

# Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la fecha de efectos del complemento por maternidad reconocido a los hombres

## The first rulings of the Supreme Court on the effective date of the paid maternity allowance for men

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Director del Máster en Derecho de la Seguridad Social. Univ. de Granada

 <https://orcid.org/0000-0002-5673-3620>

Cita Sugerida: MALDONADO MOLINA, J.A.: «Los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la fecha de efectos del complemento por maternidad reconocido a los hombres». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 32 (2022): 47-64

### Resumen

Tras el aluvión de demandas de pensionistas varones reclamando el complemento por maternidad, resueltas en cientos de Sentencias con criterios divergentes en cuanto a la fecha de los efectos de reconocimiento, por fin el TS sienta su criterio. De las dos alternativas que han llegado a la Sala, el TS opta por una tercera, considerando que deben extenderse *ex tunc*, al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante.

### Abstract

After the flood of lawsuits from male beneficiaries claiming maternity allowance, resolved in hundreds of rulings with diverging criteria as to the date of the effects of recognition, the SC has finally established its criteria. Of the two alternatives that have reached the Court, the SC opts for a third, considering that they must be extended from the outset, to the actual birth of the rule and consequent occurrence of the causal event

### Palabras clave

Discriminación; igualdad; retroactividad; jurisprudencia TJUE; complemento maternidad

### Keywords

discrimination; equality; retroactivity; CJEU jurisprudence; maternity supplement

## 1. INTRODUCCIÓN

La STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18)<sup>1</sup>, que declaró contrario a la Directiva 79/7/CEE el complemento por aportación demográfica<sup>2</sup>, provocó una gran convulsión en el Sistema español de Seguridad Social<sup>3</sup>, generando en un primer momento una avalancha de reclamaciones

<sup>1</sup> STJUE de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, Asunto WA contra INSS, ECLI:EU:C:2019:1075, DOUE de 17 de febrero de 2020.

<sup>2</sup> Declaró 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.

<sup>3</sup> Para un estudio completo de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, ver (por orden alfabético), GALA DURÁN, C., «El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?», *Temas Laborales*, 158/2021; HERNÁNDEZ VITORIA, M<sup>a</sup>.J., «T titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm.249/2022; MACÍAS GARCÍA, M<sup>a</sup>.C., «Sobre el “nuevo” complemento de pensiones contributivas para la reducción de brecha de género. Recorrido cronológico, legislativo y judicial», *Revista de Derecho de la*

de pensionistas varones contra el INSS (que sistemáticamente se rechazaron en vía administrativa, abriendo la vía judicial<sup>4</sup>), dictándose cientos de sentencias de los TSJ en las que se estima la concesión del complemento; demandas que trataron de atajarse –infructuosamente– con el RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la seguridad social y económico, que suprime dicho complemento, manteniéndolo solo para quienes ya lo percibían a 3 de febrero de 2021.

Como decimos, han sido cientos las Sentencias de las Salas de lo Social (aunque también las hay en lo contencioso-administrativo para clases pasivas) que han estimado las demandas, considerando que el artículo 60 LGSS tenía que ser de aplicación a los hombres a la vista de la interpretación realizada por el TJUE en la cuestión prejudicial resuelta. En consecuencia, el artículo 60 LGSS debe interpretarse conforme a la Directiva en el sentido marcado por el TJUE, siendo vinculante para los Tribunales, como previene el artículo 4.bis.1 LOPJ. Si a lo largo del procedimiento el órgano jurisdiccional no aplicara la normativa y jurisprudencia europeas, puede abrirse el recurso de amparo ante el TC<sup>5</sup>.

Sin embargo, las Sentencias dictadas por las Salas de lo Social no coinciden en cuanto a la fecha de efectos de tal reconocimiento, existiendo pronunciamientos muy dispares (a veces dentro de una misma Sala), ya que en unos casos los retrotraen a la fecha de concesión de la pensión (al hecho causante), otras a los tres meses anteriores a la solicitud del complemento, y otras a la publicación de la Sentencia (15 de febrero de 2020)<sup>6</sup>.

El 17 de febrero de 2022 se dictaron dos Sentencias por el Tribunal Supremo (STS 621 y 622, núm. recurso 2872/2021, 3379/2021), en las que –en aplicación de la sentencia del TJUE de 12 de

---

*Seguridad Social*, Laborum, 30, 2022; MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.R., «Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social: A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019», *Aranzadi Unión Europea*, 6, 2000; MOLINA NAVARRETE, C., «Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C450/18», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 445, 2020; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., «Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 22, 2020; MORENO ROMERO, F., «El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 25, 2020; MORENO ROMERO, F., «La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: Apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58, 2021; RIVAS VALLEJO, P., «La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad», *Revista de Jurisprudencia Laboral* 1/2020; VIDA FERNÁNDEZ, R., «Extensión del reconocimiento del complemento de pensión para los padres con dos o más hijos, beneficiarios de pensiones contributivas de la seguridad social: ¿punto final a una medida mal planteada pero necesaria frente a la brecha de género en las pensiones?», *Temas Laborales*, 152/2020; VILLAR CAÑADA, I., «¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 5, Nº. 1, 2020.

<sup>4</sup> Aunque incluso en algún caso se ha formulado la demanda sin la previa reclamación previa, argumentando que sí hubo una reclamación previa respecto de la pensión (STSJ de Cataluña núm. 3440/2021 de 28 junio. JUR 2021\296126), pretensión que fue desestimada.

<sup>5</sup> Como de hecho ocurrió con este complemento respecto de la Sala de lo Social de Murcia, declarándose nula la STSJ de Murcia núm. 64/2020 de 15 enero (JUR\2020\111259) por la STC 152/2021 de 13 septiembre (JUR\2021\313715).

<sup>6</sup> Para un análisis detallado de la casuística que se presentaba, cuestión que omitimos en este trabajo, nos remitimos a MALDONADO MOLINA, J.A., «Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 466, 2022, pp. 214 a 217.

diciembre de 2019– considera el Alto tribunal que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres, por lo que también los pensionistas varones tienen derecho al complemento por maternidad, aclarando que los efectos económicos de dicho reconocimiento deben retrotraerse «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» (Fundamento 3).

## 2. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como hemos adelantado, desde un primer momento la Administración siguió rechazado en vía administrativa las solicitudes de hombres que pretendían ver reconocido su derecho a la vista de la STJUE<sup>7</sup>.

El que –tras la STJUE de 12 de diciembre– la Administración de la Seguridad Social mantuviera un criterio de gestión contrario a la aplicación a los hombres del complemento, que solo se conseguía tras emprender acciones judiciales contra la entidad gestora (una estrategia claramente desmotivadora de reclamaciones en masa), ha motivado incluso que en algún caso se reconozca a los litigantes una indemnización por daños morales<sup>8</sup>.

En esta misma línea, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en febrero de 2022 ha planteado una cuestión prejudicial interpretativa ante el TJUE, en la que solicita al TJUE que se pronuncie sobre si el criterio del INSS de denegar siempre el complemento de maternidad a los hombres y obligarlos a reclamar en vía judicial supone un incumplimiento administrativo, que, en sí mismo, constituiría una discriminación por razón de sexo, consultando al TJUE si procedería indemnizar a los afectados por los daños y perjuicios causados.

El Criterio de Gestión 35/2021, de 2 de diciembre de 2021, revisa el criterio de gestión 1/2020, y admite la posibilidad de reconocer el complemento por maternidad al hombre, aunque precisa que dado que el pristino complemento solo se contemplaba para un progenitor (mujer), subraya el carácter unitario del mismo, y la imposibilidad de reconocer más de un complemento en razón de la misma aportación demográfica. Junto a ello, y ligado más directamente al tema que nos ocupa, fija dos criterios respecto de los efectos.

Por un lado, rechaza que el derecho al complemento sea imprescriptible (como la pensión que complementa, en el caso de jubilación o viudedad), sino que considera que como dicha figura (la

<sup>7</sup> El Criterio de gestión 1/2020 de 31 de enero de 2020, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, indicaba: 1. El complemento establecido para las pensiones de IP, jubilación y viudedad, regulado en el art. 60 TRLGSS en tanto no se lleve a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguirá reconociendo únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal y como se viene haciendo hasta la fecha. 2. Lo establecido en el apartado uno debe entenderse lógicamente sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres y de la obligación de iniciar el pago de la prestación cuando exista sentencia de un Juzgado de lo Social o Tribunal de Justicia condenatoria y se interponga el correspondiente recurso, de conformidad con lo previsto en el art. 230,2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Y el Criterio de Gestión 11/2021, de 4 de mayo de 2021, dedicado al Complemento para la reducción de la brecha de género, no alude a la posibilidad de reconocer el complemento a hombres que causaran la prestación. Solo se refiere, en su punto 1.3, al derecho de opción entre el complemento por brecha de género o el de maternidad, y no lo hace usando el femenino. Así, señala que «la Entidad Gestora, conforme al artículo 163 LGSS, puede reconocer el más beneficioso (sin que sea necesario que los interesados se manifiesten expresamente por un complemento u otro con carácter previo a su reconocimiento), sin perjuicio de la facultad del interesado de poder optar expresamente por el otro si así lo desea».

<sup>8</sup> La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla) señala «no cabe duda de que el hecho de ver negado su derecho en aplicación de un criterio discriminatorio, obligando al asegurado a emprender acciones legales, produce por sí mismo un daño moral que debe ser reparado», cifrando la indemnización en 300 euros en atención a la minuta de su abogado (Sentencia núm. 2101/2021 de 8 septiembre. JUR 2021\356736) y 1.300 euros (300 de costes de representación más 1.000 por daños morales) Sentencia núm. 2234/2021 de 22 septiembre JUR\2021\357139).

prescripción), no se enumeraba dentro del elenco de figuras que eran de aplicación al complemento en función de la prestación a complementar: nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización. Y por tanto, interpreta que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 53 del TRLGSS, por lo que prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate. Deslinda el nacimiento del derecho de la prescripción, como puede comprobarse. Sobre esta cuestión volveremos en el último apartado.

Por otro, limita los efectos económicos del reconocimiento “a los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud, y nunca más allá del 17 de febrero de 2020, fecha de publicación de la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32.6 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público”.

Ahora bien, tras las SSTS objeto de nuestro comentario, la Dirección General de la Ordenación de la Seguridad Social, emitió un Informe (1 de marzo de 2022) en el que señaló que cuando el complemento por maternidad se solicite por hombres, “*La fecha de efectos económicos del complemento será la misma que se hubiese fijado en la resolución de reconocimiento inicial de la pensión que se deba complementar*”. El Criterio de Gestión 35/2021, del INSS se corrigió el 2 de marzo de 2022, indicando que «*procederá reconocer el complemento por maternidad desde la fecha en que se reconoció la pensión a la que complementa. Las resoluciones ya dictadas se revisarán a instancia de los interesados*». No obstante lo anterior, instrucciones internas del INSS paralizaron la aplicación de este criterio revisado, en espera de que se resolviera la cuestión prejudicial del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que también consultaba sobre la fecha de efectos del complemento que se reconociera al hombre.

### 3. LOS DIVERGENTES CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Pueden agruparse en cuatro categorías, según cuándo fijen los efectos económicos del reconocimiento del complemento reconocido judicialmente<sup>9</sup>:

#### 3.1. Retroactividad total al momento de reconocimiento de la pensión

Hay pronunciamientos en este sentido de las Salas de lo Social de Aragón, Canarias<sup>10</sup>, Castilla y León (Burgos y Valladolid<sup>11</sup>), Cataluña<sup>12</sup>, Galicia<sup>13</sup>, La Rioja, Madrid<sup>14</sup>, Murcia<sup>15</sup> y Navarra; y

<sup>9</sup> Seguimos es este apartado nuestro análisis recogido en «Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial», *op.cit.*, pp. 217 a 227.

<sup>10</sup> SSTSJ de Islas Canarias núm. 44/2020 de 20 enero, AS\2020\259; núm. 379/2021 de 16 abril. JUR 2021\27746. La Sentencia canaria de 20 de enero de 2020 ha sido ampliamente citada por resoluciones posteriores, por ser de las primeras Salas en pronunciarse tras la STJUE de diciembre de 2019, aunque el supuesto es poco extrapolable a otros, ya que el varón solicitante realmente sí se había corresponsabilizado en el cuidado, por el fallecimiento de su cónyuge.

<sup>11</sup> SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) núm. 362/2021 de 1 marzo 2021, JUR 2021\140472; núm. 907/2021 de 31 mayo 2021 JUR\2021\208662; núm. 914/2021 de 2 junio JUR\2021\246562; núm. 917/2021 de 2 junio JUR\2021\250044; núm. 936/2021 de 3 junio JUR\2021\287911 (el HC fue posterior a STJUE); núm. 1233/2021 de 22 julio JUR\2021\305154; núm. 1226/2021 de 23 julio JUR\2021\288848.

<sup>12</sup> STSJ de Cataluña, núm. 1777/2021 de 25 marzo JUR\2021\237430.

<sup>13</sup> STSJ de Galicia de 6 abril 2021. JUR 2021\174155; de 13 abril 2021 JUR\2021\202098; núm. 1909/2021 de 11 mayo. JUR 2021\235411; núm. 1928/2021 de 12 mayo JUR\2021\222607; núm. 1930/2021 de 12 mayo. JUR 2021\235048; núm. 1949/2021 de 11 mayo AS\2021\1525; núm. 2036/2021 de 19 mayo JUR\2021\246421; núm. 2075/2021 de 20 mayo JUR\2021\250517; núm. 2095/2021 de 21 mayo JUR\2021\246634; núm. 2772/2021 de 6 julio JUR\2021\274150; núm. 3317/2021 de 14 septiembre. JUR 2021\361029 (la pensión se causa después de la sentencia, y se solicita el complemento al conocer la resolución inicial).

<sup>14</sup> SSTSJ de Madrid núm. 172/2021 de 24 febrero. JUR 2021\147168; núm. 704/2021 de 22 julio JUR\2021\335820.

<sup>15</sup> SSTSJ de Murcia núm. 467/2020 de 30 abril, JUR 2020\166580; núm. 683/2020, de 26 de mayo JUR 2020\203178; núm. 973/2020 de 1 julio, JUR 2020\249461; núm. 1027/2020 de 14 julio, JUR 2020\263263; núm. 1050/2020 de

de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Extremadura<sup>16</sup> y Madrid<sup>17</sup>. Realmente, la mayor parte de las Sentencias no recogen una argumentación concreta respecto de la retroactividad, limitándose a reconocer el complemento, incrementando la pensión inicial, más las revalorizaciones correspondientes.

Ahora bien, las hay que sí entran en esta cuestión, conjugando dos argumentos:

a) Doctrina del TS sobre la revisión administrativa de actos sobre hechos inalterados

Sobre esta doctrina se apoyan las Salas de La Rioja<sup>18</sup>, Aragón<sup>19</sup>, Navarra y Castilla y León (Burgos<sup>20</sup> –aunque en otros asuntos no mantiene el mismo criterio–), fundando la retroactividad total en la doctrina existente en el TS desde el año 2000 a propósito de pensiones por muerte y supervivencia que se reconocen administrativamente tras una solicitud reiterada a propósito de un cambio de doctrina jurisprudencial, con base en los mismos datos fácticos y jurídicos<sup>21</sup>.

Esta doctrina del TS se resume en que «no puede equipararse un supuesto de revisión o anulación de actos administrativos denegatorios anteriores fundados en datos fácticos anteriormente inexistentes o no justificados o en un cambio de la normativa vigente entre el momento inicial y el de la solicitud ulterior, con aquellos otros supuestos en los que las normas jurídicas aplicables no hayan variado y los datos fácticos ya estuvieran plenamente alegados y acreditados, tanto en el momento inicial que originó una resolución desestimatoria, como en el momento ulterior, en el que, con base en idénticos datos fácticos y jurídicos, se dicta una resolución estimatoria, tanto más si en el ínterin el beneficiario ha ido reclamando sucesivamente el reconocimiento de su derecho», y que se apoyaba en que la Ley de procedimiento administrativo permitía (y permite la actual)<sup>22</sup> la retroactividad total excepcionalmente, «a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas».

Llevado al complemento por maternidad, sostiene el TSJ de La Rioja que «por cuanto, no se ha producido variación alguna entre las circunstancias de hecho determinantes del derecho al complemento que tenía el beneficiario cuando solicitó la pensión de jubilación y las concurrentes al reclamarlo en 2020, ni en ese lapso temporal se ha producido reforma alguna en su regulación, siendo indiferente que la interpretación que mantenemos responda al cambio hermenéutico de dicho marco normativo derivado de la jurisprudencia comunitaria (STS 3/12/20. Rec. 1518/18) lo que comporta que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial citada en el apartado que antecede, proceda, previa estimación del recurso, revocar la sentencia de instancia en cuanto al particular relativo a la fecha de

22 septiembre JUR\2020\310925; núm. 1157/2020 de 27 octubre, JUR 2020\359209; Núm. 127/2021 de 16 febrero. JUR 2021\126621; núm. 126/2021 de 16 febrero. JUR 2021\126534.

<sup>16</sup> SSTSJ de Extremadura núm. 257/2021 de 4 junio. JUR 2021\291749; núm. 301/2021 de 22 junio. JUR 2021\295715.

<sup>17</sup> SSTSJ de Madrid núm. 142/2021 de 5 mayo JUR\2021\265436; núm. 208/2021 de 30 junio; núm. 219/2021 de 7 julio. JUR 2021\318544; núm. 227/2021 de 7 julio JUR\2021\335684; núm. 257/2021 de 20 julio. JUR 2021\338500; núm. 277/2021 de 22 septiembre. JUR 2021\362901. Hay que reseñar que la Sala de lo contencioso-administrativo de Madrid corrigió su propia doctrina en la Sentencia 142/2021, de 5 de mayo, ya que en un anterior pronunciamiento consideró que la doctrina de la STJUE de diciembre de 2019 no era aplicable a clases pasivas (STSJ de Madrid –contencioso administrativo– de 17 de junio de 2020 (JUR 2020, 240285), Sentencia que dio lugar a que el TS dictara un auto admitiendo la casación (Auto del TS de 4 de marzo de 2021).

<sup>18</sup> SSTSJ de La Rioja núm. 24/2021 de 4 marzo, JUR 2021\140300; núm. 72/2021 de 27 mayo, JUR\2021\245329.

<sup>19</sup> SSTSJ de Aragón núm. 343/2021 de 31 mayo. JUR 2021\267041; núm. 478/2021 de 22 julio JUR\2021\324158; núm. 461/2021 de 16 julio JUR\2021\324172 (la pensión se causó después de la publicación de la STJUE).

<sup>20</sup> STSJ de Castilla y León (Burgos) núm. 380/2021 de 16 julio, JUR\2021\290635.

<sup>21</sup> STS 647/2000, de 1 de febrero; STS 631/2017, de 25 de enero; STS 4155/2020, de 3 de diciembre.

<sup>22</sup> Art. 39.3 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en los mismos términos la antigua Ley 30/1992 de 26 de noviembre (art. 57.3).

efectos económicos del complemento de maternidad, fijándola en la de reconocimiento inicial de la pensión de jubilación»<sup>23</sup>.

b) Las Sentencias interpretativas del TJUE tienen eficacia *ex tunc*

La misma línea argumental que acabamos de exponer la encontramos también en la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, pero partiendo de que las Sentencias interpretativas del TJUE tienen eficacia *ex tunc*, tras lo cual se apoya en la jurisprudencia del TS antes indicada para entender que no opera la limitación de retroactividad a tres meses en los casos en que ni los datos fácticos ni la normativa haya cambiado<sup>24</sup>. También la sala de Navarra combina ambos argumentos<sup>25</sup>: los efectos de las Sentencias del TJUE son “*ex tunc*”, es decir, como el propio TJUE ha declarado reiteradamente, los efectos de una sentencia interpretativa se retrotraen, como regla general, a la fecha de entrada en vigor de la disposición que interpretan, salvo que la propia sentencia, por concurrir circunstancias especiales o excepcionales<sup>26</sup>, limite sus efectos en el tiempo<sup>27</sup>. Llevado al complemento por maternidad, el TSJ de Navarra estima «es evidente que el demandante ostentaba el derecho al complemento que solicita, pues el artículo 60 de la LGSS, en la redacción en vigor al tiempo de solicitarse el complemento, se oponía al derecho de la Unión»<sup>28</sup>.

Eso no quiere decir que nos encontremos ante revisión de actos administrativos fundados en datos fácticos anteriormente inexistentes o en un cambio de la normativa vigente, sino que «en la fecha en la que el demandante solicitó el complemento, ya concurrían todos los requisitos precisos para su reconocimiento, no pudiendo establecerse límites al mismo, pues estos no pueden operar cuando en la fecha de la solicitud ya concurrían los requisitos necesarios para el reconocimiento primigeniamente denegado (SSTS 25/01/2017, 01/02/2020). Los límites no deben operar en los casos en los que las normas jurídicas aplicables no hayan variado y los datos fácticos se hubieran alegado y acreditado plenamente en el momento inicial»<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> SSTSJ de La Rioja núm. 24/2021 de 4 marzo, JUR 2021\140300; núm. 72/2021 de 27 mayo, JUR\2021\245329.

<sup>24</sup> SSTSJ de Aragón núm. 343/2021 de 31 de mayo, JUR 2021\267041; núm. 478/2021 de 22 julio JUR\2021\324158. En la STSJ núm. 437/2021, de 4 julio, JUR\2021\320598, la Sala de Aragón falla a favor de la retroactividad de tres meses prevista en el artículo 53 LGSS, pero atendiendo al principio dispositivo, ya que es lo que solicitaba la parte.

<sup>25</sup> SSTSJ de Navarra núm. 207/2021 de 1 julio, AS 2021\1480; núm. 208/2021 de 1 julio JUR\2021\327241.

<sup>26</sup> HERNÁNDEZ VITORIA, M<sup>a</sup>.J.: «Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 249/2022.

<sup>27</sup> STJUE 15 de septiembre de 1998, Edis C-231/96, Rec. P.I-4951, apartados 17 y 18; STJUE de 15 de abril de 2010, C-542/08, Barth. Literalmente, indica: “según reiterada jurisprudencia, la interpretación que da el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 177 del Tratado, a una norma de Derecho comunitario, aclara y especifica, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como ésta debe o habría debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor. De esto resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el Juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, siempre y cuando, por otra parte, se reúnan los requisitos necesarios para someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 27 de marzo de 1980, Denkavit italiana, 61/79, Rec. p. 1205, apartado 16, y de 3 de febrero de 1996, Bautiaa y Société française maritime, asuntos acumulados C-197/94 y C-252/95, Rec. p. I-505, apartado 47)”.

<sup>28</sup> STSJ de Navarra núm. 208/2021 de 1 julio JUR\2021\327241.

<sup>29</sup> STSJ de Navarra núm. 208/2021 de 1 julio JUR\2021\327241. Como subraya la STSJ de Navarra núm. 207/2021 de 1 julio, AS 2021\1480, «esa lesión del derecho fundamental del actor se ha producido, en este caso, desde la primera resolución dictada por el INSS al reconocer la prestación de jubilación sin el complemento al que tenía derecho, vulnerando así su derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminado en este caso por razón de sexo. Por ello, para restablecerle en la integridad de su derecho y reponerle en la situación al momento anterior a producirse la vulneración del mismo, ha de reconocerse que la fecha de efectos a partir de la cual ha de procederse al pago del complemento que le corresponde será la de la fecha de efectos reconocida inicialmente para el abono de la prestación de jubilación contributiva reconocida».

### 3.2. Retroactividad limitada a un máximo de tres meses antes de la solicitud

La segunda solución más frecuente (si estamos al número de Salas que optaron por ella), es la que considera que debe limitarse el reconocimiento a los tres meses anteriores a la solicitud, aplicando en el artículo 53.1 LGSS. Siguen este criterio las Salas de lo Social de Asturias<sup>30</sup> (con un elevadísimo número de Sentencias), Cantabria<sup>31</sup> (la primera de ellas es la que se recurrió al TS, casándose en la STS 621/2022, de 17 de febrero), Castilla y León (Burgos<sup>32</sup> y Valladolid<sup>33</sup>), Extremadura<sup>34</sup>, Galicia<sup>35</sup>, La Rioja<sup>36</sup>, Madrid<sup>37</sup>, Murcia<sup>38</sup> y País Vasco<sup>39</sup>.

<sup>30</sup> SSTSJ de Asturias núm. 938/2021 de 27 abril. JUR 2021\203784; núm. 1013/2021 de 4 mayo JUR\2021\204880; núm. 1014/2021 de 4 mayo JUR\2021\205020; núm. 1084/2021 de 18 mayo JUR\2021\235650; núm. 1096/2021 de 18 mayo JUR\2021\235400; núm. 1114/2021 de 18 mayo JUR\2021\235759; núm. 1136/2021 de 18 mayo JUR\2021\235896; núm. 1144/2021 de 18 mayo JUR\2021\235822; núm. 1195/2021 de 26 mayo JUR\2021\245669; núm. 1237/2021 de 1 junio. AS 2021\1522; núm. 1244/2021 de 1 junio JUR\2021\245868; núm. 1253/2021 de 1 junio JUR\2021\252529; núm. 1286/2021 de 8 junio JUR\2021\280505; núm. 1288/2021 de 8 junio JUR\2021\281399; núm. 1296/2021 de 8 junio JUR\2021\279855; núm. 1332/2021 de 15 junio JUR\2021\285109; núm. 1337/2021 de 15 junio JUR\2021\287539; núm. 1363/2021 de 22 junio JUR\2021\296353; núm. 1374/2021 de 22 junio. JUR 2021\295145; núm. 1402/2021 de 22 junio JUR\2021\285004; núm. 1417/2021 de 22 junio JUR\2021\292688; núm. 1479/2021 de 29 junio JUR\2021\280520; núm. 1498/2021 de 29 junio JUR\2021\278289; núm. 1515/2021 de 6 julio JUR\2021\277191; núm. 1532/2021 de 6 julio JUR\2021\279942; núm. 1558/2021 de 13 julio JUR\2021\305226; núm. 1566/2021 de 13 julio JUR\2021\305601; núm. 1579/2021 de 13 julio JUR\2021\305123; núm. 1590/2021 de 13 julio JUR\2021\305508; núm. 1601/2021 de 13 julio JUR\2021\305812; núm. 1608/2021 de 13 julio JUR\2021\305499; núm. 1612/2021 de 13 julio JUR\2021\305628; núm. 1614/2021 de 13 julio JUR\2021\290277; núm. 1615/2021 de 13 julio JUR\2021\305477; núm. 1621/2021 de 13 julio JUR\2021\304995; núm. 1635/2021 de 20 julio JUR\2021\305571; núm. 1656/2021 de 20 julio JUR\2021\305180; núm. 1657/2021 de 20 julio JUR\2021\305403; núm. 1694/2021 de 27 julio. JUR 2021\338655; núm. 1697/2021 de 27 julio. JUR 2021\338722; núm. 1703/2021 de 27 julio JUR\2021\337687; núm. 1707/2021 de 27 julio. JUR 2021\338667; núm. 1719/2021 de 27 julio. JUR 2021\338692; núm. 1721/2021 de 27 julio. JUR 2021\338724; núm. 1723/2021 de 27 julio. JUR 2021\338659; núm. 1724/2021 de 27 julio. JUR 2021\338765; núm. 1743/2021 de 27 julio JUR\2021\337486; núm. 1765/2021 de 7 septiembre. JUR 2021\352804; núm. 1813/2021 de 7 septiembre. JUR 2021\353456; núm. 1834/2021 de 14 septiembre. JUR 2021\353245; núm. 1855/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\357610; núm. 1856/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\357523; núm. 1868/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\356666; núm. 1888/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\361130; núm. 1889/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\357747; núm. 1892/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\358475. La primera Sentencia de esta Sala que declara el derecho al complemento es la núm. 601/2021 de 16 marzo JUR\2021\162839, y retrotrae los efectos a la fecha de solicitud de la prestación pero porque se demanda prestación y complemento simultáneamente en vía judicial. Pero respecto de los argumentos para extender la cobertura a los hombres, esa sentencia es prolíficamente citada por las posteriores de esa Sala.

<sup>31</sup> SSTSJ de Cantabria de 27 de mayo de 2021; núm. 477/2021 de 25 junio JUR\2021\21526; núm. 516/2021 de 8 julio JUR\2021\234170; núm. 551/2021 de 26 julio JUR\2021\259173; núm. 607/2021, de 27 septiembre JUR\2021\310614; núm. 626/2021 de 4 de octubre JUR\2021\320538; núm. 690/2021 de 22 octubre. JUR 2021\346184; núm. 721/2021 de 4 noviembre. JUR 2021\350078; núm. 740/2021 de 9 noviembre. JUR 2021\350073; núm. 741/2021 de 9 noviembre. JUR 2021\350082; núm. 751/2021 de 11 noviembre. JUR 2021\350094; núm. 752/2021 de 12 noviembre. JUR 2021\350092.

<sup>32</sup> STSJ de Castilla y León (Burgos), núm. 245/2021 de 26 mayo JUR\2021\244430; núm. 309/2021 de 23 junio JUR\2021\291907; núm. 386/2021 de 23 julio JUR\2021\291011.

<sup>33</sup> SSTSJ de Castilla y León (Valladolid), núm. 645/2021 de 19 abril 2021. JUR 2021\187097; núm 1083/2021 de 24 junio JUR\2021\296475; núm 1097/2021 de 24 junio JUR\2021\297698; núm 1260/2021 de 27 julio 2021. JUR 2021\338713; núm. 1304/2021 de 15 septiembre 2021. JUR 2021\352660; núm. 1387/2021, de 23 septiembre JUR 2021\358426.

<sup>34</sup> SSTSJ de Extremadura núm. 98/2021 de 25 febrero. JUR 2021\155076; núm. 109/2021 de 26 febrero. JUR 2021\171563; núm. 117/2021 de 1 marzo. JUR 2021\172619; núm. 293/2021 de 7 mayo JUR\2021\235666; núm. 499/2021 de 29 julio JUR\2021\337763.

<sup>35</sup> SSTSJ de Galicia núm. 4757/2020 de 24 noviembre. JUR 2021\75710; 13 abril de 2021 JUR\2021\202098; núm. 3363/2021 de 16 septiembre. JUR 2021\356584.

<sup>36</sup> SSTSJ de La Rioja núm. 35/2021 de 31 marzo. JUR 2021\170619; núm. 50/2021 de 15 abril. JUR 2021\187075.

<sup>37</sup> SSTSJ de Madrid núm. 349/2021 de 21 abril. JUR 2021\207470; núm. 548/2021 de 9 septiembre. JUR 2021\354981; núm. 551/2021 de 15 septiembre. JUR 2021\356748.

<sup>38</sup> STSJ de Murcia núm. 693/2021 de 21 julio. JUR 2021\337621.

<sup>39</sup> STSJ del País Vasco núm. 516/2021 de 16 marzo. JUR 2021\170776.

Dentro de este grupo de Sentencias, a su vez hay cuatro líneas argumentales, que en ocasiones confluyen en una misma Sentencia:

a) No es aplicable la doctrina del TS sobre la revisión administrativa de actos sobre hechos inalterados, porque se trata de una reclamación *ex novo*

No desconocen la jurisprudencia del TS sobre la que se apoyan quienes consideran no aplicable el artículo 53.1 LGSS, pero entienden que no son situaciones equiparables, por lo que no procede dejar de aplicar dicho precepto. Consideran que si bien los datos facticos y la normativa aplicable al tiempo en que se formuló la solicitud (que no su interpretación jurisprudencial) eran los mismos que los existentes cuando la pensión de jubilación fue inicialmente reconocida sin complemento alguno, no hay una reiteración de una solicitud inicial del complemento, sino una reclamación *ex novo* como consecuencia de la publicación de la sentencia del TJUE. Y se reprocha al recurrente que pudo solicitar en su día el complemento en base a los argumentos que ahora hace valer u otros que considerase pertinentes, pero no lo hizo. Es ahora, por el contrario, cuando por vez primera formula una petición en tal sentido.

No hay motivo, por tanto, para dejar de aplicar el art. 53 LGSS al complemento en cuestión dado que el art. 60.3 le atribuye, a todos los efectos, la naturaleza de pensión pública contributiva, para las cuales se dispone que los efectos de su reconocimiento se producirán a partir de los tres meses anteriores a su solicitud salvo en supuestos muy específicos (rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, o revisión de la que la obligación de reintegro de prestaciones indebidas) que aquí no concurren<sup>40</sup>.

b) Doctrina del TS relativa a la retroactividad del complemento de IPT cualificada

La Sala de lo Social del TSJ de Asturias<sup>41</sup> (una de estas Sentencias fue la que se recurrió ante el TS, declarándose firme por la STS 622/2022, de 17 de febrero), entiende que nos encontramos ante un supuesto análogo al del complemento por IPT cualificada para casos en los que se solicitó el complemento transcurrido un tiempo desde la solicitud inicial, pese a tener cumplida la edad requerida inicialmente, situación para la que existe una consolidada doctrina del TS. No aplica una retroactividad total porque considera que «recurrente pudo solicitar la aplicación de tal interpretación y el reconocimiento del complemento incluso antes del pronunciamiento de la citada Sentencia, pero decidió no hacerlo hasta un momento posterior».

Para el supuesto análogo al que se recurre (IPT cualificada en la que el complemento se reconoce en una resolución distinta) el TS<sup>42</sup>, considera que si en la fecha de la resolución inicial se hubiese cumplido ya la edad reglamentaria, los efectos económicos sólo se pueden retrotraer a los tres meses anteriores a la solicitud, y ello porque al ser un complemento de naturaleza prestacional (con

<sup>40</sup> SSTSJ de Castilla y León (Burgos) núm. 245/2021 de 26 mayo JUR\2021\244430; núm. 309/2021 de 23 junio JUR\2021\291907; núm. 386/2021 de 23 julio JUR\2021\291011.

<sup>41</sup> SSTSJ de Asturias núm. 1136/2021 de 18 mayo JUR\2021\235896; núm. 1237/2021 de 1 junio. AS 2021\1522; núm. 1253/2021 de 1 junio JUR\2021\252529; núm. 1286/2021 de 8 junio JUR\2021\280505; núm. 1332/2021 de 15 junio JUR\2021\285109; núm. 1374/2021 de 22 junio. JUR 2021\295145; núm. 1498/2021 de 29 junio JUR\2021\278289; núm. 1532/2021 de 6 julio JUR\2021\279942; núm. 1566/2021 de 13 julio JUR\2021\305601; núm. 1579/2021 de 13 julio JUR\2021\305123; núm. 1590/2021 de 13 julio JUR\2021\305508; núm. 1621/2021 de 13 julio JUR\2021\304995; núm. 1635/2021 de 20 julio JUR\2021\305571; núm. 1656/2021 de 20 julio JUR\2021\305180; núm. 1694/2021 de 27 julio. JUR 2021\338655; núm. 1719/2021 de 27 julio. JUR 2021\338692; núm. 1724/2021 de 27 julio. JUR 2021\338765; núm. 1834/2021 de 14 septiembre. JUR 2021\353245; núm. 1868/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\356666; núm. 1888/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\361130; núm. 1889/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\357747; núm. 1892/2021 de 28 septiembre. JUR 2021\358475.

<sup>42</sup> SSTS de 12 de marzo de 2007 (RJ 2007\2127), de 9 de octubre de 2008 (RJ 2009\120), de 25 de junio de 2009 (RJ 2009\5046) y de 2 y 9 de febrero de 2010 (RJ 2010\3391 y RJ 2010\2830).

una naturaleza, requisitos y régimen regulador propio, aunque vinculado a principal), debe aplicarse al mismo la normativa de prescripción de las prestaciones<sup>43</sup>.

c) No se declara nulo el acto administrativo inicial, ya que ni las Sentencias del TC afectan a las situaciones administrativas firmes, no lo debe hacer una del TJUE

Este razonamiento se recoge como un argumento de refuerzo por el TSJ de Asturias (también en la Sentencia núm. 1136/2021 de 18 mayo JUR\2021\235896). Considera que si incluso el Tribunal Constitucional cuando declara la inconstitucionalidad de una norma, por vulneración del principio de igualdad o cualquier otra razón, establece los efectos pro futuro salvando el principio de cosa juzgada y las situaciones administrativas firmes, no puede considerarse lo contrario para el TJUE. A ello añade que «(e)n el presente caso en que no se produce una declaración tan radical sino que supone la ampliación del derecho al complemento a los hombres, la solución no puede ser la que interesa la parte, construida sobre una declaración de nulidad que no existe, lo que lleva igualmente a la desestimación del recurso. La sentencia de instancia analizó que no se trata del reconocimiento de la pensión sino de una revisión a la que se aplica el artículo 53 de la LGSS que retrotrae los efectos a los tres meses anteriores».

d) El complemento de maternidad tiene naturaleza de pensión pública contributiva, siendo aplicable el artículo 53.1 LGSS, y sin que sea un error material, de hecho o aritmético

Dado que el propio artículo 60.6 LGSS «igual a el régimen jurídico del complemento al régimen jurídico de la pensión, y no puede desconocerse que dentro del régimen jurídico de la pensión está el artículo 53 de la LGSS que establece que los efectos del reconocimiento serán a partir de los tres meses anteriores a su solicitud», y considerando que «no estamos ante un error material subsanado, de hecho o aritmético, tal como contempla el párrafo segundo del número 1 del artículo 53 mencionado sino ante un tema litigioso claramente», se considera aplicable el artículo 53.1 LGSS<sup>44</sup>. Así, se apoya en la doctrina del TS sobre qué son errores materiales, definidos como “errores apreciables de manera directa y manifiesta, sin requerir pericia, interpretación o razonamiento jurídico alguno”, estando ante un caso de “defectuosa interpretación jurídica”, lo que nada tiene que ver con el error material<sup>45</sup>. En consecuencia, “reconocido el complemento que se pretende por sentencia como consecuencia de una resolución del TJUE no puede equipararse ni a error material, de hecho o aritmético”<sup>46</sup>.

En el mismo sentido, otras Sentencias se limitándose a indicar que no estamos ante un error material, de hecho o aritméticos, por lo que se aplica la retroactividad máxima de tres meses<sup>47</sup>; o directamente sin plantear otra alternativa<sup>48</sup>.

### 3.3. Retroactividad como máximo a la fecha de publicación de la STJUE

Esta línea argumental ha sido sostenida por los Servicios Jurídicos de la Seguridad Social en buena parte de los asuntos analizados, siendo rechazada expresamente por las Salas de Aragón,

<sup>43</sup> SSTSJ de Asturias núm. 1136/2021 de 18 mayo JUR\2021\235896.

<sup>44</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) núm 645/2021 de 19 abril 2021. JUR 2021\187097.

<sup>45</sup> SSTS 6428/2009, de 22 de septiembre de 2009; 7935/2009, de 23 de noviembre de 2009; 8631/2012, de 22 de noviembre de 2012.

<sup>46</sup> STSJ de Castilla y León (Valladolid), núm. 1304/2021 de 15 septiembre 2021. JUR 2021\352660.

<sup>47</sup> STSJ de Galicia de 13 abril 2021 JUR\2021\202098.

<sup>48</sup> SSTSJ de Asturias núm. 1195/2021 de 26 de mayo JUR\2021\245669; núm. 1363/2021 de 22 junio JUR\2021\296353; núm. 1417/2021 de 22 junio JUR\2021\292688; núm. 1558/2021 de 13 julio JUR\2021\305226; núm. 1601/2021 de 13 julio JUR\2021\305812; núm. 1608/2021 de 13 julio JUR\2021\305499; núm. 1614/2021 de 13 julio JUR\2021\290277; núm. 1615/2021 de 13 julio JUR\2021\305477; núm. 1657/2021 de 20 julio JUR\2021\305403; núm. 1697/2021 de 27 julio. JUR 2021\338722; núm. 1703/2021 de 27 julio JUR\2021\337687; núm. 1707/2021 de 27 julio. JUR 2021\338667; núm. 1813/2021 de 7 septiembre. JUR 2021\353456.

Asturias<sup>49</sup>, Cantabria<sup>50</sup>, Galicia<sup>51</sup> y en alguna ocasión por el País Vasco. Por el contrario, ha sido la asumida mayoritariamente por el TSJ del País Vasco, y en algún caso por la de Madrid<sup>52</sup>.

Tanto las Entidades Gestoras como la Sala del País Vasco (de modo general, si bien hay alguna sentencia discrepante), se apoyan en el artículo 32.6 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la jurisprudencia del TS (entre otras, STS de 20 de diciembre de 2017, rec. 263/16) en relación a los efectos de las sentencias del TC, sosteniendo que la fecha de efectos de abono de atrasos del complemento de maternidad nunca podrá ser más allá de la fecha de publicación de la sentencia del TSJUE. Recuérdese que el artículo 32.6 de la Ley 40/2015 dispone que «La sentencia que declare (...) el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación...en el Diario Oficial de la Unión Europea, según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa».

Eso no quiere decir que se retrotraiga necesariamente a la fecha de publicación, sino como máximo, de modo que en realidad la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco hace una aplicación conjunta de la Ley 40/2015 y del artículo 53.1 LGSS, de forma que si la solicitud tuvo lugar antes del 17 de febrero de 2020 o dentro de los tres siguientes a la publicación de la STJUE, la fecha de retroacción es el 17 de febrero de 2020<sup>53</sup> (dos de estas Sentencias fueron las que invocaron como contraste los servicios jurídicos de la Seguridad Social en las STS 621/2022 y 622/2022, de 17 de febrero). Pero si la pensión se causó tras el 17 de febrero, se retrotrae –lógicamente– a la fecha de la pensión<sup>54</sup> pero solo si el complemento se pide en los tres meses posteriores a causarla.

Frente a ello, las Salas que rechazan ese argumento hacen una interpretación sistemática de la Ley 40/2015, tras la que descartan que sea de aplicación a las prestaciones de la Seguridad Social. En efecto, entienden que «las previsiones del artículo 32.6 de la Ley 40/2015, se establece para los supuestos que regula el Capítulo IV de la citada Ley, que lleva por rúbrica “De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, y que comienza por regular en su artículo 32 los “Principios de la responsabilidad”. Por lo tanto tal precepto no resulta de aplicación en un pleito como el que nos ocupa en el que no se resuelve dicha responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y en la búsqueda de una indemnización resarcitoria de los daños y perjuicios causados, sino la pretensión de reconocimiento o revisión de una prestación de seguridad social fundada en que la previsión legal supone un trato discriminatorio no admisible»<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> SSTSJ de Asturias núm. 1286/2021 de 8 de junio JUR\2021\280505; núm. 1601/2021 de 13 julio JUR\2021\305812; núm. 1765/2021 de 7 septiembre. JUR 2021\352804.

<sup>50</sup> SSTSJ de Cantabria de 27 de mayo de 2021 (Rec. 229/2021); núm. 477/2021 de 25 junio JUR\2021\21526; núm. 516/2021 de 8 julio JUR\2021\234170; núm. 551/2021 de 26 julio JUR\2021\259173; núm. 607/2021, de 27 septiembre JUR\2021\310614; núm. 626/2021 de 4 de octubre JUR\2021\320538.

<sup>51</sup> SSTSJ de Galicia núm. 3363/2021 de 16 septiembre. JUR 2021\356584..

<sup>52</sup> STSJ de Madrid núm. 496/2021 de 5 de julio JUR 2021\320453.

<sup>53</sup> SSTSJ del País Vasco núm. 170/2021 de 26 enero JUR\2021\138189; núm. 382/2021 de 2 marzo JUR 2021\208747; núm. 737/2021 de 27 abril. JUR 2021\267144; núm. 752/2021 de 27 abril JUR\2021\266011; núm. 882/2021 de 18 mayo JUR\2021\314513; núm. 889/2021 de 25 mayo JUR\2021\314483; núm. 922/2021 de 1 junio JUR\2021\326886; núm. 964/2021 de 8 junio JUR\2021\327125; núm. 967/2021 de 8 junio JUR\2021\327184; núm. 971/2021 de 8 junio JUR\2021\327218 (3 meses, con límite publicación STJUE); núm. 984/2021 de 9 junio JUR\2021\327022; núm. 990/2021 de 15 junio JUR\2021\326825; núm. 999/2021 de 15 junio JUR\2021\326847; núm. 1106/2021 de 5 julio JUR\2021\246576 (pensión causada antes 2016). La núm. 971/2021 de 8 junio JUR\2021\327218, pone como límite no la fecha de publicación, sino la de la Sentencia.

<sup>54</sup> SSTSJ del País Vasco núm. 550/2021 de 23 marzo. JUR 2021\213284; núm. 850/2021 de 18 mayo JUR\2021\314436; núm. 954/2021 de 8 junio JUR\2021\323932.

<sup>55</sup> (STSJ Asturias núm. 1286/2021 de 8 junio JUR\2021\280505; núm. 1498/2021 de 29 junio JUR\2021\278289; núm. 1621/2021 de 13 julio JUR\2021\304995; núm. 1694/2021 de 27 julio. JUR 2021\338655; en el mismo sentido, núm. 1707/2021 de 27 julio. JUR 2021\338667; núm. 1724/2021 de 27 julio. JUR 2021\338765; STSJ de Aragón, núm. 437/2021, de 5 julio. JUR\2021\320598.

El TSJ de Castilla y León abunda en este criterio sistemático, concluyendo igualmente que dicha regla «queda limitada al específico campo que hemos mencionado, que se refiere, según el apartado 1 del tantas veces citado art. 32, a las lesiones sufridas por los particulares en sus bienes y derechos cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En tales casos, el perjudicado tendrá derecho a la correspondiente indemnización». Siendo, por tanto, «un ámbito objetivo claramente diferenciado del propio de las prestaciones de Seguridad Social, tratándose de dos títulos distintos, aunque compatibles, que cuentan con una habilitación constitucional igualmente diferenciada, pues uno, el de la responsabilidad patrimonial, deriva del art. 106.2 CE y otro, el de las prestaciones de Seguridad Social, procede del 41 del mismo texto. El régimen al que nos estamos refiriendo, incluyendo la disposición que se cita como infringida, es propio del primero, pero no se cita ni existe norma equivalente en el segundo»<sup>56</sup>.

Dentro de la Sala de lo Social del País Vasco, también encontramos una Sentencia con un criterio contrario a aplicar la Ley 39/2015, por entender que la «referencia a la publicación no significa que las situaciones generadas con anterioridad y aun cuando puedan vulnerar el derecho comunitario, queden insatisfechas y sin consecuencia alguna como se pretende. Dicha referencia temporal es a los meros fines de configurar el “*dies a quo*” para el inicio del plazo prescriptivo para su reivindicación y que puede conllevar una declaración judicial como la que ahora nos ocupa –Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, sentencia de 25-2-2021, rec. 53/2020–. Y aquí el actor no ha superado el plazo de referencia cuando presenta la solicitud el 5 de marzo de 2020»<sup>57</sup>. Precisamente, esta Sentencia opta por un criterio diferente de efectos del complemento: la solicitud del mismo, que pasamos a ver a continuación.

### 3.4. Retroactividad a la fecha de solicitud del complemento

Como acabamos de adelantar, el TSJ del País Vasco, pese a optar mayoritariamente por mantener la misma línea, que es situar los efectos económicos del complemento hasta la fecha de publicación de la STJUE, en alguna Sentencia en la que ratifica el criterio seguido por la Sentencia de instancia, que fue el de la fecha de solicitud del complemento, sin aportar argumentos en ese sentido: STSJ del País Vasco núm. 747/2021 de 27 abril. JUR 2021\255603.

## 4. LAS SENTENCIAS DEL TS DE 17 DE FEBRERO DE 2022

Según hemos visto, se estaba lejos de que hubiera un criterio común en los TSJ, por lo que se esperaba que el TS interviniera unificando doctrina. Y eso ocurrió el 17 de febrero de 2022, día en el que se dictaron dos Sentencias por el Tribunal Supremo (STS 621 y 622, núm. recurso 2872/2021, 3379/2021), en las que considera el Alto tribunal que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres, por lo que también los pensionistas varones tienen derecho al complemento por maternidad, aclarando que los efectos económicos de dicho reconocimiento.

En la STS 621/2022, de 17 de febrero de 2022 (Ponente Ureste García), la sentencia recurrida (STSJ de Cantabria de 27 de mayo de 2021) sostiene que los efectos han de retrotraerse a los tres meses anteriores a la solicitud, mientras que la resolución aportada como término de contraste (STSJ del País Vasco, de 27 de abril de 2021), que remite la fecha de efectos al momento de la publicación de la sentencia del TJUE.

<sup>56</sup> SSTSJ de Castilla y León (Burgos) núm. 245/2021 de 26 mayo JUR\2021\244430; núm. 309/2021 de 23 junio JUR\2021\291907; STSJ de Castilla y León (Valladolid) núm 1260/2021 de 27 julio 2021. JUR 2021\338713.

<sup>57</sup> STSJ del País Vasco núm. 747/2021 de 27 abril. JUR 2021\255603. El Ponente es el mismo Magistrado que formula un Voto Particular a varias de las Sentencias de la misma Sala, que hemos aludido anteriormente, Votos en los que también rechaza que se aplique el complemento a las jubilaciones a edades reducidas, al considerar que son supuestos de jubilación anticipada voluntaria.

En la STS 622/2022, de 17 de febrero de 2022 (Ponente García-Perrote Escartín), la sentencia recurrida (STSJ de Asturias de 22 de junio de 2021) sostiene igualmente que los efectos han de retrotraerse a los tres meses anteriores a la solicitud, mientras que la resolución aportada de contraste (STSJ del País Vasco, de 2 de marzo de 2021), que remite la fecha de efectos al momento de la publicación de la sentencia del TJUE.

Por tanto, en ambos casos nos encontramos que se recurren Sentencias que apuestan el criterio de aplicar el artículo 53.1 LGSS (retroacción a los tres meses de la solicitud), alegando la Seguridad Social que debe aplicarse el artículo 32.6 de la Ley 42/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que según su criterio conllevaría limitar los efectos a la fecha de publicación de la Sentencia en el DOUE (17 de febrero de 2020), apoyándose en la STS 20 de diciembre de 2017 (rcud 263/2016), en relación a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Y en ambos casos, el beneficiario no recurrió las Sentencias que reconocían la retroactividad de los 3 meses, siendo la Seguridad Social la recurrente alegando que debe ser de aplicación la Ley 40/2015. Esta posición procesal hace que los dos recursos el TS únicamente pueden entrar a plantear si el precepto aplicable debe ser el artículo 53.1 LGSS, o el artículo 32.6 de la Ley 40/2015, de forma que si excluyen la aplicación de este último precepto, la consecuencia no podrá ser otra que la de declarar la firmeza de las sentencias recurridas, pues la decisión nunca podrá situarse en un momento temporal anterior al determinado en fase de suplicación, dado que tal específica cuestión ha devenido firme (Fundamento Cuarto, núm. 3, STS 621/2022), condicionantes que «no constituye una limitación temporal de los efectos una disposición calificada de contraria al Derecho de la Unión, sino que responde a la necesidad de respetar, por una parte, el principio dispositivo, y, por otra, los principios de congruencia de las sentencias y defensa de las partes intervinientes en el procedimiento» (Fundamento Tercero, núm. 6, STS 622/2022).

Pues bien, el TS coincide en descartar los argumentos de los Servicios Jurídicos de la Seguridad Social (y que sea de aplicación el artículo 32.6 de la Ley 42/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público)<sup>58</sup>, ya que:

- A) «Sus previsiones tal regulación se han establecido a los efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y no pueden proyectarse, sin más, sobre otros ámbitos, como el que ahora nos ocupa» (Fundamento Cuarto núm. 1 STS 621/2022; Fundamento Tercero, núm. 2, STS 622/2022).
- B) Conforme a la jurisprudencia del TJUE, las sentencias del TJUE «están bien lejos de limitar sus efectos, con carácter general, a la fecha de su publicación en el DOUE», por lo que el artículo 32.6 de la Ley 40/2015 no puede aplicarse en sentido contrario al Derecho de la Unión Europea, tal como es interpretado por el TJUE. Ello es así porque:

— Por un lado, la fecha de publicación es secundaria, siendo relevante la del pronunciamiento. Así, el Reglamento de Procedimiento del TJUE de 25 de septiembre de 2012, en su capítulo noveno de su título segundo establece en el artículo 86 «que se informará a las partes o a los interesados mencionados en el artículo 23 del Protocolo sobre el Estatuto del TJUE de la fecha de pronunciamiento de la sentencia», y en el artículo 87 señala que en el propio contenido de la sentencia, ha de figurar la fecha del pronunciamiento; y en el artículo 88 que la sentencia será pronunciada en audiencia pública. En esta línea, resulta relevante la previsión de su artículo 91: la sentencia será obligatoria desde el día de su pronunciamiento, y, finalmente, el artículo 92

<sup>58</sup> En esta misma línea, HERNÁNDEZ VITORIA, M<sup>a</sup>.J.: «Tutelaridad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS», *op cit.*

(Publicación en el DOUE), alude al anuncio de aquella: «En el Diario Oficial de la Unión Europea se publicará un anuncio que contendrá la fecha y el fallo de las sentencias y de los autos del Tribunal que pongan fin al proceso» (Fundamento Tercero, núm. 5, STS 622/2022 y Cuarto, núms. 1 y 2, STS 621/2022). Por tanto, en este caso, fue pronunciada en audiencia pública en fecha 12 de diciembre de 2019, siendo, por ende, obligatoria desde ese mismo día.

- Por otro, recuerda la doctrina del TJUE<sup>59</sup> conforme a la cual la interpretación que hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho comunitario se limita a aclarar y precisar el significado y el alcance de ésta, tal como habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia de que se trate y sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen la disposición interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Ahora bien, tal limitación únicamente puede admitirse en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada, cosa que no ocurrió en la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (Fundamento Cuarto, núm. 2 STS 621/2022; Tercero, núm. 5, STS 622/2022).

- C) Rechaza el argumento de que deba estarse a la fecha de publicación como ocurre en España con las Sentencias del TC y su publicación en el BOE (doctrina recogida en la STS de 20-12-2017, rec. 263/2016; STS 13.06.2018, rec. 144/2017), porque «La normativa entonces citada, y la jurisprudencia que la interpreta, son disímiles a las que configuran el marco regulador de las sentencias pronunciadas por el TJUE, al que ahora debemos atender y también divergen las circunstancias objeto de valoración en cada caso (Fundamento Cuarto, núm. 4, STS 621/2022).

Por ello, el TS rechaza que sea de aplicación el artículo 32.6 de la Ley 42/2015, y por cuestiones procesales no tiene otra opción que fallar confirmando las sentencias recurridas que declararon que los efectos retroactivos debían limitarse a los tres meses anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud del complemento por el pensionista.

Pero, *obiter dicta*, apoyándose en la argumentación de que el artículo 32.6 iría en contra de la doctrina del TJUE que extiende los efectos *ex tunc*, señala que en el caso del complemento por maternidad, los efectos deberían retrotraerse «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» (Fundamento Cuarto, núm. 3 STS 621/2022; Fundamento Tercero, núm. 6, STS 622/2022).

## 5. REFLEXIONES Y VALORACIÓN GENERAL

Compartimos que es irrelevante que la solicitud se haya formulado antes o después de la publicación de la STJUE (17 de febrero de 2020), cuestión que ya sostuvimos en alguna publicación anterior a estas Sentencias<sup>60</sup>. En efecto, hay que partir de que la doctrina del TJUE tiene efectos *ex tunc*, como tuvo ocasión de subrayar la STC 145/2012, de 2 de julio de 2012, y también ha declarado

<sup>59</sup> SSTJUE de 12-2-2008 (T-289/03); 15-3-2005, Bidar, C-209/03, Rec. p. I-2119; 6-3-2007, Meilicke y otros, C-292/04, Rec. p. I-1835; 17-3-2021 (C-585/19).

<sup>60</sup> MALDONADO MOLINA, J.A., «Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial», *op.cit.*, p. 228.

en diversas ocasiones el propio TJUE: «la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación»<sup>61</sup>, de modo que «los efectos de una sentencia de interpretación se remontan a la fecha de entrada en vigor de la norma interpretada»<sup>62</sup>, lo que lleva a que pueda afirmarse que sus efectos son “*ex tunc*”<sup>63</sup>. Por tanto, la interpretación que hagan los Tribunales no debe acotarse temporalmente a la fecha de publicación de la Sentencia.

Ahora bien, ello no quiere decir que los actos administrativos firmes contrarios al Derecho comunitario sean nulos. Una Sentencia prejudicial no declara la validez o invalidez de una disposición o de un acto, sino que se limita a interpretar el Derecho de la Unión, pronunciándose sobre la compatibilidad de normas internas con las de la UE, «para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho Comunitario que le permitan apreciar la compatibilidad de dichas normas con la normativa comunitaria»<sup>64</sup>. Y en este caso considera que la Directiva 79/7/CEE del Consejo debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida. Pero no anula los actos administrativos declarados previamente, remitiéndose a la normativa nacional respecto a cómo proceder a la depuración del acto administrativo<sup>65</sup>.

Los Tribunales deben interpretar la norma nacional conforme el criterio del TJUE. Pero esa interpretación solo puede realizarse, obviamente, si se cumplen los requisitos procesales que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma<sup>66</sup>. Como precisa el TJUE, «una sentencia prejudicial no tiene un valor constitutivo, sino puramente declarativo, con la consecuencia de que sus efectos se remontan, en principio, a la fecha de entrada en vigor de la norma interpretada.

En lo que se refiere al momento de inicio del plazo de prescripción, corresponde fijarlo, en principio, al Derecho nacional, y una eventual declaración por el Tribunal de Justicia de la infracción del Derecho de la Unión no afecta, en principio, a ese momento de inicio»<sup>67</sup>.

Descartamos en consecuencia –al igual que el TS– que aquí sea de aplicación la Ley 40/2015, ya que cuando en su artículo 32 preceptúa que la sentencia que (...) declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación (...) en el «Diario Oficial de la Unión Europea», se refiere desde cuándo habrá que indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a un particular por un normal o anormal funcionamiento de la Administración, siendo un supuesto diferenciado del derecho a prestaciones de la Seguridad Social.

Pero es un acto administrativo *ex novo*, porque para que un pensionista tenga derecho al complemento por maternidad, es necesario que lo solicitara, sin que la solicitud inicial de la pensión sea suficiente (no se devengaba automáticamente por el mero hecho de cumplirse los requisitos para el acceso a la pensión complementada, sino que se condicionaba a haber tenido dos o más hijos biológicos o adoptados, siendo mujer). El artículo 60.1 LGSS le confería, a todos los efectos, la naturaleza de pensión pública contributiva, aunque el derecho al complemento se sujetaba al régimen

<sup>61</sup> STJCE de 27 de marzo de 1980, *Denkavit italiana*, C-61/79, ECLI:EU:C:1980:100, apartado 16; y más recientemente STJUE de 17 de marzo de 2021, recurso C-585/19.

<sup>62</sup> STJCE de 19 de octubre de 1995, *Richardson* C-137/94, ECLI:EU:C:1995:342, apartado 36.

<sup>63</sup> NÚÑEZ LOZANO, M<sup>a</sup>.C., «La eficacia de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los actos nacionales», en VV.AA., *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, INAP, Madrid, 2017, p. 570.

<sup>64</sup> STJCE de 15 de diciembre de 1993, *Hünernmund*, C-292/92, ECLI:EU:C:1993:932, apartado 8.

<sup>65</sup> Como dice la STJUE de 13 de enero de 2004, *Kühne & Heitz NV*, C-453/00: «Es preciso recordar que la seguridad jurídica es uno de los principios generales reconocidos por el Derecho comunitario. La firmeza de una resolución administrativa, adquirida al expirar los plazos razonables de recurso o por agotamiento de las vías de recurso, contribuye a dicha seguridad y debido a ello, el Derecho comunitario no exige, en principio, que un órgano administrativo esté obligado a reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido dicha firmeza».

<sup>66</sup> Sentencia Balazs, C-401/13 y C-432/13, EU:C:2015:26, apartado 49 y jurisprudencia citada.

<sup>67</sup> STJUE de 28 de enero de 2015, Asunto C417/13 *ÖBB Personenverkehr AG* contra *Gotthard Starjakob*.

jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización. Por tanto, una vez obtenida la pensión principal, nace el derecho al complemento si se cumplieran los requisitos específicos exigidos por el mismo.

Con esta lógica, queda claro que no se trata de una solicitud de revisión administrativa de actos sobre hechos inalterados, que permitiría aplicar la doctrina del TS que considera que la retroactividad debe ser al momento de la solicitud inicial. No se trata de rectificar un error material, de hecho o aritmético, sino una reclamación *ex novo* en base a una diferente interpretación del Derecho. La doctrina del TS sobre cuándo hay error material avala este criterio, ya que hay error material solo y cuando es apreciable de manera directa y manifiesta, sin requerir pericia, interpretación o razonamiento jurídico alguno. Nos encontramos ante una divergencia en la interpretación jurídica, nada que ver con el error material.

En consecuencia, consideramos (frente al criterio de las SSTs de 17 de febrero de 2022), que procede aplicar la retroacción de tres meses máximo prevista en el artículo 53.1 LGSS, siendo la norma especial que contiene el Derecho de la Seguridad Social para regular el marco temporal de los efectos económicos de una pensión reconocida, o revisada, que se concreta en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, salvo que sea rectificación de un error, como hemos indicado.

Y ello tanto si el reconocimiento se produce antes o después del RD-Ley 3/2021, ya que el artículo 1.4 de dicha norma (que viene a decir que quienes ya percibían el complemento mantendrán su percibo) no implica que solo puedan percibir el complemento quienes ya lo percibían, sino que los ya perceptores seguirán cobrándolo. Pero no excluye que otros puedan pasar a percibirlo aunque el 4 de febrero no lo estuvieran haciendo. Precisamente, para supuestos en los que se había iniciado un procedimiento antes de 4 de febrero de 2021, las Entidades Gestoras alegaron en algún caso que el artículo 60 LGSS quedaba derogado por RD Ley 3/2021 de 2 de febrero. Pues bien, tal pretensión ha sido sistemáticamente rechazada en base a que rige la normativa vigente en el momento de la solicitud, de modo que «no puede admitirse la afirmación del recurrente de que solo proceda el percibo del complemento de maternidad bajo la vigencia de la nueva legislación, de conformidad con la Disposición transitoria trigésima de la LGSS, quienes el 4 de febrero de 2021 ya estuvieran percibiéndolo»<sup>68</sup>. Para el TSJ de Asturias, esta nueva disposición transitoria «no excluye la aplicación de tal precepto para el reconocimiento del citado complemento a quienes, como el demandante en el presente procedimiento, tenían derecho al mismo, causaron la prestación a complementar e incluso lo solicitaron durante su vigencia»<sup>69</sup>. Por tanto, aunque una primera lectura de la disposición transitoria 33 LGSS pudiera parecer que quiere dejar fuera a los que ya la hubieran solicitado o incluso a quienes estaban en espera de una Sentencia, debe entenderse solo como prórroga del cobro de quienes ya eran perceptores, prórroga que tiene lugar hasta que por una nueva pensión pasen a percibir el complemento por brecha de género, en cuyo caso tendrán que optar por una de las dos.

Tanto si ya era pensionista, como si solicita la pensión con posterioridad a esa fecha siendo el HC anterior (las pensiones de jubilación y MS son imprescriptibles, pueden solicitarse en cualquier momento), la solicitud del complemento tiene un importante límite adicional, y es la prescripción del derecho. El complemento tiene naturaleza de pensión. No es un mero reajuste de la cuantía de la

<sup>68</sup> Así, la Sala de lo Social de Asturias precisa el nuevo artículo 60 LGSS «no es de aplicación al concreto supuesto que se somete a consideración de la Sala en el recurso, dada la fecha de efectos de la pensión de jubilación, la de solicitud del complemento y la de denegación del mismo por parte del INSS» (STSJ de Asturias núm. 1479/2021 de 29 junio JUR\2021\280520) dado que «La petición presentada por el actor para la percepción del complemento es anterior a esa fecha, por lo que la modificación que introduce no impide el reconocimiento del derecho conforme a la normativa vigente al tiempo de la solicitud» (STSJ de Asturias núm. 1084/2021 de 18 mayo JUR\2021\235650, citada también por STSJ de Extremadura núm. 499/2021 de 29 julio JUR\2021\337763).

<sup>69</sup> STSJ de Asturias núm. 1144/2021 de 18 mayo JUR\2021\235822; núm. 1136/2021 de 18 mayo JUR\2021\235896; núm. 1402/2021 de 22 junio JUR\2021\285004; núm. 1515/2021 de 6 julio JUR\2021\277191; núm. 1612/2021 de 13 julio JUR\2021\305628; núm. 1723/2021 de 27 julio. JUR 2021\338659.

pensión ya reconocida, a la que se le podría aplicar la clásica doctrina del TS que distingue entre la reclamación inicial de la prestación, imprescriptible y sometida al plazo de retroacción de tres meses, y la reclamación parcial en materia de cuantía de la prestación, para la que no resulta aplicable el criterio anterior, sino la regla general de prescripción de cinco años frente a concretas percepciones de la prestación económica<sup>70</sup>.

Según la anterior redacción del apartado 6 del artículo 60 del TRLGSS (y en mismos términos el nuevo 60.5), se liga la pensión complementaria a la complementada en su dinámica, al disponer 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 Administración (Criterio de Gestión 35/2021, de 2 de diciembre), ha interpretado que «dicha sujeción no alcanza al plazo de prescripción a la que está sometido el complemento de maternidad. En consecuencia, cabe entender que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 53 del TRLGSS, por lo que prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate». Por tanto, aunque la pensión que se complementa sea imprescriptible (caso de la jubilación y pensiones por muerte y supervivencia), la Administración aplica la prescripción de cinco años, porque no lo considera ligado al nacimiento.

Ahora bien, entendemos que si no se liga la “prescripción” al “nacimiento” de la prestación, por considerar que la prescripción es en relación al derecho, no es razonable fijar el plazo de prescripción a partir del día siguiente del hecho causante (que es *dies a quo* para el nacimiento de la prestación). Es contradictorio considerar que la prescripción es una institución ajena a la dinámica de la prestación, y mantener como *dies a quo* exactamente el mismo momento del nacimiento.

Es más, va en contra de la lógica y finalidad de la institución de la prescripción. No debemos olvidar que «la prescripción extintiva de derechos se configura como un supuesto de decadencia del derecho por falta de ejercicio del mismo en un plazo de tiempo determinado. Es una forma de “sanción” de la inactividad del titular del derecho, consistente en la no solicitud por parte del titular del mismo a la entidad gestora. Su fundamento jurídico radica en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, evitando situaciones indefinidas de incertidumbre generadas por la pasividad o no ejercicio de un derecho por parte del interesado»<sup>71</sup>.

Y atendiendo a la finalidad de esta figura, carece de sentido situar como fecha a partir de la cual empieza a contar el plazo prescriptivo el del nacimiento de la prestación dado que cuando nació, era imposible ejercer el derecho al complemento. Por tanto, si la Administración deniega en 2022 el complemento por maternidad ligado a una pensión causada en 2016, alegando que ha prescrito el derecho, está realizando –según nuestro criterio– un uso en fraude de ley de la figura de la prescripción, ya que no puede “sancionarse” al administrado por no hacer uso de un derecho que no se le ha reconocido hasta diciembre de 2019.

Por tanto, consideramos que el *dies a quo* de la prescripción del complemento deber ser la fecha del pronunciamiento de la STJUE (12 de diciembre de 2019), no la del hecho causante de la prestación que complementa. Si por el contrario queremos ligarlo a la fecha del hecho causante de la pensión original, habrá que hacerlo con todas las consecuencias, y por tanto si complementa una pensión de jubilación o por muerte-supervivencia, el derecho a solicitar el complemento debería ser imprescriptible.

Otra cuestión diferente –en la que somos conscientes de postular un planteamiento que no está siendo seguido ni por los Tribunales ni por la propia Administración– es si tras el 4 de febrero de 2021 puede solicitarse un complemento que dejó de existir. El de brecha de género, como es sabido,

<sup>70</sup> SSTs de 25-3-1993 y 7-7-1993, (RJ 1993\2207 y 5967), 23-1-1995 y 14-3-1995 (RJ 1995\398, y 2768) y 22-11-1996 (RJ 1996\9451).

<sup>71</sup> OLARTE ENCABO, S.: «Prescripción y caducidad de las prestaciones de la Seguridad Social», en MONEREO PÉREZ y RODRÍGUEZ INIESTA (Dir.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Ed. Laborum, Murcia, 2016, p. 651.

la disposición adicional primera lo limita a hechos causantes posteriores al 4 de febrero de 2021. Y respecto del complemento por maternidad, ha sido suprimido por el RD-Ley 3/2021, por lo que no puede solicitarse un complemento que ha dejado de existir. La disposición transitoria trigésima tercera LGSS, añadida por el artículo 1.4. RD-Ley 3/2021, indica que «Quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo»<sup>72</sup>. Reiteramos que eso no quiere decir que solo pueden percibir el complemento quienes ya lo percibían, sino que la norma da respuesta a la situación de las personas que ya eran beneficiarias del mismo. Pero no excluye que otros puedan pasar a percibirlo aunque el 4 de febrero no lo estuvieran haciendo, lo que es el caso de las personas que lo habían solicitado con anterioridad, como ya hemos señalado.

Sin embargo, consideramos que no se les debería reconocer a quienes lo solicitan con posterioridad, aunque el HC sea anterior. Lo contrario iría en contra del espíritu y la letra de la norma. Esta interpretación no está siendo acogida ni por los tribunales ni por la propia Administración, que está a la normativa aplicable en el momento del hecho causante, aunque dicha normativa esté derogada, y sin que haya una regulación transitoria que lo ampare.

Ciertamente, la cláusula temporal que se acoge está fuera de la técnica jurídica habitual en el Derecho de la Seguridad Social, que suele fijar los efectos de una reforma sobre la fecha del hecho causante o sobre la de solicitud de una prestación. Si el RD-Ley 3/2021 hubiera querido que los pensionistas cuya pensión se hubiera causado antes de la nueva norma, mantuvieran la posibilidad de solicitarla, podría haberlo contemplado. No se hace deliberadamente –lo cual compartimos– ya que la extensión de ese complemento solo ha servido para profundizar en la brecha de pensiones, beneficiándose incluso hombres que no cumplían los requisitos exigidos a las mujeres (jubilados anticipadamente de modo voluntario o antes de 2016), en no pocas ocasiones con pensiones máximas (no se olvide que este complemento permite superar el tope máximo), y en definitiva recurriendo a una figura que nació para compensar la brecha en pensiones de las mujeres, pero que al introducir la desafortunada expresión de aportación demográfica, condujo al escenario actual, con el riesgo de mermar las frágiles arcas del sistema.

Sintetizando nuestra posición, y siendo conscientes de que el criterio administrativo y judicial es distinto, entendemos que para los hombres que solicitaron el complemento por maternidad antes del RD-Ley 3/2021, debe reconocérselo con efectos económicos de tres meses antes de su solicitud, sin que deba tener incidencia la fecha de la solicitud con un solo límite: y es la entrada en vigor del RD-Ley 3/2021 (a partir del cual desaparece el complemento en orden a nuevas solicitudes). Ello es así porque las sentencias interpretativas del TJUE tienen efectos *ex tunc*, pero esto no puede llevarnos a retrotraer los efectos al momento de la solicitud, sino que solo permite interpretar la norma conforme la doctrina comunitaria desde la entrada en vigor de la norma, antes de la publicación de la STJUE, pero exigiendo que el interesado reclame el derecho, y aplicando las reglas que se contemplan comúnmente en nuestro Ordenamiento para la solicitud de una pensión, lo que incluye la prescripción, pero desde que pudo solicitarse el derecho, cosa que solo se reconoció a partir de 12 de diciembre de 2019.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

GALA DURÁN, C.: «El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?», *Temas Laborales*, 158/2021.

<sup>72</sup> En caso de que se le reconozca una nueva pensión, tendrá que optar entre el complemento correspondiente a la nueva, o el anterior, siendo incompatible la percepción de ambos.

- HERNÁNDEZ VITORIA, M<sup>a</sup>.J.: «Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 249/2022.
- MACÍAS GARCÍA, M<sup>a</sup>.C.: «Sobre el “nuevo” complemento de pensiones contributivas para la reducción de brecha de género. Recorrido cronológico, legislativo y judicial», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 30, 2022.
- MALDONADO MOLINA, J.A.: «Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 466, 2022.
- MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.R.: «Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social: A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019», *Aranzadi Unión Europea*, 6, 2000.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 445, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 22, 2020.
- MORENO ROMERO, F.: «El complemento por maternidad: ordenación deficiente y corrección del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 25, 2020.
- MORENO ROMERO, F.: «La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: Apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58, 2021.
- OLARTE ENCABO, S.: «Prescripción y caducidad de las prestaciones de la Seguridad Social», en MONEREO PÉREZ y RODRÍGUEZ INIESTA (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Ed. Laborum, Murcia, 2016.
- NÚÑEZ LOZANO M<sup>a</sup>.C.: «La eficacia de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los actos nacionales», en VV.AA., *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, INAP, Madrid, 2017.
- RIVAS VALLEJO, P.: «La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad», *Revista de Jurisprudencia Laboral* 1/2020.
- VIDA FERNÁNDEZ, R.: «Extensión del reconocimiento del complemento de pensión para los padres con dos o más hijos, beneficiarios de pensiones contributivas de la seguridad social: ¿punto final a una medida mal planteada pero necesaria frente a la brecha de género en las pensiones?», *Temas Laborales*, 152/2020.
- VILLAR CAÑADA, I.: «¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 5, Nº. 1, 2020.