Tesorería General de la Seguridad Social, debo declarar y declaro el derecho del demandante al percibo del complemento por hijos regulado en el artículo 60 de la LGSS, retrotrayéndose sus efectos económicos al momento de la solicitud, 10/02/2020 y condenando al Instituto Social de la Marina a su pago y al resto de los codemandados a estar y pasar por el contenido de la presente Resolución."

## **Tercero.**

Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por la parte contraria.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero. Recurso interpuesto.**

Interpone recurso el INSS/ISM contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de DIRECCION000, de fecha 19 de noviembre de 2.020, que estima la demanda y declara el derecho del demandante al percibo del complemento por hijos regulado en el artículo 60 TRLGSS, retrotrayendo sus efectos económicos al momento de la solicitud, (10 de febrero de 2020).

El actor ha impugnado el recurso de suplicación, vertiendo las alegaciones que constan en autos.

### **Segundo. Censura jurídica.**

En el único motivo del recurso, y con amparo en el artículo 193 c) LRJS, se denuncia por la entidad gestora recurrente infracción del artículo 60 TRLGSS, en relación con artículo 32.6 de la Ley 40/2015; alegando que la STJUE de 12 de diciembre de 2019 debería aplicarse a hechos causantes posteriores a la publicación de la misma, (17 de febrero 2020), y en este caso el hecho causante de la prestación de jubilación fue el 30 de septiembre de 2016, por lo que no queda dentro de su ámbito de aplicación, ni bajo el mismo supuesto resuelto por el TJUE; que la redacción de la norma es desafortunada al hablar de "aportación a la contribución demográfica"; que la norma pretende beneficiar a las mujeres, mediante una acción positiva, y evitar la "brecha de género"; que el propio TC ha rechazado la inconstitucionalidad de la norma; que el actor no pudo dedicarse a la crianza de los hijos, habida cuenta los períodos en los que estuvo embarcado; que en el futuro no se podrá reconocer el complemento a la madre, al tratarse de un complemento único; y que en modo alguno se vulnera el principio de igualdad.

El beneficiario impugnante se opone insistiendo en los argumentos de la sentencia, y en el carácter vinculante de la sentencia dictada por el TJUE el 19 de diciembre de 2019.

### **Tercero. Razonamiento y decision del tribunal.**

Partiendo del indiscutido relato de hechos probados la pretensión de la entidad gestora recurrente debe ser estimada en parte, por los motivos jurídico-fácticos siguientes:

A.- Posicionamiento y soporte fáctico de la sentencia recurrida.

El demandante es padre de dos hijas, nacidas en NUM002 de 1987 y NUM003 de 1995, y es perceptor de pensión de jubilación con efectos desde el 30 de septiembre de 2016.

El actor estuvo embarcado en varios períodos descritos en el quinto HP.

El demandante solicitó el complemento por hijos/as recogido en el artículo 60 del TRLGSS y le fue desestimado por resolución del ISM de 21 de febrero de 2020.

La juzgadora de instancia estima la demanda, por entender que los padres también tienen derecho al complemento de la pensión contemplado en el artículo 60 TRLGSS, en aplicación de la doctrina que contiene la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C- 450/2018.

B.- Legislación aplicable al caso.

*Artículo 60 TRLGSS Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.*

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.

En la redacción en vigor desde el dos de enero de 2016, con vigencia hasta el cuatro de febrero de 2021.

C.- Aplicación al caso concreto:

Nuestra sentencia de 26 de enero de 2021, recurso 1662/20, resuelve sustancialmente las cuestiones que plantea el INSS en su recurso, por lo que reproducimos a continuación los argumentos que expusimos en la misma desestimando el recurso de la entidad gestora:

"Esta norma ha sido objeto de pronunciamiento en la STJUE de 12 de diciembre de 2019 -Asunto C 450/2018 -, en la que el TJUE, respondió a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Girona, en el marco de un litigio planteado por un trabajador a quien se le reconoció pensión de incapacidad permanente absoluta contributiva y solicitó la aplicación de la bonificación del complemento por maternidad (5%), al tener dos hijas. Pues bien, el TJUE, en la Sentencia indicada, declaró lo siguiente:

"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".

Es claro, tal como se determina en el debate parlamentario sobre el complemento debatido, que sus objetivos fueron los siguientes: "Reconocer, mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad. Valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres. Y eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, cumpliendo en este sentido también las Recomendaciones de la Unión Europea".

En tal sentido se redactó la norma anteriormente transcrita, que reconoce este complemento hoy litigioso a las mujeres beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad y que hayan tenido hijos biológicos o adoptados. La finalidad de este complemento es clara, tal como se recoge en la literalidad de la norma, pues trata de reconocer "la aportación demográfica" de las mujeres "a la Seguridad Social", tratándose, sin duda, de una previsión normativa en clara clave de acción positiva en los términos antedichos del debate parlamentario. Se revela así, que se vincula este complemento a las consecuencias negativas que para la carrera profesional y de cotización haya podido tener la maternidad - biológica o por adopción - para las mujeres trabajadoras.

Ahora bien, a pesar de tratarse de una finalidad no solo legítima, sino deseable, en evitación de toda discriminación y de la consecución de una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, en los términos del artículo 9.2 CE y de la L.O. 3/2007, lo que ha suscitado debate jurídico ha sido el modo en que esta finalidad se ha plasmado normativamente en este complemento.

En este sentido hemos de recordar que la jurisprudencia comunitaria del TJUE ha admitido las acciones positivas a favor de las mujeres con finalidad, entre otras, de proteger su condición biológica en el embarazo y la maternidad - SSTJUE de de julio de 1984, Hoffmann, C 184/83; 14 de julio de 1994 , Webb, C-32/93 ; de 30 de junio de 1998, Brown, C-394/96 y 1 de febrero de 2005, Comisión/Austria, C-203/03 .Y la STJUE de 19 de diciembre de 2019, que constituye el núcleo del presente debate, ha ido recordando los siguientes extremos:

- que el complemento de maternidad tiene en España es una pensión pública contributiva, comprendida, por tanto, en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, por cuanto forma parte de un Régimen legal de protección contra riesgos enumerados en la misma - invalidez permanente y jubilación (vejez) -;

- que ha de comprobarse si la diferencia de trato entre hombres y mujeres que se establece en la norma controvertida - art. 60 LGSS - se refiere a categorías de personas que se encuentran en situaciones comparables;

- que "el carácter comparable de las situaciones no debe apreciarse de manera global y abstracta, sino de un modo específico y concreto, teniendo en cuenta todos los elementos que las caracterizan, especialmente a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción controvertida y, en su caso, de los principios y objetivos del ámbito al que pertenezca dicha normativa nacional [sentencia de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C 451/16 , EU:C:2018:492 , apartado 42 y jurisprudencia citada]";

- que, "en cuanto al objetivo perseguido por el artículo 60, apartado 1, de la LGS , a saber, recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, procede señalar que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres";

- que, "Por consiguiente, la aportación demográfica a la Seguridad Social no puede justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión controvertido (...) (apartados 45 a 47, C- 450/18 )";

- que, en respuesta al a pregunta formulada por el TJUE, el Gobierno español señaló "que el objetivo perseguido por el mencionado complemento de pensión no consiste únicamente en recompensar a las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos por su aportación demográfica a la Seguridad Social. Dicho complemento fue concebido también como una medida destinada a minorar la brecha de género existente entre las pensiones de las mujeres y de los hombres, que se produce como consecuencia de las distintas trayectorias laborales. El objetivo perseguido consiste en garantizar el reconocimiento de pensiones adecuadas a las mujeres que han visto reducida su capacidad de cotización y, con ello, la cuantía de sus pensiones, cuando por haber tenido dos o más hijos, y haberse dedicado a su cuidado, han visto interrumpidas o acortadas sus carreras profesionales";

- que el INSS, en sus observaciones escritas, sostuvo "que el complemento de pensión controvertido está justificado por razones de política social. A tal fin, el INSS aporta numerosos datos estadísticos, que revelan una diferencia entre los importes de las pensiones de los hombres y los de las mujeres, así como, por un lado, entre los importes de las pensiones de las mujeres sin hijos o que han tenido un hijo y, por otro lado, los de las mujeres que han tenido al menos dos hijos";

- que "en cuanto al objetivo consistente en reducir la brecha de género entre las pensiones de las mujeres y las de los hombres mediante la atribución del complemento de pensión controvertido, procede señalar que el artículo 60, apartado 1, de la LGSS tiene por objeto, al menos parcialmente, la protección de las mujeres en su condición de progenitor";

- que, "por un lado, se trata de una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres y, por otro lado, las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99 , EU:C:2001:648 , apartado 56, y de 26 de marzo de 2009, Comisión/Grecia, C-559/07 , no publicada, EU:C:2009:198 , apartado 69)";

- que, "En particular, la circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99 , EU:C:2001:648 , apartado 56)";

- que, "En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 66 de sus conclusiones, la existencia de datos estadísticos que muestren diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las pensiones de los hombres no resulta suficiente para llegar a la conclusión de que, por lo que se refiere al complemento de pensión controvertido, las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores";

- que "Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo, establecida en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 , solo es posible en los casos que se enumeran con carácter exhaustivo en esa misma Directiva [véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de septiembre de 2014, X, C-318/13 , EU:C:2014:2133 , apartados 34 y 35, y de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/16 , EU:C:2018:492 , apartado 50]";

- que, en el caso analizado, "el artículo 60, apartado 1, de la LGSS no contiene ningún elemento que establezca 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";

- que "esta disposición no exige que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos, por lo que no se cumple el requisito relativo a que hayan disfrutado de un permiso de

maternidad. Este es el caso, concretamente, cuando una mujer ha dado a luz antes de acceder al mercado laboral";

.- que "en cualquier caso, el artículo 60, apartado 1, de la LGSS no supedita la concesión del complemento de pensión en cuestión a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos, sino únicamente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social";

.- que "el artículo 157 TFUE , apartado 4, establece que, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales";

.- que, "Sin embargo, esta disposición no puede aplicarse a una norma nacional como el artículo 60, apartado 1, de la LGSS , dado que el complemento de pensión controvertido se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándoles en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99 , EU:C:2001:648 , apartado 65, y de 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13 , EU:C:2014:2090 , apartado 101)".

En consecuencia, el TJUE realiza la declaración que anteriormente hemos plasmado en su literalidad.

Llevada esta doctrina al caso que nos ocupa, el recurso ha de ser desestimado, dado que entendemos que los argumentos y el criterio del TJUE le son de plena aplicación, a tenor de los hechos enjuiciados, sin que el hecho de que la prestación sea ahora de jubilación y entonces lo fuera de incapacidad permanente en nada varía la conclusión. Tampoco obsta a esta decisión el hecho de que el demandante no hubiera visto perjudicada objetivamente su carrera profesional y de cotización o que haya de presumirse que haya sido la esposa la que se ha dedicado mayormente a la crianza de las hijas del matrimonio, todo ello en línea con los argumentos del TJUE.

Por último, hemos de reseñar que el hecho de haberse jubilado el demandante de manera anticipada por razón de la actividad en nada obsta al acceso al complemento litigioso. En efecto, el apartado 4 del artículo 60 LGSS dispone que "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."

Siendo así que el artículo 208 de dicho texto legal se refiere a la jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada, lo que no es el caso, pues nos hallamos, como ya hemos indicado más arriba, ante supuesto de jubilación de manera anticipada por razón de la actividad, lo que viene regulado en el artículo 206 LGSS . Y tampoco se trata de la excepción de la jubilación parcial del artículo 215 LGSS .

Tampoco obsta a esta conclusión el que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no hayan encontrado tacha de legalidad constitucional u ordinaria para dicha norma, habida cuenta de la existencia de la doctrina comunitaria expresada.

Es claro, por otra parte, que la Sala no argumenta en torno a una distinta posible formulación futura de este complemento, sino con base en la redacción actual del artículo 60 LGSS y a la doctrina del TJUE que lo ha interpretado".

Estos mismos argumentos sirven para reconocer al actor el derecho al complemento reclamado en este procedimiento. Se trata de la aplicación de la norma que ha estado en vigor desde el dos de enero de 2016 hasta el cuatro de febrero de 2021, y que por tanto regía en el momento en que el actor accedió a la pensión de jubilación, (el 30 de septiembre de 2016), y cuando solicitó el complemento por hijos/as, (10 de febrero de 2020). Recordemos que las leyes están en vigor hasta que son derogadas por otras posteriores, ( artículo 2.2. del Código Civil).

Ahora bien, el antiguo artículo 60 del TRLGSS ha de ser interpretado conforme ha sentenciado el TJUE, en su sentencia de 2 de diciembre de 2019 -Asunto C 450/2018 -, esto es, admitiendo la posibilidad de que los varones también puedan acceder al complemento de pensión por hijos/as.

Tal y como explica con detalle la sentencia recurrida, se trata de una sentencia de obligado cumplimiento, y que garantiza la jerarquía normativa del derecho comunitario interpretado por el propio TJUE.

Como recuerda la STC de 5 de noviembre de 2015, recurso 1709/2013:

"Efectivamente, este Tribunal ya ha declarado que "el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado hasta la fecha una consolidada jurisprudencia que abunda en la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de garantizar que dichas Sentencias se lleven a efecto ( Sentencia de 14

de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn , 314-316/81 y 83/82, Rec. 1982 p. 4337)... el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que `los órganos jurisdiccionales de [los Estados miembros] están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [ art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea ], a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno; ( Sentencias de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn , antes citada , apartado 16 , y de 5 de marzo de 1996, asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame , C-46/93 y C-48/93 , Rec. p. I-1029, apartado 95)... [C]omo consecuencia de todo lo anterior, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal , 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli , C-188/10 y C-189/10 , Rec. p. I-5667, apartado 43; y de 5 de octubre de 2010, asunto Elchinov , C-173/09 , apartado 31). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea [véanse las Sentencias de 17 de diciembre de 1970, asunto Internationale Handelsgesellschaft , 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3; y de 16 de diciembre de 2008, asunto Michaniki (C-213/07 , Rec. p. I- 9999, apartados 5 y 51)]" ( STC 145/2012 , de 2 de julio , FJ 5)".

Por consiguiente, resulta ineluctable reconocer al demandante el complemento solicitado, por aplicación del artículo 60 TRLGSS, conforme a la redacción vigente a la fecha del hecho causante, y asumiendo la interpretación que sobre dicho precepto exige el derecho comunitario para evitar la discriminación del varón; tal y como concluye la sentencia recurrida.

#### D.- Fecha de efectos del complemento.

Por lo que hemos expuesto, no es posible excluir al demandante del reconocimiento del complemento de su pensión por hijos/as, como pretende la entidad gestora, pero sí que se ha de delimitar la fecha de efectos de dicho complemento, que no puede retrotraerse más allá de la fecha de la publicación de la sentencia del TJUE, (17 de febrero de 2020). Este es el criterio que se desprende de lo establecido en el artículo 32.6 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público. Dispone el precepto:

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

Se trata del mismo criterio fijado por el propio TS, en su sentencia de 20 de diciembre de 2017, recurso 263/2016, en relación a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional:

"2. En primer conviene resolver a partir de que momento se producen los efectos de la declaración de nulidad por inconstitucional del precepto legal cuestionado, el 41-1 de la Ley 11/2010, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma Canaria, esto es si se producen "ex tunc", desde el primer día, o "ex nunc", desde la publicación de la sentencia que anula el precepto por inconstitucional. Una primera aproximación nos muestra lo dispuesto en los artículos 161-1-a ) y 164 de la Constitución de los que se desprende que estas sentencias tiene carácter declarativo y producen efectos "erga omnes" a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, lo que corroboran los artículos 38- 1 y 40-1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional , preceptos en los que se establece, igualmente, la vinculación de todos los Poderes Públicos a lo resuelto a partir de la publicación de la sentencia del TC, sin que se permita revisar lo resuelto por sentencia con fuerza de cosa juzgada en procesos ya fenecidos, aunque la jurisprudencia sentada en ellos deba entenderse corregida por la nueva doctrina constitucional. de estos preceptos se deriva que la regla general es que estas sentencias producen efectos "ex nunc", esto es desde su publicación en el BOE, cual viene entendiendo el TC en sus dos sentencias 45/1989, de 20 febrero , 365/2006, de 21 diciembre , y 161/2012, de 20 diciembre , entre otras , como la 196/2014 , cuya publicación ha dado lugar al presente procedimiento, sentencias todas en las que se señala la necesidad de preservar la cosa juzgada, así como las situaciones administrativas firmes como son los actos realizados en ejecución de lo dispuesto en la Ley.

Si ello es así, la pretensión de que los efectos económicos de la nulidad se retrotraigan hasta el 1 de junio de 2010 no puede prosperar por que la reducción salarial la impuso una ley y los efectos de su anulación se

producen a partir de la publicación de la sentencia del TC que la declara inconstitucional, máxime cuando en ella no se ha dispuesto otra cosa, sino lo contrario."

En esta misma línea, esta Sala ha dictado sentencia en el recurso 187/21, fijando la fecha de efectos de una pensión de jubilación de una trabajadora a tiempo parcial en la fecha de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 2019, (BOE de 12 de agosto de 2019).

Debemos, por todo lo expuesto, estimar en parte el recurso de la entidad gestora, y fijar la fecha de efectos del complemento litigioso en el 17 de febrero de 2020; sin costas, - artículo 235 LRJS-.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

ESTIMAMOS parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación del INSS/ISM, y fijamos la fecha de efectos del complemento de pensión reconocido al actor en el 17 de febrero de 2020; confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de DIRECCION000 en autos 259/20; 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 4699-0000-66-0177-21.

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 4699-0000-66-0177-21.

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores,



traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.

RTSS. CEF