

Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial

Juan Antonio Maldonado Molina

Acreditado a catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada

Miembro del Grupo de estudios sobre «pensiones suficientes, seguridad social universal y democracia».

Fundación Francisco Largo Caballero

Extracto

La Sentencia de 12 de diciembre de 2019 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) ha provocado que se multipliquen las demandas de pensionistas varones reclamando el complemento por maternidad, con sentencias en las que se estima dicha pretensión, pero que difieren en la fecha de efectos del reconocimiento, que oscila entre la fecha inicial de la pensión, la de la solicitud del complemento, 3 meses antes de la solicitud o 3 meses antes pero con el límite de la publicación de la STJUE. Toda esa jurisprudencia se revisa y sistematiza en el presente trabajo, detallando la casuística contemplada, además de analizar las reglas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2021 en lo relativo a la vigencia del complemento de maternidad. La conclusión que se obtiene es que la doctrina del TJUE debe extenderse a las reclamaciones producidas desde 2016, pero los efectos económicos solo deben retrotraerse hasta 3 meses antes de la solicitud.

Palabras clave: discriminación; igualdad; retroactividad; jurisprudencia TJUE; complemento maternidad.

Cómo citar: Maldonado Molina, Juan Antonio. (2022). Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 209-232.

Date of effect of the maternity allowance (for men). A review of judicial doctrine

Juan Antonio Maldonado Molina

Abstract

The Judgment of December 12, 2019, of the CJEU has caused the demands of male pensioners to multiply, claiming the maternity supplement, with judgments in which said claim is estimated, but which differ in the date of recognition effects, ranging between the initial date of the pension, that of the request for the supplement, 3 months before the request, or 3 months before but with the limit of the publication of the CJEU. All this jurisprudence is reviewed and systematized in this study, detailing the casuistry contemplated in them, in addition to analyzing the rules introduced by RD-Ley 3/2021 regarding the validity of the maternity supplement. The conclusion that is obtained is that the doctrine of the CJEU should be extended to the claims produced since 2016, but the economic effects should only be traced back up to 3 months before the request.

Keywords: discrimination; equality; retroactivity; CJEU jurisprudence; maternity supplement.

Citation: Maldonado Molina, Juan Antonio. (2022). Date of effect of the maternity allowance (for men). A review of judicial doctrine. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 209-232.

1. Marco legal aplicado

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18, WA contra INSS), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 17 de febrero de 2020, que declaró contrario a la Directiva 79/7/CEE el complemento por aportación demográfica¹, ha provocado una gran convulsión en el sistema español de Seguridad Social, generando en un primer momento una avalancha de reclamaciones de pensionistas varones contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) (que sistemáticamente se han rechazado en vía administrativa², abriendo la vía judicial³), dictándose cientos de sentencias de los tribunales superiores de justicia (TSJ) en las que se estima la concesión del complemento; demandas que trataron de atajarse con el Real Decreto-Ley (RDL) 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.

¹ 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/as biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente (IP) 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.

² El Criterio de gestión 1/2020, de 31 de enero, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, indicaba:

1. El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, 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 (RCL 2011, 1845), reguladora de la jurisdicción social.

³ Aunque incluso en algún caso se ha formulado la demanda sin reclamación previa, argumentando que sí hubo una respecto de la pensión (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia -STSJ- de Cataluña 3440/2021, de 28 de junio), pretensión que fue desestimada.

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 de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#) tenía que ser de aplicación a los hombres a la vista de la interpretación realizada por el TJUE en la cuestión prejudicial resuelta. En este trabajo nos centraremos en ellas, que, si bien coinciden en reconocer a los hombres el complemento, no lo hacen respecto de la fecha de efectos de tal reconocimiento, existiendo pronunciamientos muy dispares (a veces dentro de una misma sala), en espera de que el Tribunal Supremo (TS) unifique doctrina.

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 morales⁴.

Resituando el marco legal aplicado, recordemos que el [artículo 60 de la LGSS, en su redacción vigente desde 2016 a 3 de febrero de 2021](#), reconocía un complemento por maternidad (por aportación demográfica) a las mujeres que hubieran tenido dos o más hijos/as (biológicos o adoptados) y fuesen beneficiarias (en cualquier régimen del sistema) de pensiones contributivas de jubilación (salvo jubilación anticipada voluntaria o parcial), viudedad o IP. El Juzgado de lo Social número 3 de Gerona presentó una cuestión prejudicial al TJUE, que se pronunció estimando que la [Directiva 79/7/CEE](#) debía interpretarse en el sentido de que era contraria a esa norma, por considerar que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres.

En consecuencia, el [artículo 60 de la 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 de la Ley orgánica del Poder Judicial](#). Si a lo largo del procedimiento el órgano jurisdiccional no aplicara la normativa y jurisprudencia europeas, puede abrirse el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC), como de hecho ocurrió con este complemento respecto de la Sala de lo Social de Murcia, declarándose nula la STSJ de Murcia 64/2020, de 15 de enero, por la Sentencia del TC ([STC](#)) [152/2021, de 13 de septiembre](#).

La controversia se centra en la aplicación temporal de esa interpretación, para lo que tendremos que tener en cuenta otras tres disposiciones. La primera, la que regula la prescripción

⁴ 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 2101/2021, de 8 de septiembre](#)) y 1.300 euros –300 de costes de representación más 1.000 por daños morales– ([Sentencia 2234/2021, de 22 de septiembre](#)).

en nuestro derecho de la Seguridad Social ([art. 53 LGSS](#)). La segunda, el [artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de régimen jurídico del sector público, que habla de los efectos de las sentencias del TJUE. Y, por último, el [RDL 3/2021](#), que suprime el complemento con fecha 4 de febrero, pero mantiene su cobro a quienes ya lo percibieran.

El [artículo 53.1 de la LGSS](#), tras indicar el plazo de prescripción del derecho a las prestaciones (5 años salvo que sea imprescriptible, como ocurre con la jubilación o pensiones para supervivientes), precisa que la imprescriptibilidad solo se predica del reconocimiento del derecho a la prestación, pero no de sus efectos, ya que estos simplemente se retrotraerán como máximo a los 3 meses anteriores a la fecha de la solicitud. No obstante, matiza que «esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas».

El [artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de régimen jurídico del sector público, señala 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.

Este precepto está incluido en la sección 1.^a del capítulo IV de la Ley 40/2015, relativo al procedimiento de responsabilidad patrimonial, fijando el procedimiento para indemnizar las lesiones sufridas por particulares en sus bienes y derechos cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

El [artículo 1 del RDL 3/2021, de 2 de febrero](#), dio nueva redacción al [artículo 60 de la LGSS](#), sustituyendo el complemento de maternidad por un complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, que extiende la cobertura a hombres o mujeres desde un solo hijo, aunque para los hombres lo supedita a unos requisitos que revelen que su vida laboral se vio afectada por ejercer de cuidador. La [disposición adicional primera](#) establece que el nuevo complemento se reconocerá a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor de este RDL⁵. Y el [artículo 1.4](#) añade una [disposición transitoria trigésima tercera](#) a la LGSS y el [artículo 2.2](#) una [disposición transitoria décima cuarta](#) a la Ley de clases pasivas, conforme a las que quienes a la entrada en vigor de esta modificación estuvieran percibiendo el complemento de maternidad por aportación demográfica mantendrán su percibo.

⁵ 4 de febrero de 2021, conforme la [disposición final tercera del RDL](#), que fija la entrada en vigor al día siguiente a la publicación (que tuvo lugar en el Boletín Oficial del Estado del 3 de febrero).

Solo nos centraremos en situar el alcance temporal del reconocimiento judicial del complemento a los hombres que lo solicitaron al amparo de la [STJUE de 12 de diciembre de 2019](#). No haremos un análisis más allá⁶, pero sí queremos dejar constancia de que el escenario en el que nos encontramos es del todo indeseable, dado que esta sentencia a lo único que condujo es a ahondar la brecha en pensiones, neutralizando una medida que era relativamente positiva, aunque técnicamente mal formulada.

Los responsables de este escenario son tanto el TJUE (por no ser capaz de interpretar en clave de género) como el legislador de 2015, que en lugar de fundar el complemento en la desigual intensidad protectora que sufren las mujeres en nuestro sistema lo situó en el absurdo objetivo de compensar la aportación demográfica, absurdo porque la conducta a estimular ya no podía producirse (las destinatarias ya no podían tener hijos/as), las jóvenes no van a tener más hijos/as a cambio de una mejora de su futura –incierta– pensión, sino a cambio de encontrar empleo estable, vivienda asequible, medidas de conciliación; y evidentemente en toda aportación demográfica participan los dos sexos. El resultado de esa mala concepción fue el previsible: una sentencia que a cuenta de la igualdad neutraliza la igualdad real que pretendía alcanzarse con la norma. Y una norma, la de 2021, que quiere dejar fuera a los que quieren subirse al carro de la sentencia, prescindiendo de las reglas técnico-jurídicas habituales en esta materia, ya que la circunstancia que toma en cuenta no es la fecha del hecho causante ni la solicitud, sino el que ya se estuviera percibiendo un complemento.

2. Supuestos de hecho

2.1. Supuesto ordinario

La mayor parte de los supuestos que han llegado a los TSJ corresponden a los de un pensionista varón, cuya pensión tuvo un hecho causante situado entre 2016 y 4 de febrero de 2021, y que solicita el complemento al tener conocimiento de la [STJUE de diciembre de 2019](#). No obstante, también los hay que lo solicitaron antes de la sentencia en cuestión –obviamente, algunos ya en 2016⁷–, aunque son menos, lógicamente.

⁶ Para un estudio completo de la [STJUE de 12 de diciembre de 2019](#), *vid.* (por orden alfabético) [Gala Durán \(2021\)](#); [Martínez Barroso \(2020\)](#); [Molina Navarrete \(2020\)](#); [Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta \(2020\)](#); [Moreno Romero \(2020; 2021\)](#); [Rivas Vallejo \(2020\)](#); [Vida Fernández \(2020\)](#); [Villar Cañada \(2020\)](#).

⁷ Así, el complemento sustanciado en la STSJ de Murcia 64/2020, de 15 de enero, como se recoge en la [STC 152/2021, de 13 de septiembre](#).

2.2. Supuestos especiales

Junto a ese perfil, hay otros que siendo menos habituales merecen ser reseñados:

a) Pensionistas que causaron la pensión antes de 2016, pero consideran que el complemento se debe temporalmente a los que ya percibían la pensión antes de su entrada en vigor.

El argumento esgrimido por los demandantes es que lo contrario generaría una desigualdad entre pensionistas, discriminando a los pensionistas según la fecha del hecho causante de su prestación, pese a que su aportación demográfica fue similar, vulnerándose, por tanto, el [artículo 14 de la Constitución española](#) (CE), produciéndose discriminación no solo por género, sino por edad.

Frente a ello, los TSJ que han conocido asuntos de este tipo⁸ se han apoyado en el [Auto 89/2019, de 16 de julio, del TC](#), que inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 364-2019, planteada por el Juzgado de lo Social número 26 de Barcelona, considerando el TC que el [artículo 14 de la CE](#) no impide el distinto tratamiento temporal de situaciones iguales motivado por la sucesión normativa, concluyendo que el que se aplique solo de 2016 en adelante «no implica, por ese solo hecho, la vulneración de aquel precepto constitucional, ni tampoco puede ser tachada de arbitraria, pues no responde a una decisión caprichosa o injustificada del legislador»⁹.

Cuestión distinta, aunque también tiene como solicitante a alguien que era pensionista antes de 2016, es el caso de pensionistas varones cuya resolución denegatoria del complemento no aludió a esa circunstancia temporal, limitándose a excluirlo por motivo de género. En el juzgado de instancia no se discute, por lo que no puede ser examinada en la sala¹⁰ (algo similar a cuando se solicitó habiéndose jubilado anticipadamente de modo voluntario, como luego veremos).

b) Casos de IP acaecidos antes de 2016, y tras la entrada en vigor del complemento por maternidad se revisa el grado.

⁸ Supuestos todos ellos en los que se deniega la pretensión de los demandantes: SSTSJ del País Vasco [938/2021, de 1 de junio](#), y [1048/2021, de 22 de junio](#); de Galicia [2719/2021, de 5 de julio](#); de Cantabria [517/2021, de 8 de julio](#); de Castilla y León/Valladolid [de 19 de julio de 2021 \(rec. 817/2021\)](#); de Asturias [1674/2021, de 20 de julio](#) (pensión causada el 31 de diciembre de 2015); de Cantabria [581/2021, de 17 de septiembre](#), y [707/2021, de 2 de noviembre](#).

⁹ En este mismo sentido, pero referido a clases pasivas, Sentencia de la Audiencia Nacional (Contencioso-Administrativo) de 28 de septiembre de 2021 (proc. 2148/2019).

¹⁰ SSTSJ de [La Rioja 35/2021, de 31 de marzo](#); del País Vasco [1106/2021, de 5 de julio](#).

Su problemática no es exclusiva de los hombres¹¹. La cuestión a determinar es si se considera el nuevo grado una pensión nueva, procediendo el complemento, o no. Pues bien, el TS tiene una doctrina consolidada resumida en su Sentencia (STS) de 25 de octubre de 2016 (rec. 2300/2015), en la que se indica que:

[...] tal cuestión [...] hemos de entenderla resuelta desde antiguo por la jurisprudencia de esta sala cuando estableció que la fecha inicial del devengo de la pensión reconocida a consecuencia de la revisión del grado de incapacidad es el día siguiente a la fecha en que se dicta la resolución administrativa definitiva, esto es, aquella resolución que pone fin al procedimiento de revisión.

Por tanto, en el supuesto de revisión por agravación, la nueva fecha de efectos será la resultante del ulterior reconocimiento, de modo que, si es posterior al 1 de enero de 2016, determina la procedencia del complemento por maternidad¹².

Sin embargo, no hay un criterio uniforme en los TSJ, pudiendo encontrarnos sentencias que entienden que solo hay una prestación, que se cambia en importes o responsabilidades, pero es una sola y no dos, y distintas, insistiendo en la idea de unidad en la pensión a lo largo de su argumentación¹³.

Por otro lado, en caso de que se declare la gran invalidez, el complemento de maternidad debe calcularse sobre la totalidad de la pensión de gran invalidez reconocida (sin restar el importe correspondiente al cuidador)¹⁴.

c) Hombres que se jubilaron anticipadamente de forma voluntaria¹⁵, o se jubilaron antes de 2016¹⁶, pero sin que la resolución denegatoria del complemento aludiera a esa circunstancia, limitándose a excluirlo por motivo de género.

¹¹ Así, reconociendo el complemento a una mujer que causó la IP absoluta en 2002, y la gran invalidez en 2019, STSJ de Madrid 179/2021, de 15 de marzo.

¹² STSJ de Asturias 1296/2021, de 8 de junio.

¹³ SSTSJ de Madrid de 11 de mayo de 2020 y 9 de noviembre de 2019 (recs. 1060/2019 y 515/2019); del País Vasco 624/2021, de 13 de abril.

¹⁴ STSJ de Asturias 1721/2021, de 27 de julio.

¹⁵ Supuestos previstos en el artículo 208 de la LGSS, no el adelanto de la edad en atención a la actividad realizada o su discapacidad, contemplado en el artículo 206 de la LGSS, que no es jubilación anticipada voluntaria, procediendo en consecuencia el complemento al varón solicitante (SSTSJ del País Vasco 170/2021, de 26 de enero; 516/2021, de 16 de marzo; 752/2021, de 27 de abril –conteniendo todas ellas un voto particular–; 382/2021, de 2 de marzo; y 850/2021, de 18 de mayo).

¹⁶ SSTSJ de La Rioja 35/2021, de 31 de marzo; del País Vasco 1106/2021, de 5 de julio.

En el juzgado de instancia no llega a discutirse, y ante la sentencia que concede el complemento, la entidad gestora recurre en suplicación alegando ese dato. Pues bien, no puede ser examinada en la sala so pena de vulnerar el principio general aplicable en la suplicación de prohibición de introducir cuestiones nuevas –fácticas o jurídicas, procesales o de fondo– o peticiones no planteadas en la instancia en detrimento de la posibilidad de defensa de las partes, por lo que se concede el complemento pese a haberse jubilado anticipadamente de modo voluntario¹⁷, ya que la defensa de la entidad gestora negaba la mayor (eran hombres), sin querer admitir siquiera subsidiariamente el escenario del reconocimiento. Con ello, estos hombres solicitantes han conseguido algo que ni las mujeres con dos o más hijos/as habían conseguido, ni llegando al TJUE (que en junio de 2021 consideró no discriminatoria esa regla)¹⁸, y todo por la estrategia procesal de las entidades gestoras.

Ahora bien, si en la sentencia de instancia se denegó el complemento en consideración a que la jubilación anticipada fue voluntaria, es irrelevante que sea hombre, no procede el complemento¹⁹.

No obstante, en algún caso se ha concedido a una mujer en atención a la reforma introducida por el [RDL 3/2021](#), «no ya por aplicación del principio de retroactividad de norma favorable (de Seguridad Social) como del de igualdad y no discriminación que ampara su reforma»²⁰. Partiendo de esta sentencia del TSJ catalán, la [STSJ de Galicia 2914/2021, de 12 de julio](#), que resuelve la demanda de un hombre jubilado anticipadamente de modo voluntario al que el juzgado de lo social denegó el complemento en razón de la voluntariedad de su retiro, reconoció el derecho al complemento solicitado en demanda, por virtud de lo dispuesto en el [RDL 3/2021](#), de 2 de febrero, y con efectos desde la fecha de su entrada en vigor, por aplicación del principio de economía procesal, a tenor del [artículo 24.2 de la CE](#).

3. Doctrina judicial aplicada

Pueden agruparse en cuatro categorías, según cuándo fijen los efectos económicos del reconocimiento del complemento reconocido judicialmente:

¹⁷ SSTSJ de Asturias [1337/2021, de 15 de junio](#); [1498/2021, de 29 de junio](#); [1652/2021, de 20 de julio](#); de Galicia [de 20 de julio de 2021 \(rec. 417/2021\)](#).

¹⁸ [STJUE de 12 de mayo de 2021, asunto C-130/20, YJ contra INSS](#).

¹⁹ [STSJ de Cataluña 3936/2021, de 20 de julio](#).

²⁰ [STSJ de Cataluña 958/2021, de 17 de febrero](#).

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

Hay pronunciamientos en este sentido de las Salas de lo Social de Aragón, Canarias²¹, Castilla y León (Burgos y Valladolid²²), Cataluña²³, Galicia²⁴, La Rioja, Madrid²⁵, Murcia²⁶ y Navarra; y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Extremadura²⁷ y Madrid²⁸.

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:

- ²¹ SSTSJ de Canarias [44/2020, de 20 de enero](#); 379/2021, de 16 de abril. 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.
- ²² SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de [1 de marzo de 2021 \(rec. 133/2021\)](#); 31 de mayo de 2021 (rec. 1883/2020); 2 de junio de 2021 (rec. 112/2021); 2 de junio de 2021 (rec. 152/2021); 3 de junio de 2021 (rec. 134/2021) –el hecho causante fue posterior a la STJUE–; 22 de julio de 2021 (rec. 1898/2020); 23 de julio de 2021 (rec. 845/2021).
- ²³ [STSJ de Cataluña 1777/2021, de 25 de marzo](#).
- ²⁴ SSTSJ de Galicia de [6 de abril de 2021 \(rec. 4705/2020\)](#); 13 de abril de 2021 (rec. 3654/2020); 1909/2021, de 11 de mayo; 1928/2021, de 12 de mayo; 1930/2021, de 12 de mayo; 1949/2021, de 11 de mayo; 2036/2021, de 19 de mayo; 2075/2021, de 20 de mayo; 2095/2021, de 21 de mayo; 2772/2021, de 6 de julio; 3317/2021, de 14 de septiembre (la pensión se causa después de la sentencia, y se solicita el complemento al conocer la resolución inicial).
- ²⁵ SSTSJ de Madrid [172/2021, de 24 de febrero](#); 704/2021, de 22 de julio.
- ²⁶ SSTSJ de Murcia [467/2020, de 30 de abril](#); 683/2020, de 26 de mayo; 973/2020, de 1 de julio; 1027/2020, de 14 de julio; 1050/2020, de 22 de septiembre; 1157/2020, de 27 de octubre; 127/2021, de 16 de febrero; 126/2021, de 16 de febrero.
- ²⁷ SSTSJ de Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo) [257/2021, de 4 de junio](#); 301/2021, de 22 de junio.
- ²⁸ SSTSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) [142/2021, de 5 de mayo](#); 208/2021, de 30 de junio; 219/2021, de 7 de julio; 227/2021, de 7 de julio; 257/2021, de 20 de julio; 277/2021, de 22 de septiembre. 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, sentencia que dio lugar a que el TS dictara un auto admitiendo la casación –Auto de 4 de marzo de 2021–).

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

Sobre esta doctrina se apoyan las Salas de La Rioja²⁹, Aragón³⁰, Navarra y Castilla y León (Burgos³¹ –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 jurídicos³².

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)³³ 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 esta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

Llevado al complemento por maternidad, sostiene el TSJ de La Rioja que:

²⁹ SSTSJ de La Rioja [24/2021, de 4 de marzo](#); [72/2021, de 27 de mayo](#).

³⁰ SSTSJ de Aragón [343/2021, de 31 de mayo](#); [478/2021, de 22 de julio](#); [461/2021, de 16 de julio](#) (la pensión se causó después de la publicación de la STJUE).

³¹ [STSJ de Castilla y León/Burgos 380/2021, de 16 de julio](#).

³² SSTS de [1 de febrero de 2000 \(rec. 3214/1998\)](#); [59/2017, de 25 de enero](#); [1080/2020, de 3 de diciembre](#).

³³ [Artículo 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](#)).

[...] 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 efectos económicos del complemento de maternidad, fijándola en la de reconocimiento inicial de la pensión de jubilación³⁴.

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 3 meses en los casos en que ni los datos fácticos ni la normativa haya cambiado³⁵. También la Sala de Navarra combina ambos argumentos³⁶: 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, limite sus efectos en el tiempo³⁷. Llevado al complemento por maternidad, el TSJ de Navarra

³⁴ SSTSJ de La Rioja [24/2021, de 4 de marzo](#); [72/2021](#), de 27 de mayo.

³⁵ SSTSJ de Aragón [343/2021, de 31 de mayo](#); [478/2021](#), de 22 de julio. En la [STSJ de ese mismo tribunal 437/2021, de 5 de julio](#), la sala falla a favor de la retroactividad de 3 meses prevista en el [artículo 53 de la LGSS](#), pero atendiendo al principio dispositivo, ya que es lo que solicitaba la parte.

³⁶ SSTSJ de Navarra [207/2021, de 1 de julio](#); [208/2021](#), de 1 de julio.

³⁷ SSTJUE de [15 de septiembre de 1998, asunto C-231/96](#), Edis, apartados 17 y 18; de [15 de abril de 2010, asunto C-542/08, Barth](#). Literalmente, la STJUE de 15 de septiembre citada 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 esta 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).

estima que «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»³⁸.

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 inicial³⁹.

3.2. Retroactividad limitada a un máximo de 3 meses antes de la solicitud

La segunda solución más frecuente (si estamos al número de salas que optan por ella) es la que considera que debe limitarse el reconocimiento a los 3 meses anteriores a la solicitud, aplicando el [artículo 53.1 de la LGSS](#). Siguen este criterio las Salas de lo Social de Asturias⁴⁰

³⁸ STSJ de Navarra 208/2021, de 1 de julio.

³⁹ STSJ de Navarra 208/2021, de 1 de julio. Como subraya la [STSJ de Navarra 207/2021, de 1 de julio](#):

[...] 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 [...].

⁴⁰ SSTSJ de Asturias 938/2021, de 27 de abril; 1013/2021, de 4 de mayo; 1014/2021, de 4 de mayo; 1084/2021, de 18 de mayo; 1096/2021, de 18 de mayo; 1114/2021, de 18 de mayo; [1136/2021, de 18 de mayo](#); 1144/2021, de 18 de mayo; 1195/2021, de 26 de mayo; 1237/2021, de 1 de junio; 1244/2021, de 1 de junio; 1253/2021, de 1 de junio; 1286/2021, de 8 de junio; 1288/2021, de 8 de junio; [1296/2021, de 8 de junio](#); 1332/2021, de 15 de junio; [1337/2021, de 15 de junio](#); 1363/2021, de 22 de junio; 1374/2021, de 22 de junio; 1402/2021, de 22 de junio; 1417/2021, de 22 de junio; 1479/2021, de 29 de junio; [1498/2021, de 29 de junio](#); 1515/2021, de 6 de julio; 1532/2021, de 6 de julio; 1558/2021, de 13 de julio; 1566/2021, de 13 de julio; 1579/2021, de 13 de julio; 1590/2021, de 13 de julio; 1601/2021, de 13 de julio; 1608/2021, de 13 de julio; 1612/2021, de 13 de julio; 1614/2021, de 13 de julio; 1615/2021, de 13 de julio; 1621/2021, de 13 de julio; 1635/2021, de 20 de julio;

(con un elevadísimo número de sentencias), Cantabria⁴¹, Castilla y León (Burgos⁴² y Valladolid⁴³), Extremadura⁴⁴, Galicia⁴⁵, La Rioja⁴⁶, Madrid⁴⁷, Murcia⁴⁸ y País Vasco⁴⁹.

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 de la LGSS](#), pero entienden que no son situaciones equiparables, por lo que no procede dejar de aplicar dicho precepto. Consideran que, si bien los datos fácticos 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

1656/2021, de 20 de julio; 1657/2021, de 20 de julio; 1694/2021, de 27 de julio; 1697/2021, de 27 de julio; 1703/2021, de 27 de julio; 1707/2021, de 27 de julio; 1719/2021, de 27 de julio; [1721/2021, de 27 de julio](#); 1723/2021, de 27 de julio; 1724/2021, de 27 de julio; 1743/2021, de 27 de julio; 1765/2021, de 7 de septiembre; 1813/2021, de 7 de septiembre; 1834/2021, de 14 de septiembre; 1855/2021, de 28 de septiembre; 1856/2021, de 28 de septiembre; 1868/2021, de 28 de septiembre; 1888/2021, de 28 de septiembre; 1889/2021, de 28 de septiembre; 1892/2021, de 28 de septiembre. La primera sentencia de esta sala que declara el derecho al complemento es la [601/2021, de 16 de marzo](#), 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.

⁴¹ SSTSJ de Cantabria de [27 de mayo de 2021 \(rec. 229/2021\)](#); 477/2021, de 25 de junio; 516/2021, de 8 de julio; 551/2021, de 26 de julio; 607/2021, de 27 de septiembre; 626/2021, de 4 de octubre; 690/2021, de 22 de octubre; 721/2021, de 4 de noviembre; 740/2021, de 9 de noviembre; 741/2021, de 9 de noviembre; 751/2021, de 11 de noviembre; 752/2021, de 12 de noviembre.

⁴² SSTSJ de Castilla y León/Burgos [245/2021, de 26 de mayo](#); 309/2021, de 23 de junio; 386/2021, de 23 de julio.

⁴³ SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de [19 de abril de 2021 \(rec. 427/2021\)](#); 24 de junio de 2021 (rec. 276/2021); 24 de junio de 2021 (rec. 1882/2020); 27 de julio de 2021 (rec. 1072/2021); 15 de septiembre de 2021 (rec. 714/2021); 23 de septiembre de 2021 (rec. 720/2021).

⁴⁴ SSTSJ de Extremadura [98/2021, de 25 de febrero](#); 109/2021, de 26 de febrero; 117/2021, de 1 de marzo; 293/2021, de 7 de mayo; 499/2021, de 29 de julio.

⁴⁵ SSTSJ de Galicia [4757/2020, de 24 de noviembre](#); 13 de abril de 2021 (rec. 3654/2020); 3363/2021, de 16 de septiembre.

⁴⁶ SSTSJ de [La Rioja 35/2021, de 31 de marzo](#); 50/2021, de 15 de abril.

⁴⁷ SSTSJ de Madrid [349/2021, de 21 de abril](#); 548/2021, de 9 de septiembre; 551/2021, de 15 de septiembre.

⁴⁸ [STSJ de Murcia 693/2021, de 21 de julio](#).

⁴⁹ [STSJ del País Vasco 516/2021, de 16 de marzo](#).

publicación de la sentencia del TJUE. Y se reprocha al recurrente que pudo solicitar en su día el complemento con base en 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 [artículo 53 de la LGSS](#) al complemento en cuestión, dado que el [artículo 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 3 meses anteriores a su solicitud, salvo en supuestos muy específicos (rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, o cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas) que aquí no concurren⁵⁰.

b) Doctrina del TS relativa a la retroactividad del complemento de IP total cualificada.

La Sala de lo Social del TSJ de Asturias⁵¹ entiende que nos encontramos ante un supuesto análogo al del complemento por IP total 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 la persona «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 (IP total cualificada en la que el complemento se reconoce en una resolución distinta), el TS⁵² considera que, si en la fecha de la resolución inicial se hubiese cumplido ya la edad reglamentaria, los efectos económicos solo se pueden retrotraer a los 3 meses anteriores a la solicitud, y ello porque al ser un complemento de naturaleza prestacional (con una naturaleza, requisitos y régimen regulador propio, aunque vinculado a principal) debe aplicarse al mismo la normativa de prescripción de las prestaciones⁵³.

⁵⁰ SSTSJ de Castilla y León/Burgos [245/2021, de 26 de mayo](#); 309/2021, de 23 de junio; 386/2021, de 23 de julio.

⁵¹ SSTSJ de Asturias [1136/2021, de 18 de mayo](#); 1237/2021, de 1 de junio; 1253/2021, de 1 de junio; 1286/2021, de 8 de junio; 1332/2021, de 15 de junio; 1374/2021, de 22 de junio; [1498/2021, de 29 de junio](#); 1532/2021, de 6 de julio; 1566/2021, de 13 de julio; 1579/2021, de 13 de julio; 1590/2021, de 13 de julio; 1621/2021, de 13 de julio; 1635/2021, de 20 de julio; 1656/2021, de 20 de julio; 1694/2021, de 27 de julio; 1719/2021, de 27 de julio; 1724/2021, de 27 de julio; 1834/2021, de 14 de septiembre; 1868/2021, de 28 de septiembre; 1888/2021, de 28 de septiembre; 1889/2021, de 28 de septiembre; 1892/2021, de 28 de septiembre.

⁵² SSTS de [12 de marzo de 2007 \(rec. 4885/2005\)](#), [9 de octubre de 2008 \(rec. 4609/2007\)](#), [25 de junio de 2009 \(rec. 2805/2008\)](#) y de 2 y 9 de febrero de 2010 (recs. [397/2009](#) y [1607/2009](#)).

⁵³ [STSJ de Asturias 1136/2021, de 18 de mayo](#).

c) No se declara nulo el acto administrativo inicial, ya que, si las sentencias del TC no 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 1136/2021, de 18 de mayo](#)). Considera que, si incluso el TC 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 3 meses anteriores.

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

Dado que el propio [artículo 60.6 de la LGSS](#):

[...] iguala 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 3 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 de la LGSS](#)⁵⁴. 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 material⁵⁵. 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»⁵⁶.

⁵⁴ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 de abril de 2021 (rec. 427/2021).

⁵⁵ SSTs de 22 de septiembre de 2009 (rec. 3849/2008), 23 de noviembre de 2009 (rec. 126/2009), 22 de noviembre de 2012 (rec. 176/2012).

⁵⁶ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 15 de septiembre de 2021 (rec. 714/2021).

En el mismo sentido, otras sentencias se limitan a indicar que no estamos ante un error material, de hecho o aritmético, por lo que se aplica la retroactividad máxima de 3 meses⁵⁷; o directamente no plantean otra alternativa⁵⁸.

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, Asturias⁵⁹, Cantabria⁶⁰, Galicia⁶¹ 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 el de Madrid⁶².

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. 263/2016](#)) en relación con 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 STJUE. 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 de la LGSS](#), de forma que, si la solicitud tuvo lugar antes del 17 de febrero de 2020 o dentro de los 3 meses siguientes a

⁵⁷ STSJ de Galicia de 13 de abril de 2021 (rec. 3654/2020).

⁵⁸ SSTSJ de Asturias 1195/2021, de 26 de mayo; 1363/2021, de 22 de junio; 1417/2021, de 22 de junio; 1558/2021, de 13 de julio; 1601/2021, de 13 de julio; 1608/2021, de 13 de julio; 1614/2021, de 13 de julio; 1615/2021, de 13 de julio; 1657/2021, de 20 de julio; 1697/2021, de 27 de julio; 1703/2021, de 27 de julio; 1707/2021, de 27 de julio; 1813/2021, de 7 de septiembre.

⁵⁹ SSTSJ de Asturias 1286/2021, de 8 de junio; 1601/2021, de 13 de julio; 1765/2021, de 7 de septiembre.

⁶⁰ SSTSJ de Cantabria de [27 de mayo de 2021 \(rec. 229/2021\)](#); 477/2021, de 25 de junio; 516/2021, de 8 de julio; 551/2021, de 26 de julio; 607/2021, de 27 de septiembre; 626/2021, de 4 de octubre.

⁶¹ SSTSJ de Galicia 3363/2021, de 16 de septiembre.

⁶² STSJ de Madrid 496/2021, de 5 de julio.

la publicación de la [STJUE](#), la fecha de retroacción es el 17 de febrero de 2020⁶³. Pero si la pensión se causó tras el 17 de febrero, se retrotrae –lógicamente– a la fecha de la pensión⁶⁴, pero solo si el complemento se pide en los 3 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 establecen 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 admisible⁶⁵.

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,

⁶³ SSTSJ del País Vasco 170/2021, de 26 de enero; 382/2021, de 2 de marzo; 737/2021, de 27 de abril; 752/2021, de 27 de abril; 882/2021, de 18 de mayo; 889/2021, de 25 de mayo; 922/2021, de 1 de junio; 964/2021, de 8 de junio; 967/2021, de 8 de junio; 971/2021, de 8 de junio (3 meses, con límite publicación STJUE); 984/2021, de 9 de junio; 990/2021, de 15 de junio; 999/2021, de 15 de junio; [1106/2021, de 5 de julio](#) (pensión causada antes de 2016). La Sentencia 971/2021, de 8 de junio, pone como límite no la fecha de publicación, sino la de la sentencia.

⁶⁴ SSTSJ del País Vasco 550/2021, de 23 de marzo; 850/2021, de 18 de mayo; 954/2021, de 8 de junio.

⁶⁵ SSTSJ de Asturias 1286/2021, de 8 de junio; [1498/2021, de 29 de junio](#); 1621/2021, de 13 de julio; 1694/2021, de 27 de julio; en el mismo sentido, Sentencias 1707/2021, de 27 de julio; 1724/2021, de 27 de julio; [STSJ de Aragón 437/2021, de 5 de julio](#).

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 segundo⁶⁶.

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 prescriptorio 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 2020⁶⁷.

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 los lleva a la fecha de solicitud del complemento, sin aportar argumentos en ese sentido: [STSJ del País Vasco 747/2021, de 27 de abril](#).

⁶⁶ SSTSJ de Castilla y León/Burgos [245/2021, de 26 de mayo](#); 309/2021, de 23 de junio; de Castilla y León/Valladolid de 27 de julio de 2021 (rec. 1072/2021).

⁶⁷ [STSJ del País Vasco 747/2021, de 27 de abril](#). 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.

4. Trascendencia de las sentencias

Según es fácil de colegir, se está lejos de que haya un criterio común en los TSJ, por lo que el TS deberá intervenir unificando doctrina.

Es un hecho indiscutido que toda solicitud de complementos que haya tenido lugar durante la vigencia del complemento por maternidad (desde 2016 a 3 de febrero de 2021) debe ser estimada. Ahora bien, ¿hasta cuándo deben retrotraerse los efectos económicos de dicho reconocimiento?, ¿debe reconocerse el complemento a alguien cuyo hecho causante es anterior al [RDL 3/2021](#) y lo solicita con posterioridad al mismo? Para responder a esas cuestiones, entendemos que hay que diferenciar varios escenarios:

A) Pensionista cuyo hecho causante tiene lugar después del 4 de febrero de 2021

El [RDL 3/2021](#) no deja lugar a dudas: la [disposición adicional primera](#) señala que el complemento para la reducción de la brecha de género se reconocerá a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor del RDL. Solo procede el nuevo complemento, sin que además nadie cuyo hecho causante sea anterior a esta norma pueda solicitarlo.

B) Pensionista cuyo hecho causante se produjo antes del 4 de febrero de 2021

A su vez, distinguiremos:

a) Solicitud del complemento por maternidad antes del 4 de febrero de 2021

Deberá resolverse positivamente, como ya hemos adelantado.

Respecto del alcance temporal de dicho reconocimiento, consideramos que es irrelevante que la solicitud se haya formulado antes o después de la publicación de la [STJUE](#) (17 de febrero de 2020). 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](#), y también ha declarado 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»⁶⁸, de modo que «los efectos de una sentencia de interpretación se remontan a la fecha de entrada en vigor de la norma

⁶⁸ [STJCE de 27 de marzo de 1980, asunto C-61/79, Denkvit italiana](#), apartado 16; y más recientemente [STJUE de 17 de marzo de 2021, asunto C-585/19](#).

interpretada»⁶⁹, lo que lleva a que pueda afirmarse que sus efectos son «*ex tunc*»⁷⁰. 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 Unión Europea, «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»⁷¹. 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. Como dice la [STJUE de 13 de enero de 2004, asunto C-453/00, Kühne & Heitz NV](#):

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.

Los tribunales deben interpretar la norma nacional conforme al criterio del TJUE. Pero esa interpretación solo puede realizarse, obviamente, si se cumplen los requisitos procesales que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes a un litigio relativo a la aplicación de dicha norma⁷². 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 inicio⁷³.

⁶⁹ [STJCE de 19 de octubre de 1995, asunto C-137/94, Richardson](#), apartado 36.

⁷⁰ [Núñez Lozano \(2017, p. 570\)](#).

⁷¹ [STJCE de 15 de diciembre de 1993, asunto C-292/92, Hünermund](#), apartado 8.

⁷² [STJUE de 22 de enero de 2015, asuntos acumulados C-401/13 y C-432/13, Balazs](#), apartado 49 y jurisprudencia citada.

⁷³ [STJUE de 28 de enero de 2015, asunto C-417/13, ÖBB Personenverkehr AG c. Gotthard Starjakob](#).

Descartamos, en consecuencia, 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 a 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.

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/as biológicos o adoptados, siendo mujer).

El [artículo 60.1 de la LGSS](#) le confería, a todos los efectos, la naturaleza de pensión pública contributiva, aunque el derecho al complemento se sujetaba al régimen 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, nacía el derecho al complemento si se cumplían 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* con base en 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, procede aplicar la retroacción de 3 meses máximo prevista en el [artículo 53.1 de la 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 3 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 como después del [RDL 3/2021](#), ya que el [artículo 1.4](#) de dicha norma (que viene a decir que quienes ya percibían el complemento mantendrían 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, aunque solo sería el caso de las personas que lo hubieran solicitado con anterioridad a su supresión.

Precisamente, para supuestos en los que se había iniciado un procedimiento antes del 4 de febrero de 2021, las entidades gestoras han alegado en algún caso que el [artículo 60 de la LGSS](#) está derogado por el [RDL 3/2021, de 2 de febrero](#). Pues bien, tal pretensión ha sido sistemáticamente rechazada con base en 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 percibiéndolo⁷⁴.

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»⁷⁵. Por tanto, aunque una primera lectura de la [disposición transitoria trigésima tercera de la 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.

b) Solicitud del complemento por maternidad después del 4 de febrero de 2021

Tanto si ya era pensionista como si solicita la pensión con posterioridad a esa fecha siendo el hecho causante anterior (las pensiones de jubilación y muerte y supervivencia son imprescriptibles, pueden solicitarse en cualquier momento), entendemos que no procede complemento alguno. El de brecha de género ya hemos señalado que 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 [RDL 3/2021](#), por lo que no puede solicitarse un complemento que ha dejado de existir.

⁷⁴ Así, la Sala de lo Social del TSJ de Asturias precisa que el nuevo [artículo 60 de la 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 (Sentencia 1479/2021, de 29 de junio),

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 (Sentencia 1084/2021, de 18 de mayo, citada también por la STSJ de Extremadura 499/2021, de 29 de julio).

⁷⁵ STSJ de Asturias 1144/2021, de 18 de mayo; [1136/2021, de 18 de mayo](#); 1402/2021, de 22 de junio; 1515/2021, de 6 de julio; 1612/2021, de 13 de julio; 1723/2021, de 27 de julio.

La disposición transitoria trigésima tercera de la LGSS, añadida por el [artículo 1.4 del RDL 3/2021](#), indica que «[q]uienes 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»⁷⁶.

Reiteramos que eso no quiere decir que solo podrán 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, no se les puede reconocer a los solicitantes con posterioridad, aunque el hecho causante sea anterior. Lo contrario iría en contra del espíritu y la letra de la norma.

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 [RDL 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.

Tras la revisión de estas doscientas sentencias, concluimos que los efectos económicos del reconocimiento judicial del complemento por maternidad a los solicitantes debe ser el de 3 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 RDL 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 ello no puede llevarnos a retrotraer los efectos al momento de la solicitud, sino que solo permite interpretar la norma conforme a la doctrina comunitaria desde la entrada en vigor de la misma, 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.

⁷⁶ 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.