

DEREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Profesora Titular de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Vigo (España)
belendocampo@uvigo.es

Palabras chave: familia monoparental; maternidade; prestación por nacemento; pensión de xubilación.

Keywords: single-parent family; maternity; childbirth allowance; retirement pension.

Palabras clave: familia monoparental; maternidad; prestación por nacimiento; pensión de jubilación.

DOCTRINA XUDICIAL DO TS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de noviembre de 2023 (recurso de casación para la u.d. núm. 3148/2022)

RESUMEN:

Denegación da prestación por nacemento e coidado de menor que lle correspondería ao outro proxenitor en familia monoparental, en aplicación da normativa vixente que cumpre coas esixencias derivadas do Dereito da Unión Europea, da Constitución e dos acordos e tratados internacionais. Para o TS, no mes de novembro de 2023, corresponde ao lexislador determinar o alcance e o contido da protección que debe dispensarse a este tipo de familias, e tal recoñecemento non está previsto normativamente.

NORMAS APLICADAS:

Art. 177 LXSS.

Art. 48.4, 5 y 6 ET.

A cuestión debatida na presente Sentenza da Sala do Social do TS baséase en determinar se unha nai que forma parte dunha familia monoparental ten dereito a recibir unha prestación adicional polo nacemento e coidado do seu fillo, equivalente á que correspondería ao outro proxenitor nunha familia biparental. A controversia xorde cando a demandante, tras dar a luz á súa filla en 2021, solicita ao INSS unha ampliación do seu permiso retribuído por outras 16 semanas, que corresponderían ao outro proxenitor, inexistente neste caso. Ao non obter resposta expresa nesta vía administrativa, a demandante inicia a vía xudicial, primeiro no Xulgado do Social da cidade de Lugo e posteriormente na Sala do Social do TSX de Galicia.

O Xulgado do Social de Lugo estima a demanda e recoñece o dereito a gozar desas 16 semanas adicionais, baseándose no principio de igualdade e no interese superior do menor. Porén, esta resolución é parcialmente revogada pola Sala do TSX de Galicia, que lle recoñece só 10 semanas adicionais, aceptando a interpretación do INSS de que as primeiras 6 semanas son coincidentes entre ambos proxenitores nunha familia biparental. En calquera caso, 10 ou 16 semanas, o determinante é que, tanto en primeira instancia como en vía de recurso de suplicación, a xurisdición social recoñece á traballadora o goce dunha prestación da Seguridade Social – a de nacemento e coidado de menor– nun suposto de feito non previsto na normativa de aplicación, nos arts. 177 e seguintes da LXSS. O goce desta prestación conleva a conseguinte suspensión do contrato de traballo de acordo co previsto no art. 48 do ET.

Como argumentación xurídica, na sentenza agora comentada, consta que o Xulgado de Lugo, adoptando os argumentos recollidos na STSX do País Vasco do 6 de outubro de 2020 (recurso de suplicación núm. 941/2020), apela ao interese superior do menor e entende que o art. 48 do ET introduce un elemento importante de discriminación respecto da muller en relación coa conciliación da vida laboral e familiar, argumentando que as familias monoparentais, maioritariamente constituídas por mulleres, están sendo prexudicadas de maneira indirecta ao non poder compartir o

coidado do menor, limitando as súas posibilidades de atención ao mesmo.

En canto á Sentenza da Sala do Social do TSX de Galicia do 9 de maio de 2022 (recurso de suplicación núm. 1409/2022), cómpre destacar que mantén o dereito a ampliar as semanas adicionais de prestación por nacemento e coidado de fillo, pero rexeita que a súa duración deba ser de 16 semanas. Recoñece á parte demandante 10 semanas de permiso, acollendo o criterio do INSS-TGSS sobre as primeiras seis semanas coincidentes para ambos proxenitores en familia biparental.

Expostos estes antecedentes, chégase á Sentenza do TS que agora se comenta, do 29 de novembro de 2023, que nega o dereito da demandante a gozar de ningunha semana adicional de prestación polo nacemento e coidado de menor, estimando así integramente o recurso de casación interposto polo INSS e TGSS polos argumentos que se expoñen a continuación. Fundamentalmente, continúa na liña da doutrina defendida nunha sentenza anterior da mesma Sala, ditada en Pleno, do 2 de marzo de 2023 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 3972/2020), apelando con razón a “elementais razóns de seguridade xurídica e igualdade na aplicación do Dereito”, de aí a extensión dos argumentos e solución daquela á presente.

E tales argumentos, os da Sentenza do TS do 2 de marzo de 2023, que se analizan na que agora se comenta, son os seguintes: en primeiro lugar, os efectos da eventual ampliación do permiso na relación laboral, que afectarían non só ás prestacións contributivas, senón tamén á relación contractual coa empregadora, o que xeraría efectos na organización laboral, como a necesidade de modificar o réxime xurídico da suspensión e as previsións de substitución de persoal. Todo isto interferiría na orde normativa establecida. En segundo lugar, a decisión do lexislador, que, pese a estar ao tanto da existencia de familias monoparentais, non quixo modificar a normativa actual. En terceiro lugar, e moi importante, a non vulneración do interese do menor, xa que o recoñecemento da prestación adicional que se solicita depende, ademais, de requisitos de afiliación, alta e cotización que non se aplican da mesma

forma nas familias monoparentais. Por último, o respecto ao principio de igualdade e á perspectiva de xénero, pois non se constata, nestes supostos, discriminación algunha cara ás mulleres. Para o Pleno da Sala do Social do TS, xulgar con perspectiva de xénero non consiste só en "interpretar e aplicar o Dereito", senón en situarse tamén no ámbito da súa creación. E neste caso, non se trata dun suposto afectado por unha situación de discriminación, senón dun eventual déficit de protección concreto querido e consentido polo lexislador. Aínda que o debate xudicial sobre a cuestión plantexada —os dereitos en materia laboral e prestacional que poden corresponder ás familias monoparentais— xa quedara resolto coa Sentenza do TS do 2 de marzo de 2023, coa que agora se comenta, a do 29 de novembro de 2023, semella que a doutrina tornarase definitiva, dentro do que se pode interpretar como definitivo neste ámbito. Sen dúbida, os argumentos parecen impecables, especialmente os da primeira, a do mes de marzo, pois a de novembro pouco ou nada engade a respecto. En síntese, apelábase á capacidade do poder lexislativo, correspondendo a quen lexitima —non aos xuíces e tribunais— modificar o réxime da suspensión contractual e o réxime prestacional, máis aínda se isto pode "potencialmente afectar á economía do sistema contributivo de protección social". Con todo, como é coñecido, foron varias as voces doutrinarias contrarias, non tanto a esa interpretación, senón ás súas consecuencias, pois a situación desigual de partida entre as familias monoparentais e biparentais existe, e aplicar idéntica normativa a ambas implica asumir consecuencias discriminatorias cara ao primeiro grupo de familias. Por outra banda, a propia Sentenza do 2 de marzo de 2023 contiña un voto particular asinado por dous maxistrados.

A cuestión é tan controvertida que, case un ano despois da Sentenza do 29 de novembro de 2023, o propio TS, pero nesta ocasión a Sala do Contencioso-Administrativo, por tratarse dun conflito acaecido no ámbito do emprego público, resolve en sentido contrario un conflito similar. Trátase, en concreto, da Sentenza do TS (Sala do Contencioso-Administrativo), do 15 de outubro de 2024, que recoñece o dereito das familias monoparentais a ampliar de 16 a 26

semanas o permiso por nacemento de fillo biolóxico para empregados públicos. Entre outras razóns, esta medida busca evitar a discriminación do recen nacido en comparación cos fillos de familias biparentais. É máis, uns días despois foi publicado criterio do TC ao respecto, e agora si que se pode dicir que a cuestión está definitivamente resolta, pois nesta última Sentenza se declara a inconstitucionalidade dos arts. 48.4, 5 e 6 ET e do art. 177 LXSS, na medida en que non permiten ás nais biolóxicas de familias monoparentais, traballadoras por conta allea, a ampliación do seu permiso por nacemento e coidado de fillo máis aló de 16 semanas. Trátase da mediática Sentenza do TC do 6 de novembro de 2024, ditada en Pleno, pola que se resolve a cuestión de inconstitucionalidade elevada pola Sala do Social do TSX de Cataluña sobre a compatibilidade do marco normativo de protección por nacemento e coidado de fillo ou filla no caso de familias monoparentais integradas unicamente pola nai biolóxica co noso sistema constitucional. A sentenza do TS que agora se comenta é contraria ao criterio do TC.

En definitiva, nun período inferior a dous anos, no que se refire á extensión do permiso por nacemento e coidado de menor no caso de proxenitores monoparentais, observouse como o criterio do TS fluctuou en diversos sentidos, ata que chegou o TC, que declara a inconstitucionalidade dos arts. 48.4, 5 e 6 ET e do art. 177 LXSS, na medida en que non permiten ás nais biolóxicas de familias monoparentais, traballadoras por conta allea, a ampliación do seu permiso por nacemento e coidado de fillo máis aló de 16 semanas.

DOCTRINA XUDICIAL DO TSX DE GALICIA

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social) de 13 de xullo de 2023 (recurso de suplicación núm. 643/2023)

Resumo:

Dereito do autónomo á pensión de xubilación activa e ao complemento de maternidade por achega demográfica. Determinación da data do feito causante da prestación de xubilación activa: debe atenderse á regra xeral de que se entende causada cando concorren todos os requisitos necesarios para o seu recoñecemento, que neste caso é a

data indicada polo interesado na súa solicitude. Normativa aplicable ao caso de autos: a redacción do artigo 214 da LXSS en versión anterior á modificación pola Lei 21/2021, do 28 de decembro, sen que resulte de aplicación directa o RD 453/2022, xa que a solicitude da pensión foi tramitada con anterioridade. O complemento do art. 60 da LXSS recoñécese conforme ao disposto na Sentenza do TJUE de 12 de decembro de 2019.

Normas aplicadas:

Arts. 60, 212, 214 e Disp. Trans. Primeira LXSS.

Art. 46 do RD 84/1996, do 26 de xaneiro.

Arts. 3 do RD 453/2022, do 24 de xuño.

O demandante, Don Santos, traballador autónomo, solicita a pensión de xubilación activa e o recoñecemento do complemento de maternidade interesando o incremento do 10% por ter tido 3 fillas. O INSS recoñécelle a pensión de xubilación activa, con efectos económicos desde o 1 de marzo de 2021, pero denégalle o incremento do 10% porque o art. 60 da LXSS, na súa redacción de 2015, só recoñece este dereito ás mulleres que tivesen fillos biolóxicos ou adoptados. O demandante ten 3 fillas.

Non conforme con esta resolución, o actor inicia a vía xudicial. Na instancia, o Xulgado do Social nº 2 de Pontevedra estima integramente as súas pretensións e recoñécelle a pensión de xubilación activa con data de efectos do 31 de decembro de 2020, declarando tamén o seu dereito a percibir o complemento de maternidade do 10% con efectos desde a data de recoñecemento da pensión de xubilación, é dicir, tamén o 31 de decembro de 2020. Esta resolución, impugnada integramente polo INSS, foi confirmada pola Sala do Social do TSX de Galicia na Sentenza de 13 de xullo de 2023, obxecto da presente reseña.

Aínda que os motivos do recurso son dous —a data de efectos da pensión de xubilación e o dereito ou non do demandante, como pai biolóxico, ao complemento de maternidade (neste caso, de paternidade)—, nesta sede abonda con referirse unicamente ao primeiro deles, posto que noutras sentenzas

deste mesmo número xa se fai referencia ao alcance e á extensión do art. 60 da LXSS.

Neste sentido, o debate que expoñen as partes é o seguinte:

- Para a Entidade Xestora, o demandante é un traballador autónomo que, no momento de solicitar a xubilación activa, segue dado de alta no RETA e exercendo a mesma actividade. Segundo a interpretación conxunta dos artigos 90, 92 e 60 da OM do 24 de setembro de 1970, a data de causación da pensión de xubilación non pode ser anterior á presentación da solicitude, sendo os efectos económicos a partir do primeiro día do mes seguinte ao feito causante. Engade tamén, aínda que foi aprobado con posterioridade á solicitude, o art. 3 do RD 453/2022, que dispón que a solicitude de pensión de xubilación activa pode presentarse con ata tres meses de antelación ao feito causante —o cesamento no traballo por conta propia—, pero non antes, como establece a sentenza de instancia neste caso.

- Para o demandante, que impugna o recurso presentado pola parte contraria, a sentenza resolve de forma axustada a dereito, pois non é de aplicación no presente litixio o disposto no RD 453/2022, que, como se acaba de sinalar, entrou en vigor con posterioridade á solicitude, senón o art. 214 da LXSS na súa versión anterior ás modificacións operadas pola Lei 21/2021, do 28 de decembro, o que permite aplicar a retroactividade dos tres meses, xa que a solicitude do 3 de febreiro de 2021 sinala como baixa a do 8 de decembro de 2020. Moito máis neste caso, cando para o cálculo da pensión, tal e como consta no expediente administrativo, o INSS toma como período de referencia do 1 de xaneiro de 1997 ao 31 de decembro de 2020, é dicir, os 288 meses inmediatamente anteriores á resolución de xubilación, sen ter en consideración nin febreiro nin xaneiro de 2021.

A Sentenza da Sala de Galicia non é complexa, pero isto non lle resta mérito, pois realiza unha interpretación tanto literal como temporalmente precisa e certa dos posibles preceptos aplicables á presente controversia, que non son poucos, algo que non fixo a Entidade Xestora. E todo isto a partir dunha afirmación que recoñece incuestionable: “a noción de feito causante é complexa e inequívoca, en maior ou menor grao segundo o ámbito prestacional no que deba

fixarse, proxectando distintas consecuencias para o devengo da prestación, non tendo por que coincidir o nacemento do dereito cos efectos económicos do mesmo" (FJ SEGUNDO).

En definitiva, os preceptos que se manexan son os seguintes: o art. 214 da LXSS, na versión anterior á modificación efectuada pola Lei 21/2021, do 28 de decembro, e varios da OM do 24 de setembro de 1970. A Sala dálle a razón ao demandante cando sinala que non resulta de aplicación directa o RD 453/2022, xa que entrou en vigor o 16 de xuño de 2022, con posterioridade ao 8 de decembro de 2020, que é cando o demandante cumpre cos requisitos para o acceso á xubilación activa, e tamén ao 3 de febreiro de 2021, que é cando formula a súa solicitude. Por último, menciona tamén o TSX de Galicia un precepto fundamental en situacións como a descrita: a Disp. Trans. 1ª da LXSS, que, para determinar a norma aplicable en supostos de sucesión normativa, sinala que debe atenderse ao feito causante da prestación como determinante da mesma.

A partir do contido de todos estes preceptos, a Sala galega zanja a polémica que se lle expón e confirma a pretensión do demandante, sen ningún indicio de dúbidas. E isto porque, segundo dispón o art. 61.1 da OM do 24 de setembro de 1970, "as prestacións económicas de carácter periódico devénganse desde o día seguinte á data en que se entendan causadas as mesmas, sempre que a solicitude sexa presentada dentro dos tres meses seguintes á referida data. Noutro caso, só se devengarán cunha retroactividade máxima de tres meses contados desde a data da presentación da solicitude". Precepto que debe completarse co art. 92 da mesma OM, que establece que "o dereito ao recoñecemento da pensión por velez é imprescritible, aínda que só producirá efectos a partir da súa solicitude sen prexuízo da retroactividade no devengo prevista no art. 61" e co seu art. 90, que fixa o feito causante da pensión de xubilación da seguinte maneira: a) para quen estean en alta, o día en que produza efectos a baixa no réxime especial como consecuencia do cesamento no traballo, de acordo co disposto no RD 84/1996.

E é neste último aspecto, a baixa no correspondente Réxime de Seguridade Social, onde radica a clave do sentido do fallo

da Sentenza do TSX de Galicia, pois ao tratarse dunha xubilación activa dun traballador autónomo, regulada no art. 214 da LXSS, a referida baixa non existe, xa que se trata de compatibilizar pensión con traballo, neste caso, traballo por conta allea, sempre que se cumpran os requisitos do precepto regulador. Por iso, acertadamente, indica a Sala do Social que o referido art. 90 da OM do 24 de setembro de 1970 non resulta de aplicación, ao “non cesar o actor na prestación de servizos nin darse de baixa no RETA”. Tampouco o seu art. 92, que se refire aos efectos económicos da prestación e non ao momento no que esta nace, para o cal debe atenderse á regra xeral de que se entende causada cando concorren todos os requisitos necesarios para o seu recoñecemento, que no caso de autos é o 8 de decembro de 2020.

Con enfoque sinxelo pero sen renunciar ao rigor xurídico, a Sentenza de 13 de xullo de 2023 resolve con claridade de criterios unha das cuestións máis controvertidas e, en ocasións, complexas do réxime xurídico das prestacións: a determinación do seu feito causante.

Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social) de 22 de setembro de 2023 (recurso de suplicación núm. 4041/2022)

RESUMO:

Prestación por nacemento e coidado de menor que naceu sen signos vitais tras o falecemento producido no ventre materno. A prestación debe ser recoñecida a ambos proxenitores, dado que a normativa non establece, nestes supostos, distinción algunha por razón de sexo. Se legalmente o dereito á licenza só se condiciona ao feito do parto, esa mesma regra debe aplicarse a ambos proxenitores con independencia do seu sexo. A conclusión non se modifica pola remisión que o artigo 48.4 do ET realiza para o proxenitor distinto da nai biolóxica ao cumprimento dos deberes de coidado do artigo 68 do CC, xa que a perda dun fillo xera unha situación de especial vulnerabilidade que require a mesma protección para ambos proxenitores.

NORMAS APLICADAS:

Arts. 177 e 178 LXSS.

Art. 48.4 ET.

Art. 26.7 RD 295/2009, do 6 de marzo.

Na presente Sentenza da Sala do Social do TSX de Galicia expóñese un conflito, por sorte, non moi habitual, pero rechamante pola súa particularidade e pola falta de previsión por parte do lexislador, de aí a súa elección para esta crónica. A saber, o eventual dereito do pai biolóxico á prestación por nacemento e coidado dun menor no caso do parto dun feto abortado por causas naturais.

Dna. SAGRARIO, xestante de 40+4 semanas de embarazo, deu a luz un feto abortado por causas naturais. O pai do feto é o demandante. Á nai biolóxica concédeselle a prestación por nacemento e coidado de fillo durante o tempo de suspensión do seu contrato de traballo. Nada consta expresamente na Sentenza obxecto do presente comentario, pero pódese presumir que a referida suspensión está xustificada no parágrafo quinto do art. 48.4 ET: "No suposto de falecemento do fillo ou filla, o período de suspensión non se verá reducido, salvo que, unha vez finalizadas as seis semanas de descanso obrigatorio, se solicite a reincorporación ao posto de traballo".

O actor, pai biolóxico do feto abortado, solicita tamén a prestación por nacemento e coidado dun menor, que lle foi denegada en vía administrativa pola Seguridade Social, de aí o seu plantexamento en sede xudicial. A Entidade Xestora alega a aplicación do Criterio de Xestión 10/2020 que, tras unha interpretación de diversos preceptos lexislativos –LXSS e ET– e regulamentarios –RD 295/2009–, dispón que "nos casos de falecemento do fillo antes do seu nacemento non procederá recoñecer o dereito á prestación por nacemento e coidado de menor ao proxenitor distinto á nai biolóxica". Para a Entidade Xestora, o permiso por nacemento e coidado de fillos do ET do proxenitor distinto da nai biolóxica, tras as modificacións operadas ex RD-Lei 6/2019, recoñécese "para o cumprimento dos deberes de coidado previstos no artigo 68 do CC, que non poden ser outros que os de coidar o fillo". De feito, para confirmar este criterio, a Entidade Xestora alude ao contido do art. 26.7 RD 295/2009, que ordena que "non poderá recoñecerse o subsidio por paternidade se o fillo ou o menor acollido falecen antes do inicio da suspensión ou

permiso. Con todo, unha vez recoñecido o subsidio, este non se extinguirá, aínda que falecese o fillo ou menor acollido". Como neste caso, o fillo faleceu antes do correspondente permiso e da correspondente prestación, pois naceu un feto abortado, débese denegar a prestación ao proxenitor que non sexa a nai biolóxica.

Baixo este escenario, o actor inicia a vía xudicial e a súa pretensión, parece que, cunha acertada interpretación xurídica, é estimada na instancia –Xulgado do Social núm. 4 de Ourense, Sentenza de 9 de marzo de 2022– e en vía de Suplicación –Sala do Social do TSX de Galicia, Sentenza de 22 de setembro de 2023–.

Para xustificar o sentido do seu fallo, a Sala galega examina e relaciona unhas con outras as disposicións normativas que regulan as prestacións económicas por maternidade e paternidade, no caso de parto biolóxico. En concreto, os arts. 177 e 178 LXSS, o art. 48.4 ET, o art. 26.7 RD 295/2009 e o art. 30 CC. A partir do seu contido e baixo o contexto máis amplo do principio de igualdade e non discriminación, xustifica a concesión da prestación solicitada ao demandante cos argumentos que se pasan a expor a continuación: as prestacións referidas están baseadas no feito do parto e non no sexo do proxenitor. A normativa en cuestión non fai distinción entre a nai e o pai no acceso ás prestacións, o que implica que ambos proxenitores teñen dereito á mesma protección legal en condicións de igualdade. Insístese moito, por parte do TSX de Galicia, en que a lexislación vixente busca promover a igualdade de xénero e a corresponsabilidade no coidado dos fillos. De feito, trae a colación algún parágrafo da Exposición de Motivos do RD-Lei 6/2019, no que se deixa constancia da equiparación da duración dos permisos por nacemento de fillo ou filla para ambos proxenitores, como paso importante para "a consecución da igualdade real e efectiva entre homes e mulleres, (na) promoción da conciliación da vida persoal e familiar, e (no) principio de corresponsabilidade entre ambos proxenitores, elementos ambos esenciais para o cumprimento do principio de igualdade de trato e de oportunidades entre homes e mulleres en todos os ámbitos". E isto é así, lembra o TSX de Galicia, porque non poden

desatenderse as esixencias dos artigos 9.2 e 14 da CE; dos artigos 2 e 3.2 do TUE; e dos artigos 21 e 23 da CDFUE.

Pero hai un argumento máis, moi importante, que debe destacarse aquí e que tamén se infire dos razoamentos proporcionados pola Sala de Galicia. Trátase das razóns polas que o lexislador mantén o dereito á suspensión do contrato de traballo e á prestación económica por nacemento e coidado de fillo, aínda que o fillo falecese. A sentenza non o di expresamente, pero como se explicou pola doutrina, nesta decisión do lexislador pesaron razóns humanitarias. Entre elas, ofrecer unha protección adicional en situacións delicadas, permitindo ás persoas afectadas xestionar o seu dó sen ter que enfrontarse á presión de reincorporarse inmediatamente ao traballo. Procúrase, por tanto, preservar os dereitos laborais das persoas traballadoras nun momento extremadamente difícil, ofrecendo un período temporal para recuperarse ou tomar decisións relacionadas coa reincorporación ao traballo, a menos que se decida regresar ao posto de traballo tras as primeiras seis semanas de descanso obrigatorio. E isto porque a lexislación laboral e de Seguridade Social non só responde ás necesidades prácticas relacionadas co traballo e a protección social, senón que debe, ademais, enfocarse en protexer os dereitos humanos e a dignidade das persoas traballadoras en circunstancias extremas, como sucede fronte a este loito.

E a observancia deste obxectivo é a que se infire cando a Sala do Social do TSX de Galicia sinala que o cumprimento dos deberes de coidado do art. 68 CC, "interpretado á luz do principio de corresponsabilidade como integrante do de igualdade entre homes e mulleres que inspira a reforma laboral e de Seguridade Social, non pode entenderse só referido á atención do fillo recentemente nado, senón que debe estenderse ao cumprimento corresponsable do resto de deberes que o Código Civil impón a ambos os membros da parella respecto a descendentes, ascendentes e demais persoas ao seu cargo e á asunción compartida de todas as cargas familiares, nun momento en que a perda dun fillo orixina unha situación de especial vulnerabilidade necesitada de idéntica protección para os dous proxenitores".

En definitiva, cunha interpretación humanitaria da normativa aplicable –europea e interna– o TSX de Galicia resolve un conflito xurídico nunha situación dramática concluíndo que a normativa debe estenderse por igual a ambos proxenitores, xa que a situación de dó e vulnerabilidade derivada da perda dun fillo require a mesma protección para ambos.

Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala de lo Social) de 30 de outubro de 2023 (recurso de suplicación núm. 3601/2021)

RESUMEN:

Complemento á pensión de xubilación por ser pai de varios fillos. A resolución do INSS que denegou dito complemento non só vulnerou o dereito a non ser discriminado por razón de sexo, senón que tamén produciu outra discriminación relativa aos requisitos procedementais, xa que, a pesar de que este complemento está recoñecido polos tribunais europeos tamén para os homes, estes vense obrigados a iniciar un procedemento xudicial para percibilo, o que implica un prazo máis longo e gastos adicionais. Por outra banda, a indemnización para resarcir os danos sufridos debe incluír tamén as custas e os honorarios de avogado.

NORMAS APLICADAS:

Art. 60 LXSS.

Interesante cuestión resólvese na presente Sentenza da Sala do Social do TSX de Galicia, de 30 de outubro de 2023. A saber, o réxime xurídico do complemento de paternidade por achega demográfica, na actualidade derogado polo complemento de fenda de xénero. Porén, a súa selección para esta crónica débese non tanto á cuestión de fondo en si mesma, que tamén, senón, sobre todo, ao percorrido xudicial que tivo que seguir a cuestión debatida e que levou, con criterio moi acertado, á Sala do Social galega ao fallo do que se dará conta a continuación.

A controversia é a seguinte: o demandante, pai de dous fillos, ten recoñecida desde o 9 de outubro de 2019 unha prestación de incapacidade permanente absoluta sobre unha base reguladora de 1.972,87 €. No mes de novembro de 2020, solicita á Entidade Xestora o complemento de maternidade

previsto no artigo 60 da LXSS, redacción de 2015, actualmente derogado, consistente no incremento dun 5 % da prestación, sendo denegado dito complemento mediante resolución administrativa do 17 de novembro de 2020.

Tras a súa introdución pola Lei 48/2015, do 29 de outubro, de Orzamentos Xerais do Estado, o denominado complemento de maternidade por achega demográfica quedaba incorporado á acción protectora da Seguridade Social. Posteriormente, coa súa inclusión no texto refundido da LXSS de 2015, o seu réxime xurídico quedaba previsto no artigo 60. O seu obxectivo último situábase en lograr unha redución da fenda de xénero nas pensións e, con iso, abordar unha das innumerables desigualdades e desequilibrios que sufría –e sofre– o colectivo feminino respecto do masculino nas relacións laborais e no sistema de protección social. Tratábase, polo tanto, dunha medida deseñada para as mulleres que abandonaban a vida activa e iniciaban a percepción dunha prestación contributiva do sistema da Seguridade Social. E dise expresamente “medida deseñada para as mulleres”, porque só elas aparecían como beneficiarias do referido complemento. En concreto, no seu apartado 1 dispoñíase o seguinte: “Recoñecerase un complemento de pensión, pola súa achega demográfica á Seguridade Social, ás mulleres que tivesen fillos biolóxicos ou adoptados e sexan beneficiarias, en calquera réxime do sistema da Seguridade Social, de pensións contributivas de xubilación, viuvez ou incapacidade permanente”. Nos outros apartados do precepto regulábanse o resto de requisitos exixidos para a súa percepción, entre eles, a natureza xurídica, o número de fillos, a porcentaxe do complemento, os límites, a contía mínima e a concorrencia de pensións.

Agora ben, aínda que a súa finalidade era moi loable –reducir a fenda de xénero nas pensións–, os cuestionamentos sobre a adecuación do contido do precepto á normativa europea pronto saíron á luz. Entre eles, como non, o dunha eventual transgresión do principio de non discriminación por razón de sexo. As directivas que supostamente se vulneraban eran a 79/7/CEE, do 19 de decembro, e a 2006/54, do 5 de xullo. A solución chegou da man da Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (STXUE) do 12 de decembro de 2019

(asunto C-450/18), que declarou que o Dereito da Unión se opón a unha norma que recoñece ás mulleres, nas condicións previstas no precepto español obxecto de exame, un complemento económico no ámbito da Seguridade Social, mentres o nega aos homes que se atopan en idéntica situación. Entre outras moitas razóns, obxectábase que o complemento non contiña ningún elemento que establecese unha conexión entre a súa concesión e o goce previo dun permiso de maternidade ou as desvantaxes que sofre unha muller na súa carreira profesional debido á interrupción da súa actividade durante o período posterior ao parto. En definitiva, non se exixía en ningún caso que as mulleres deixasen efectivamente de traballar no momento en que tiveron fillos, polo que tamén podería beneficiar calquera muller que dera a luz antes de acceder ao mercado laboral. Polo tanto, non se xustifica que non se recoñeza aos homes que tiveron descendencia.

Como non podía ser doutra maneira, a referida doutrina xudicial comunitaria comezou a aplicarse polos órganos xudiciais españois, entre eles, tamén, pola Sala do Social do TSX de Galicia. En concreto, na Sentenza do 11 de maio de 2021 (recurso de suplicación núm. 3745/2020). En calquera caso, unha das cuestións máis debatidas nas distintas resolucións de suplicación era a data de efectos da Sentenza europea. Dalgunhas destas cuestións xa se deu conta en números anteriores desta sección da RGDS.

E así chegouse á aprobación do RD-Lei 3/2021, do 2 de febreiro, que derogou, por discriminatorio, o mencionado “complemento por maternidade”, ordenando, no seu lugar, na nova redacción do artigo 60 LXSS, o agora denominado “complemento de pensións contributivas para a redución da fenda de xénero”. Este complemento, entre outras moitas novidades, deu entrada á posibilidade de que tamén o percibisen os “homes” –tal como se prevé no segundo parágrafo do novo artigo 60.1 LXSS–, sempre que concorran algunha das seguintes razóns xustificativas: a primeira, causar unha pensión de viuvez polo falecemento do outro proxenitor –en alusión á nai– polos fillos ou fillas en común. A segunda, interromper ou ver afectada a súa carreira profesional con ocasión do nacemento ou adopción do fillo ou

fillos. Iso si, a percepción do novo complemento por parte do segundo proxenitor –que ademais dun home, pode ser outra muller, segundo o propio artigo 60.1 LXSS– exclúe, sempre e en todo caso, a da nai. É obvio, cando se trata de complementar a pensión de viuvez. Pero tamén nos demais supostos nos que permite a solicitude ao outro proxenitor, pois así se indica expresamente na norma: “o recoñecemento do complemento ao segundo proxenitor suporá a extinción do complemento xa recoñecido ao primeiro proxenitor e producirá efectos económicos o primeiro día do mes seguinte ao da resolución (...). Antes de ditar a resolución recoñecendo o dereito ao segundo proxenitor darase audiencia ao que estivese percibindo o complemento”. Por outra banda, como cuestión indubitada da nova ordenación, cómpre referir a súa data de efectos, sinalando expresamente a norma de urxencia que o novo complemento se recoñecerá ás pensións causadas a partir da entrada en vigor do RD-Lei 3/2021, do 2 de febreiro, isto é, o 4 de febreiro de 2021 (vid. disposición adicional primeira e disposición final terceira do RD-Lei 3/2021, do 2 de febreiro).

Seguindo coa historia da evolución do contido do artigo 60 LXSS, non se debe esquecer a súa última modificación ex RD-Lei 2/2023, do 16 de marzo. Con todo, o sentido desta última reforma non altera nin afecta a controversia exposta na demanda que deu lugar á Sentenza agora comentada, xa que a reforma afecta, fundamentalmente, ao modo de cálculo do complemento no caso dos homes e ao modo de cálculo do dos respectivos proxenitores para determinar cal delas é máis alta a efectos de acreditar os requisitos exixidos para obter o complemento.

Chegados a este punto, retomamos a cuestión inicial que conforma o debate da Sentenza do 30 de outubro de 2023: a solicitude, no ano 2020, do complemento de maternidade do artigo 60 LXSS, redacción 2015, por un pai de dous fillos beneficiario dunha pensión de incapacidade permanente, solicitude que foi desestimada na vía administrativa a finais de 2020.

Tendo en conta o contexto exposto anteriormente, os datos que deben manexarse para entender a controversia e o modo de solución son os seguintes:

- No momento da solicitude do demandante –outubro de 2020– aínda estaba vixente a redacción orixinal do artigo 60 LXSS, que unicamente recoñecía o complemento de maternidade por achega demográfica ás mulleres que foran nais.

- Con todo, nesa mesma data –outubro de 2020– xa fora ditada a Sentenza do TXUE do 12 de decembro de 2019 (asunto C-450/18), que declaraba a incompatibilidade do artigo 60 LXSS co Dereito da Unión por atentar contra o principio de igualdade e non discriminación. A pesar do fallo europeo, a Entidade Xestora das prestacións desestima a solicitude do demandante. Aínda que non se teñen acceso aos motivos, presúmese que se acolle ao contido literal do artigo 60 LXSS, redacción 2015. De feito, a raíz do fallo do asunto C-450/18, a comezos de 2020, a Dirección Xeral de Ordenación da Seguridade Social aprobara o seguinte Criterio de Xestión relativo ao complemento de maternidade, que lle foi asignado o número 1/2020 e que indicaba o seguinte: “en tanto non se levase a cabo a correspondente modificación legal do artigo 60 do TRLXSS, seguiríase recoñecendo polas entidades xestoras unicamente ás mulleres que cumprisen os requisitos exixidos nese artigo, sen prexuízo da obriga de executar aquelas sentenzas firmes ditadas polos tribunais de xustiza que recoñecesen o citado complemento de pensión aos homes”.

Baixo este escenario e ante a petición do demandante, a Sala galega non se limita a ditar sentenza recoñecéndolle o dereito en virtude do contido da Sentenza do TXUE do 12 de decembro de 2019 (asunto C-450/18), senón que vai máis alá, para formular cuestión prexudicial ante o TXUE para que se pronuncie sobre se a práctica da Entidade Xestora recollida no Criterio de Xestión 1/2020 de denegar sempre o complemento litixioso aos homes e obrígalos a reclamar pola vía xudicial debe considerarse un incumprimento administrativo da Directiva 79/7/CEE. Por outra banda, pregúntase se ese incumprimento administrativo constitúe unha discriminación por razón de sexo, ante o que os Estados membros deberán tomar as medidas necesarias para suprimir disposicións tanto lexislativas como administrativas contrarias ao principio de igualdade de trato. Ademais,

atendendo á resposta que se lle dea á cuestión anterior, solicítase aclaración sobre a data de efectos do recoñecemento xudicial do complemento. Por último, sobre se procede ou non unha indemnización e sobre o alcance desta, é dicir, se debe ter eficacia reparadora dos danos e prexuízos e, no seu caso, disuasoria, ao considerar que aqueles non quedan cubertos coa determinación da data de efectos do recoñecemento xudicial do complemento.

A Sentenza do TXUE resolvendo a cuestión prexudicial formulada pola Sala galega foi ditada o 14 de setembro de 2023 (asunto C-113/2022) e entre os seus argumentos, no que se refire á práctica da Entidade Xestora co Criterio de Xestión que trata de evitar o contido da Sentenza do TXUE do 12 de decembro de 2019 (asunto C-450/18), dispón, resumidamente, o seguinte: unha vez que se constata a existencia dunha discriminación contraria ao Dereito da Unión e mentres non se adopten medidas que restablezan a igualdade de trato, o respecto do principio de igualdade só pode garantirse concedendo ás persoas da categoría desfavorecida as mesmas vantaxes de que gozan as persoas da categoría privilexiada. Nese suposto, o órgano xurisdiccional nacional debe deixar sen aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sen solicitar ou agardar a súa previa derogación polo lexislador, e debe aplicar aos membros do grupo desfavorecido o mesmo réxime de que gozan as persoas incluídas na outra categoría. É máis, esta obrigaón incumbe, ademais, non só aos órganos xurisdiccionais nacionais, senón tamén a todos os órganos do Estado, incluídas as autoridades administrativas nacionais encargadas de aplicar ese réxime. Todas estas afirmacións veñen avaladas polas correspondentes sentenzas resolvendo asuntos similares (Sentenza do 21 de xuño de 2007, *Jonkman* e outros, C-231/06 a C-233/06; Sentenza do 9 de marzo de 2017, *Milkova*, C-406/15; Sentenza do 10 de marzo de 2022, *Grossmania*, C-177/20).

Tendo en conta a Sentenza do TXUE do 14 de setembro de 2023, resolvendo a súa cuestión prexudicial, e a do 12 de decembro de 2019, que declaraba a incompatibilidade entre o recoñecemento do complemento por achega demográfica só ás mulleres coa normativa europea, a Sala galega

pronuncia, o 30 de outubro de 2023, unha sentenza resolvendo, en dereito, todas e cada unha das cuestións que se lle prantexan nos distintos recursos de todas as partes, do xeito que se expón a continuación:

En primeiro lugar, sobre os efectos retroactivos das sentenzas do TXUE, lembra que son *ex tunc* e, polo tanto, poden e deben aplicarse ás relacións xurídicas nadas e constituídas antes da súa publicación, se se cumpren os requisitos que permiten someter aos órganos xurisdiccionais competentes un litixio relativo á aplicación desa norma. Só en casos excepcionais pode o propio TXUE limitar a aplicación dunha sentenza, pero para iso é necesario que concorran dous criterios esenciais: a boa fe dos círculos interesados e o risco de trastornos graves (Sentenza TXUE do 26 de outubro de 2021, asunto C-109/20).

En segundo lugar, sobre a data de efectos do complemento, indícase que será a da publicación no DOUE da citada Sentenza do 12 de decembro de 2019, neste caso, no que a petición do demandante é anterior, iso si, sempre que se cumpran os restantes requisitos do art. 60 LXSS, redacción 2015.

Por último, sobre a indemnización solicitada polo demandante, á vista da vulneración que se produciu no seu dereito a non ser discriminado por razón de sexo, a Sala galega, á luz da doutrina do TXUE, establece que a indemnización debe compensar integramente os prexuízos sufridos e debe ser suficiente para garantir a igualdade de trato. Ademais, débense considerar os gastos xudiciais, incluídos os honorarios de avogado, como parte da reparación. O TXUE tamén destaca que non basta con corrixir a discriminación material, que se logra coa concesión retroactiva do complemento, senón que tamén se debe reparar a discriminación procedimental sufrida polos homes, que tiveron que recorrer á vía xudicial. Ademais, sinala que non é necesario probar especificamente o prexuízo causado pola discriminación, xa que o dereito á non discriminación leva aparelhada unha reparación automática. No que respecta á contía da indemnización, tómase como referencia o criterio utilizado polo Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, axustado ás circunstancias do caso, sinalando os 1500 €,

como cantidade suficiente para compensar os prexuízos e os gastos xudiciais derivados da discriminación.

Unha vez máis, a Sala do Social do TSX de Galicia resolve un conflito interno en base á doutrina do TXUE tras o plantexamento dunha cuestión prexudicial. Porén, nesta ocasión, o novidoso reside en que a análise non se centra na adecuación da normativa interna á comunitaria, senón na avaliación da actuación dun órgano administrativo fronte ás disposicións do Dereito da Unión.

Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala de lo Social) de 13 de decembro de 2023 (recurso de suplicación núm. 6892/2022)

RESUMO:

Importe da pensión de viudez nun suposto no que no convenio regulador do divorcio se fixou unha pensión compensatoria de contía variable, en función de se a ex-cónxuxe residía ou non no que fora domicilio conxugal, do que é copropietaria, o que acontece en anos alternos. Para o TSXG, a valoración do desequilibrio económico resulta da media dos dous importes da pensión compensatoria, e séguese a fixación en 750 euros mensuais. A alegación da xestora de que a morte do causante extingue a necesidade de compensar as anualidades nas que non usa a vivenda, é unha cuestión de Dereito privado non admisible para resolver a cuestión prantexada.

NORMAS APLICADAS:

Art. 220 LXSS.

Na presente resolución da Sala do Social do TSXG, do 13 de decembro de 2023, débate sobre o alcance da pensión compensatoria de divorcio no cálculo da contía da pensión de viudez nos supostos nos que a compensatoria non é unha cantidade fixa, senón que varía en función do período no que a persoa beneficiaria ten o uso e goce do que constituíra o domicilio conxugal.

Os feitos acontecidos son os seguintes: Don Borja e Dona Florencia casaran o 6 de maio de 1978, matrimonio que foi disolto posteriormente por sentenza de divorcio ditada o 21 de xullo de 2020. Durante a tramitación do divorcio, os ex

cónxuxes asinaron un convenio regulador no que se establecía, entre outras cuestións, o seguinte: o uso alternativo do domicilio familiar por períodos anuais e unha pensión compensatoria a favor de Dona Florencia de 600 euros cando o uso do domicilio lle correspondía a ela e de 900 euros cando correspondía a Don Borja. O primeiro período anual de reparto do domicilio, do 17 de agosto de 2020 ao 16 de agosto de 2021, foi atribuído a Don Borja. Poucos días despois de comezada esta anualidade, concretamente o 24 de agosto de 2020, Don Borja faleceu. Por resolución do INSS do 15 de outubro de 2020, a Dona Florencia reconóceselle unha pensión de viudez equivalente ao 52% dunha base reguladora de 2.571,60 euros, limitada a un importe mensual de 709,21 euros, desglosados nas seguintes cantidades: 514,29 euros de pensión inicial, 169,21 euros por mínimos e 25,71 euros como complemento de maternidade. Dona Florencia é nai de tres fillos, todos maiores de idade. Como é fácil presumir, a pensión de viudez recoñecida polo INSS foi calculada tendo en conta a pensión compensatoria mínima de 600 euros e non a de 900 euros, que tería dereito a percibir Dona Florencia en determinados períodos anuais.

Non conforme a beneficiaria co modo de calcular a súa pensión de viudez, pois segundo se infire dos autos, a compensatoria que debe ser tida en conta é a de 900 euros, inicia a vía xudicial, ante o Xulgado competente da cidade de Vigo, que é o número 3, no que se emite sentenza co seguinte fallo: "que estimando a demanda interposta por Dona Florencia, debo declarar e declaro que a pensión de viudez debe fixarse tendo en conta unha pensión compensatoria de 900 euros mensuais, debendo as demandadas estar e pasar por dita declaración, cos efectos económicos que lle son inherentes". Dita sentenza foi recorrida en suplicación ante o TSXG, recurso impugnado de contrario, e cuxos argumentos pasan aquí a analizarse.

Con todo, antes de proceder a dito análise é necesario reparar por un momento no contido do art. 220.1 LXSS: "Nos casos de separación ou divorcio, o dereito á pensión de viudez corresponderá a quen, concorrendo os requisitos en cada caso esixidos no artigo 219, sexa ou houbese sido cónxuxe lexítimo, neste último caso sempre que non tivera

contraído novas nupcias ou constituíse unha parella de feito nos termos aos que se refire o artigo seguinte. Así mesmo, requirirase que as persoas divorciadas ou separadas xudicialmente sexan acredores da pensión compensatoria á que se refire o artigo 97 do Código Civil e esta quedará extinguida coa morte do causante. No suposto de que a cuantía da pensión de viudez fose superior á pensión compensatoria, aquela reducirase ata alcanzar a contía desta última”.

En fin, o debate céntrase no modo de calcular a referida pensión de viudez, cando a pensión compensatoria do art. 97 CC é variable, neste caso, en función do uso e goce dun piso de titularidade compartida entre os ex-cónxuxes. Para a Entidade Xestora, ao falecer un dos propietarios da referida vivenda, o uso e goce do inmovible pasa a ser Integramente da demandante, polo que segundo os seus propios termos “extinguíse a necesidade de que se vexa compensada por ter que pagar un alugueiro porque ela xa pode usar a vivenda da que é copropietaria todos os meses”. Polo tanto, para a Entidade Xestora a contía da pensión compensatoria que debe modular a da pensión de viudez, é a de 600 euros/mes. Para a actora, a contía será a de 900 euros ou, subsidiariamente, a media dos dous importes da compensatoria, isto é, 750 euros mensuais.

Con base nestes feitos, a Sala galega comeza cun relato sinxelo, que xustifica no Dereito privado das posibles relacións que puideran existir entre a viúva e os herdeiros do 50 por cento da propiedade. Segundo a Sala, non se pode entrar na forma de organizar a residencia da actora, cando non o fai na referida propiedade, xa sexa alugando un piso ou residindo na vivenda dun familiar ou onde lle convén, dado que non ten que dar explicación ningunha. Pero aquí non xustifica o sentido da sentenza. Senón que o fai nun outro argumento, que, aínda que tamén sinxelo, xustifica perfectamente o seu parecer e que conecta directamente coa finalidade da pensión compensatoria do art. 97 CC, que, segundo trae a colación a Sala, trata de subsanar os “prexuízos derivados do divorcio no ex-cónxuxe que, a resultas del, padece un desequilibrio económico”. O destacable é como valora a Sala o referido desequilibrio

económico neste caso. E faino tendo en conta, exclusivamente, o seu carácter variable, deste modo a "pensión compensatoria alcanzaba 600 euros mensuais no primeiro dos casos –cando reside no que fora o domicilio conxugal e increméntase a 900 euros mensuais no segundo deles –cando non o faga-". Desequilibrio que permanece con independencia do "destino fatídico do seu ex cónxuxe" e que non pode cifrarse nin en 600 euros nin en 900 euros. A solución máis atinada, confirma a Sala, é a formulada como petición subsidiaria da demanda reitora da instancia e traducida na media dos dous importes da pensión compensatoria disposta no convenio regulador, isto é, 750 euros mensuais. In *melio virtus*, declara o adaxio latino, e nunca máis atinada porque nesta sede compénsase o ano con excedente, 900 euros, polo ano que non o causa, 600 euros. Con un argumento sinxelo, pero atinada, a Sala do Social do TSXG na Sentenza comentada dispón unha acertada proxección do sentido e significado da pensión compensatoria á pensión de viudez dos ex-cónyuges.