

El espejismo de la percepción duplicada del complemento de maternidad por ambos progenitores por aplicación de la DT 33ª del TRLGSS.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I de Castellón.

Resumen: *El RDL 3/2021 incorpora en la DT 33ª del TRLGSS un precepto que fija las reglas referidas a la compatibilidad entre el complemento por aportación demográfica y el complemento por brecha de género, de manera que se obliga a minorar en su cuantía uno de los estos dos complementos cuando comienza a percibirse el otro. El Alto Tribunal entiende que esta previsión es aplicable en el supuesto que aquí aparece; en cambio, el Voto particular que incorpora el pronunciamiento sostiene lo contrario, por cuanto el hecho causante del complemento minorado es anterior al RDL 3/2021.*

Palabras clave: *Complemento por maternidad. Complemento por aportación demográfica. Complemento de brecha de género. Minoración. Cuantía. Normas transitorias.*

Abstract: *RDL 3/2021 incorporates in its DT 33 a precept that requires the reduction of the maternity supplement due to the demographic contribution that would be received if the other parent is later recognized with the supplement due to the gender gap. The High Court resolves that, in the particular case discussed here, the supplement must reduce its amount, but the dissenting opinion that incorporates the ruling maintains the opposite, since the causative event predates RDL 3/2021.*

Keywords: *Maternity supplement. Dmographic contribution supplement. Gender gap supplement. Reduction. Amount. Transitional rules.*

I. Introducción

El conflicto planteado en el presente recurso de casación de unificación de doctrina versa acerca de si, en el caso de que el complemento de maternidad contemplado en el art. 60 LGSS haya sido reconocido a ambos progenitores -algo perfectamente posible a la vista de la Sentencia 362/2023, de 17 de mayo- debe minorarse la cuantía del segundo complemento, en cumplimiento de lo dispuesto en la DT 33ª del TRLGSS redactada por el RDL 3/2021, o si, en cambio, tal DT 33ª no resultaría aplicable a este supuesto y, por tanto, ambos progenitores tienen derecho a la percepción completa del suyo. Como se verá, el Alto Tribunal, dando la razón a la Entidad Gestora recurrente, responde aquí afirmativamente y entiende que el complemento del segundo progenitor sí debe rebajarse en su cuantía.

El pronunciamiento contiene un Voto particular que formula la Magistrada Excmá Sra. Dª Rosa Virolés Piñol. La Magistrada discrepante entiende que el actual caso no

se encuentra bajo la vigencia del RDL 3/2021, por cuanto el hecho causante es anterior, motivo por el que el complemento que se reconoce al segundo progenitor no debiera ser objeto de minoración, en concordancia con la Sentencia del TS de 17 de mayo de 2023, con la STJUE de 12 de diciembre de 2019 y con las Sentencias del Alto Tribunal 160, 163 y 487/2022, debiendo hacerse una interpretación con perspectiva de género y extenderse la protección del sistema de seguridad social y la percepción de las correspondientes prestaciones a supuestos -como éste- que no están expresamente contemplados por la normativa de seguridad social.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: Resolución nº 461/2023, de 29 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina.

ECLI:ES:TS:2023:3052.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: María Luz García Paredes.

Votos Particulares: Si cuenta.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Nicolás tiene dos hijos, nacidos ambos en octubre de 1980 y en julio de 1985, y tiene reconocida una pensión de jubilación con fecha de 8 octubre 2018, sobre una base reguladora mensual de 2.100,85 euros, con porcentaje del 100% y con efectos económicos desde el 5 octubre 2018. El 4 de febrero de 2021 solicita el complemento por maternidad previsto en el art. 60.1 LGSS con efectos desde el día del reconocimiento inicial de su pensión de jubilación. El complemento es denegado por Resolución del INSS de fecha 11 febrero 2021 y, formulada reclamación previa, la misma es igualmente denegada por Resolución de 24 febrero 2021.

Nicolás reclama, entonces, judicialmente, el pago del complemento y la Sentencia de 14 de enero de 2022, del Juzgado de lo Social nº 2 de Santander, estima la demanda declarando su derecho a percibir el mismo en el porcentaje del 5% aplicable sobre la cuantía inicial de la pensión de jubilación y con efectos económicos desde el 4 noviembre 2020 -tres meses antes de la presentación de la solicitud que está fechada el 4 de febrero de 2021-. Añadido a ello, el Juzgador entiende que el importe del complemento de Nicolás debe reducirse porque la mujer de Nicolas, también pensionista de jubilación, viene percibiendo el complemento por brecha de género con los mismos efectos económicos iniciales que la pensión que ella percibe, es decir, desde el 8 de noviembre de 2021.

Nicolás recurre el mentado pronunciamiento en suplicación y la STSJ de Cantabria, de 1 de abril de 2022, revoca parcialmente la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Santander, reconociendo a Nicolás el derecho al complemento, fijando como fecha de efectos económicos del mismo el 5 de octubre de 2018, es decir, coincidiendo su pago con la fecha de reconocimiento inicial de la pensión de jubilación de Nicolas y concediendo, asimismo, el derecho al pago del complemento en su cuantía íntegra, sin minoración alguna por la incidencia del complemento por brecha de género reconocido a su esposa.

La Sala de suplicación entiende, para no restar importe alguno al complemento que percibe Nicolás, que la pretensión está bajo la normativa vigente anterior al RDL 3/2012, y que, por tanto, al no existir ninguna previsión sobre la minoración que tal

precepto contempla, no hay régimen transitorio aplicable a este caso, motivo por el que sí procede el abono íntegro del complemento.

El presente recurso de casación para la unificación de doctrina se formaliza por el letrado de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social. El recurrente formula un motivo de infracción normativa en el que identifica como preceptos legales objeto del mismo el art. 60 de la LGSS, en la redacción anterior al RDL 3/2021. Se admite a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y dado que la parte recurrida no se persona, no se abre trámite de impugnación del recurso.

IV. Posición de las partes

1. La posición de la entidad gestora recurrente

Según la Entidad Gestora recurrente, el complemento de aportación demográfica era único y no podía reconocerse a ambos progenitores por los mismos hechos, lo que se desprende de su propia configuración inicial ya que solo estaba pensado a favor de uno de los progenitores o asimilados. Aduce el recurrente, además, que, al estar en el ámbito de la seguridad social, corresponde al legislador ordinario fijar su ámbito prestacional en atención a los recursos y situaciones de necesidad a proteger y si bien, a raíz de la doctrina europea, se debe ampliar el marco protector a los hombres, ello no altera la naturaleza del complemento que, al atender a la aportación demográfica, impide que un mismo hijo puede generar una doble protección o, lo que es lo mismo, una doble pensión, nada de lo cual se obtiene de aquella doctrina comunitaria. A ello une la reforma o respuesta del legislador a aquella doctrina, que avala la condición de prestación única a favor de uno de los progenitores, tal y como se obtiene de las reglas que lo configuran y de la propia regulación transitoria, tal y como resolvió en este caso la sentencia de instancia y no la sentencia recurrida que contiene una doctrina errónea, debiendo atenderse, por tanto, a las reglas de transitoriedad que son las que ha seguido la sentencia de contraste.

2. La posición del ministerio fiscal

El Ministerio Fiscal, por su parte, considera que el recurso debe ser estimado al ser correcta la doctrina que recoge la sentencia referencial que considera aplicable la DT 33ª del TRLGSS, haciéndose eco de la doctrina recogida en la STC 27/1981, de 20 de julio, donde se considera que es admisible que una nueva ley pueda afectar a situaciones nacidas al amparo de la norma que se deroga.

V. Normativa aplicable al caso

Disposición transitoria trigésima tercera del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de seguridad social.

Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social. Quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo. La percepción de dicho complemento de maternidad será incompatible con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro. En el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 de esta ley o de la disposición adicional decimooctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución,

siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta.

VI. Doctrina básica

1. El punto de partida: aparece la contradicción pues existe identidad entre la sentencia recurrida y la aportada de contraste

En el recurso de unificación de doctrina se formulan dos puntos de contradicción pero el punto que tiene que ver con la fecha de efectos económicos del complemento se inadmite por falta de contenido casacional, por lo que solamente se da respuesta a si el complemento por maternidad debe, o no, minorarse, cuando se percibe por ambos progenitores.

A tal efecto, se identifica como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, de 22 de octubre de 2021, pronunciamiento en el que se resuelve el caso de un pensionista de jubilación desde 11 de julio de 2017 que solicita, en enero de 2021, el complemento de aportación demográfica y, posteriormente, su esposa pasa a ser pensionista de jubilación y se le reconoce, el 15 de marzo de 2021, el complemento por reducción de la brecha de género. La Sala de Aragón entiende que el derecho del demandante debe verse afectado, desde el primer día del mes siguiente a la fecha de la resolución en que se le reconoció a su esposa el complemento de reducción de la brecha de género de forma que el derecho del demandante debe verse minorado con el importe, en ese caso, de 81 euros, que percibe la esposa.

Antes de adentrarse en el fondo del asunto, estima el Alto tribunal que entre las sentencias recurrida y la aportada de contraste existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios, ya que, claramente, en el caso de la sentencia recurrida se ha mantenido íntegro el importe del complemento de aportación demográfica a favor del demandante, mientras que en la sentencia de contraste se reduce su importe en la cuantía que la esposa percibe como complemento por brecha de género, siendo en ambos casos objeto de debate el régimen transitorio que se introdujo por el RDL 3/2021.

2. La cuestión planteada

La cuestión planteada, aclara el Alto Tribunal como premisa inicial, no se centra en el derecho al complemento, ni tampoco en los efectos del complemento reconocido, dado que una y otra cuestión han quedado firmes; tampoco se solventa aquí lo que puede percibir el demandante tras la entrada en vigor del RDL 3/2021, sino que lo que ha de resolverse es la cuantía le corresponde al recurrente a partir de que a su esposa se le reconoce el complemento por reducción de brecha de género.

3. La concurrencia de beneficiarios se produce bajo el régimen del rdl 3/2021, por lo que son de aplicación sus normas transitorias aunque incidan sobre relaciones jurídicas preexistentes: debe aplicarse la minoración que solamente afecta a la cuantía del complemento

Esta Sala, aduce el Tribunal, recientemente se ha pronunciado en la Sentencia 362/2023, de 17 de mayo^[1] sobre el derecho del complemento por aportación demográfica a favor de los progenitores que reunieran los requisitos de acceso al mismo sin tener en consideración la circunstancia de que el otro progenitor (o persona asimilada) tuviera también derecho a su percepción. Entonces, no se suscitó debate alguno como el que aquí nos ocupa en tanto que en el caso que allí se resolvió lo que se cuestionaba era si tanto el padre como la madre podían generar el complemento de aportación demográfica. Pues bien, dado que la concurrencia de los dos beneficiarios se ha producido bajo el régimen del RDL 3/2021, debemos analizar sus normas transitorias para poder ver si en las mismas tenemos la respuesta que se precisa para el supuesto de hecho planteado.

Además, añade el Alto Tribunal que, como refiere la doctrina constitucional contenida en la STC 27/1981, a la que alude el Ministerio Fiscal: "El Ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento, como instrumento de progreso y

de perfeccionamiento. Normalmente, lo hace así, al establecer relaciones *pro futuro*. Pero, difícilmente, una norma puede evitar que la regla de futuro incida sobre relaciones jurídicas preexistentes, que constituyen el basamento de las relaciones venideras; y es por ello que, a menudo, tales normas deben contener unas cautelas de transitoriedad que reglamentan el ritmo de la sustitución de uno por otro régimen jurídico. La incidencia de la norma nueva sobre relaciones consagradas puede afectar a situaciones agotadas. Entonces puede afirmarse que la norma es retroactiva, porque el tenor del art. 2.3 del Código Civil no exige que expresamente disponga la retroactividad, sino que ordene que sus efectos alcanzan a tales situaciones. Pero la retroactividad será inconstitucional sólo cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables o en la medida que restrinja derechos individuales"

Del mismo modo, sigue argumentando el Tribunal, debemos recordar que las normas transitorias pretenden regular el paso de una legislación a otra, de forma temporal, y, como ha señalado también la Sala 3ª de este Tribunal, en ellas "también se pueden incluir normas llamadas a regular una situación o relación jurídica que no se agota o concentra en un único instante temporal sino que nace, se mantiene, produce sus efectos, se transforma y extiende a lo largo del tiempo"^[2].

VII. Pasajes decisivos

Esta Sala, aduce el Tribunal, ya indicó en la STS de 17 de mayo de 2023 que no se puede trasladar la configuración del complemento para la reducción de la brecha de género al de aportación demográfica, pero ello no impide que, establecido el derecho y surgiendo nuevas prestaciones ambas puedan estar conectadas, la nueva con la preexistente, y por ello se fijen, en palabras de la doctrina constitucional, cautelas de transitoriedad que reglamentan la sustitución de los regímenes jurídicos. Así pues, en la DT 33ª se prevé que quienes tengan reconocido el complemento de aportación demográfica lo seguirán percibiendo, siendo ya consciente de la situación que su regulación había generado. De forma que, pudiendo tener reconocido el derecho los dos progenitores o personas asimiladas, éstos siguen percibiéndolo sin que se vean afectados por el nuevo régimen que se instaura.

Pero, junto a ello, la norma contempla el supuesto que nos ocupa. Esto es, un beneficiario -en este caso el padre- al que se le ha reconocido el derecho al complemento de aportación demográfica y, ya bajo el nuevo régimen el otro beneficiario -en este caso la madre- accede al complemento por reducción de la brecha de género. Y, a tal efecto, se prevé que el nuevo complemento se alimente en su cuantía del que venía percibiendo el otro progenitor o persona asimilada, de forma que éste se ve minorado en su cuantía a partir de que surge un nuevo beneficiario.

Es evidente que el legislador, al margen de aquellas singularidades que solo afectan al complemento por aportación demográfica que no confluya con el nuevo régimen, y que se mantienen intactos, ha querido solventar, por medio de la DT 33ª la incidencia de los derechos ya reconocidos bajo el régimen anterior con el nuevo, acudiendo a una regla de minoración cuantitativa del derecho prestacional anterior cuando concurre con el redefinido, lo que no se cuestiona en su constitucionalidad ya que tan solo está afectando a la cuantía del complemento, que no al derecho que sigue vigente y que puede, incluso, verse restaurado en caso de que se extinga la pensión del otro beneficiario.

Esto es, como prestación pública con cargo a la seguridad social, sus derechos no quedan alterados aunque puedan ser modificados en un contenido concreto por vía legislativa que encuentra justificación ante la nueva ordenación o redefinición de la prestación que, no solo no se configura como vitalicia sino que al tratarse de un

complemento que va a desaparecer cuando la brecha de género lo haga, y, en lo a la cuantía del complemento se refiere, no viene determinada ya por el porcentaje de la pensión a la que se anuda -como sucede con el de aportación demográfica-, sino a una cuantía fijada en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

VIII. Parte dispositiva

Concluye, así, el Alto Tribunal, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, que el recurso debe ser estimado, casando parcialmente la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación en relación con la cuantía del complemento de aportación demográfica, desestimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora, debiendo mantener el pronunciamiento de instancia que fijaba el importe del complemento en el 5%, aplicable a la cuantía inicial de la pensión de jubilación, con efectos desde el 5 de octubre de 2018, si bien, y dado que el complemento por brecha de género lo está percibiendo la esposa del demandante desde el 8 de noviembre de 2021, tal y como exponen los hechos probados y en atención a lo que dispone la norma transitoria, es a partir de entonces cuando, al confluir los dos en los respectivos derechos, el demandante debe ver minorando su complemento en el importe del que percibe la esposa, por reducción de la brecha de género,

IX. El voto particular

El pronunciamiento incorpora el Voto particular formulado por la Magistrada Excm.a Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol, Magistrada que parte de que al supuesto que aquí se plantea no se encuentra dentro de la vigencia del referido RDL 3/2021, por cuanto, el hecho causante es, en todo caso, anterior a su vigencia. Y tal circunstancia no nos conduce al resultado adoptado por la sentencia, ni al interesado por la recurrente, en coherencia con la STS 17 de mayo de 2023^[3], pronunciamiento que resuelve interpretando las normas aplicables con perspectiva de género, en concordancia con la doctrina de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 y nuestras SSTS 160, 163 y 487/2022 y en concordancia también con la actuación de la Sala de lo Social juzgando con perspectiva de género, a partir de la sentencia del Pleno de 21 de diciembre de 2009^[4], un juicio con perspectiva de género que aparece, sostiene la Magistrada en su Voto, al menos en la SSTS n° 864/2018, de 26 de septiembre de 2018^[5]; la STS n° 778/2019, 13 de noviembre de 2019 ^[6]; la STS n° 815/2019, de 3 de diciembre de 2019^[7]; la STS n° 79/2020, de 29 de enero de 2020^[8]; la STS n° 115/2020, de 6 de febrero de 2020^[9]; la STS n° 580/2020, de 2 de julio de 2020^[10]; la STS n° 908/2020, de 14 octubre 2020^[11]; la STS n° 645/2021, de 23 junio 2021^[12]; y la STS n° 747/2022, de 20 de septiembre de 2022^[13].

A los efectos del presente recurso, lo destacable de la mayoría de las sentencias que se acaban de citar, completa el Voto particular, es que, por la vía de la interpretación con perspectiva de género, éstas extienden la protección del sistema de Seguridad Social, y la percepción de las correspondientes prestaciones, a supuestos no expresamente contemplados por la normativa de seguridad social. Así, las sentencias antes referidas, han extendido la protección del sistema de Seguridad Social, sin realizar ahora mayores precisiones, y entre otros supuestos, al extinguido régimen del SOVI a determinados efectos; al momento del ejercicio de la opción de la madre de cesión al otro progenitor; a las prestaciones en favor de familiares; al cómputo del periodo de realización del servicio social de la mujer; a la consideración como accidente no laboral (y no como enfermedad común) de las lesiones sufridas en el parto; a la pensión de viudedad de parejas de hecho, eximiendo del requisito de la unión y convivencia con el causante en el momento de su fallecimiento en casos de violencia de género; o, en fin, para calificar de profesionales las dolencias de una limpiadora de profesión, aun cuando la citada profesión no aparece en la enumeración de actividades que pueden generar enfermedad profesional. Y similar ausencia de previsión expresa ocurre en el presente caso.

En consecuencia, sigue diciendo el Voto particular, debía de haberse concedido la prestación reclamada porque restringir el beneficio a un solo progenitor (sin que tampoco exista un criterio para determinar quién deba ser) o su reparto entre ambos, bajo el argumento de que los causantes de la prestación son los menores, no solo desconoce las exigencias contributivas, sino que acabaría actuando sin habilitación normativa para ello, en contra de la contemplación igualitaria de una norma, que no puede ampararse en las excepciones destinadas a restablecer previos desequilibrios, tal como se ha entendido en la STS de 17 de mayo de 2023^[14].

En consecuencia, finaliza el Voto particular señalando que el complemento sí puede ser obtenido por quien cumpla los requisitos legalmente previstos, sin tomar en consideración la circunstancia de que el otro progenitor (o persona asimilada, mujeres u hombres)), tenga o pueda tener derecho a su percepción, y ello, sin minoración alguna por el percibo del complemento de reducción de la brecha de género por parte de alguno de los progenitores, debiendo haberse desestimado el recurso formulado por el INSS.

X. Comentario

El nuevo régimen del complemento de pensión por brecha de género derivado del RDL 3/2021 incorpora la regulación de una Disposición transitoria en el TRLGSS, la 33^a, de acuerdo con la cual, una vez reconocido el complemento por aportación demográfica a un progenitor, si el otro progenitor accede al complemento por brecha de género, la cuantía mensual de este último se deduce del complemento por maternidad que se viniera percibiendo. Dice, así, exactamente, la DT 33^a que: (...) *En el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 de esta ley o de la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta.*

Como se puede apreciar, el precepto parece estar pensado para aquellos casos en los que se concede, primero, el complemento por aportación demográfica y, después, el de brecha de género para el otro progenitor, debiendo menguarse, este último, pero, al aplicar la DT 33^a al supuesto aquí planteado la minoración se lleva a cabo realmente sobre el complemento por aportación demográfica. La razón de ello tiene que ver con la necesidad de operar el reconocimiento del complemento de maternidad para todas las pensiones causadas por la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto WA,-Caso WA- con efectos ex tunc; ello ha significado que, como ya ha entendido el Alto Tribunal -STS de 17 de febrero de 2022- los efectos económicos del complemento coinciden con el momento del reconocimiento inicial de la pensión a la que van ligados, y el pago del complemento se efectúa -y existe- desde entonces.

Por ello, en el supuesto aquí planteado, primero se concede el complemento de pensión por brecha de género a la esposa -8 de noviembre de 2021- y después se concede al otro progenitor el complemento de aportación demográfica -ya extinto-, aunque con efectos desde 2018. Así, al reconocerse el complemento de brecha de género para la mujer -bajo el dictado del RDL 3/2021- “desaparece” la duplicación de ambos complementos, un doble complemento que pasa a ser un espejismo si uno de estos complementos se causa bajo el régimen del RDL 3/2021, que es lo que aquí sucede.

El Tribunal insiste en que el presente recurso de casación por unificación de doctrina se centra en determinar si el derecho del progenitor al complemento por aportación demográfica de su pensión de jubilación, causada el 8 de octubre de 2018,

debe percibirse en su totalidad o si, por el contrario, éste debe minorarse en atención a que la otra progenitora ha devengado, con efectos de 8 de noviembre de 2021, el complemento por brecha de género, aplicando el dictado de tal DT 33ª destacando que no es objeto de controversia si el actor tiene derecho al complemento mismo, cuáles son los efectos económicos de éste^[15] ni tampoco su cuantía exacta sino, simple y llanamente, qué cuantía le corresponde percibir a Nicolás partir de que a su esposa le es reconocido el complemento de brecha de género. No obstante, lo cierto es que, al aplicar dicha DT 33ª estamos privando a un progenitor de su complemento -pro futuro-, lo que supone dar vuelta atrás a la argumentación sostenida en la STS de 13 de mayo de 2023, pronunciamiento en el que se concluía que el complemento previo al RDL 3/2021 -el de aportación demográfica -no es único: si el otro complemento se regula por el RDL 3/2021 esta previsión “contagia” el carácter único del nuevo complemento, minorando su cuantía -desde la fecha de vigencia del RDL 3/2021- .

Para evitar ese efecto perverso sobre el complemento de contribución demográfica -que no sobre el otro complemento, lo que equivale a su efectiva desaparición, la STSJ recurrida había entendido que la mentada DT 33ª no resulta aplicable porque la actual pretensión se encuentra bajo la normativa previa al RDL/2021 dado que el actor genera un complemento por contribución demográfica, no por reducción de la brecha de género, y no es posible la aplicación retroactiva del RDL 3/2021^[16]. En esencia, decía el pronunciamiento anulado que la regulación del complemento por maternidad que ha de considerarse es la que se encontraba vigente en la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación del actor, una fecha que es previa a la reforma llevada a cabo por el RDL 3/2021. Y este mismo argumento es el que se maneja en el Voto particular.

Pero el Alto Tribunal revoca la Sentencia recurrida y resuelve el debate dando la razón a la Entidad Gestora recurrente, obligando a rebajar el complemento de Nicolás, dando por sentado que la concurrencia de los dos beneficiarios -perceptores de ambos complementos, cada uno de ellos regido por una regulación diferente- se ha producido bajo el régimen del RDL 3/2021 y por ello hay que acudir al régimen transitorio previsto en el RDL 3/2021^[17].

A continuación, el Alto Tribunal indaga en la propia naturaleza de las propias normas transitorias, establecidas para reglamentar la sustitución de un régimen jurídico por otro, naturaleza predicable de la DT 33ª cuestionada, matizando a este respecto que la incidencia de una norma nueva sobre relaciones consagradas puede afectar a situaciones agotadas y que, además, difícilmente una norma puede evitar que la regla de futuro que ésta introduce afecte a relaciones jurídicas preexistentes, añadiendo a lo anterior que las normas transitorias pretender regular el paso de una legislación a otra, de forma temporal, y en ellas también se pueden incluir normas llamadas a regular una situación o relación jurídica que no se agota o concentra en un único instante temporal sino que nace, se mantiene, produce sus efectos, se transforma y extiende a lo largo del tiempo.

Pero, sobre todo, el Tribunal insiste en que, aunque la STS de 17 de mayo de 2023 ya señaló que no se puede trasladar la configuración del complemento para la reducción de la brecha de género al de aportación demográfica -una idea que servía para no aplicar el régimen de incompatibilidad entre los complementos que implementaba el RDL a los complementos que estaban regidos por la legislación previa- ello no impide que, establecido el derecho y surgiendo nuevas prestaciones, ambas puedan estar conectadas, la nueva con la preexistente, y por ello se fijan, en palabras de la doctrina constitucional, cautelas de transitoriedad que reglamentan la sustitución de los regímenes jurídicos, apareciendo dichas cautelas en la propia DT 33ª. Por ello, concluye el Alto tribunal, la DT 33ª contempla el supuesto que nos ocupa, esto es, un beneficiario -en este caso el padre- al que se le ha reconocido el derecho al complemento de aportación demográfica y, ya bajo el nuevo régimen, el otro beneficiario -en este caso la madre- accede al complemento por reducción de la brecha de género.

Así, a juicio del Tribunal, la DT 33^a introduce singularidades que afectan al complemento por aportación demográfica para que éste no confluya con el nuevo régimen, para que se mantenga intacto^[18]; pero, además, la DT 33^a solventa la incidencia de los derechos ya reconocidos bajo el régimen anterior con el nuevo, acudiendo a una regla de minoración cuantitativa del derecho prestacional anterior cuando concurre con el redefinido, lo que no se cuestiona en su constitucionalidad ya que tan solo está afectando a la cuantía del complemento, que no al derecho que sigue vigente y que puede, incluso, verse restaurado en caso de que se extinga la pensión del otro beneficiario. La DT 33^a, pues, sostiene el Alto Tribunal, no va dirigida a alterar el derecho al complemento del actor sino a alterar su cuantía, en un contexto de redefinición u ordenación de esta prestación económica cuya percepción tiene una fecha de finalización -cuando desaparezca la brecha de género- y cuya cuantía misma ha sido establecida de forma diferente en cada regulación.

A estos efectos, como se recordará, la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto WA, había posibilitado que el complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60.1^o del TRLGSS de 2015 -un precepto de defectuosa configuración legal incorporado a la LGSS por la Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para 2016- se percibiera por los hombres; tras ello, la gran pregunta era si ello significaba que éste podía abonarse, entonces, por duplicado, y esta gran pregunta surgía cuando ya se había aprobado el nuevo complemento por brecha de género en el RDL 3/202 y ocurría, también, que la nueva normativa ya contemplaba que el reconocimiento al segundo progenitor comportaba la extinción del ya reconocido, adoptando reglas específicas sobre este particular.

En conjunción con ello, es claro que las cautelas de transitoriedad implementadas por la DT 33^a a las que alude el Tribunal Supremo pretenden *cerrar el grifo* cuando cada uno de ellos haya sido causado con arreglo a regímenes diferentes, de forma que, así, se ordenaría su concurrencia en el tiempo y el futuro de su devengo. Así, lo que consigue la DT 33^a es, realmente, lograr que el complemento duplicado sea un espejismo, lo que ocurre si uno de ellos se ha percibido con el régimen nuevo, afectando la DT 33^a a la percepción del propio complemento, que se reduce en su cuantía dependiendo del otro.

Y el Tribunal Supremo parece, también, contradecirse, aquí, con la STS de 17 de mayo de 2023, pronunciamiento donde se concluía que, en primer lugar, el complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto previa al RD-ley 3/2021 no es único^[19]. Pues bien, esta afirmación solamente va a ser aplicable cuando ambos complementos se hayan reconocido antes del RDL 3/2021; pero, además, el TS también señalaba en su Sentencia de 17 de mayo de 2023 que no se puede trasladar la construcción legislativa posterior a las pensiones causadas bajo la vigencia de la anterior porque colisionaría con la retroacción de efectos que hemos defendido y con la seguridad jurídica (art. 9.3^o CE). Y el propio Real decreto Ley 3/2021 que instaura el nuevo complemento de maternidad para la reducción de la brecha de género, advierte que el mismo se reconoce sólo a las pensiones causadas a partir de su entrada en vigor (DA 1^a). Es claro que la DT 33^a del RDL 3/2021, en el supuesto aquí planteado, está afectando al complemento surgido con arreglo a la normativa anterior.

La solución a este debate no es, de cualquier forma, sencilla, y la aparición de un Voto particular discrepante es buena prueba de ello. En dicho Voto particular se sostiene que el supuesto que aquí se plantea no se encuentra dentro de la vigencia del referido RDL 3/2021, por cuanto, el hecho causante es, en todo caso, anterior a su vigencia. Y, dado que esta cuestión no es tratada por la norma debería haberse usado la perspectiva de género para extender la protección del sistema de Seguridad Social, y la percepción de las correspondientes prestaciones, a supuestos no expresamente contemplados por la normativa de seguridad social. Nótese que, en esencia, el Voto particular y la STS parten de percepciones diferentes, mientras el Voto particular entiende que la STS, al aplicar la DT 33^a, lo que hace es restringir el derecho a un solo progenitor, decretando el reparto de éste entre ambos, y desconociendo la doctrina

contenida en la STS de 17 de mayo de 2023, y no aplicando la perspectiva de género en la interpretación de las normas, el Alto Tribunal considera que la DT 33ª no afecta al reconocimiento del derecho de cada progenitor, sino que lo que hace es solventar una situación de transición entre dos ordenamientos diferentes, ofreciendo una solución al caso planteado, que navega entre dos aguas, conjugando, así, regímenes diversos.

XI. Apunte final

Por tanto, tal cual se concluía comentando la STS de 17 de mayo de 2023^[20], el complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción previa al RD-ley 3/2021 sí puede reconocerse a ambos progenitores. Pero esta doctrina sería aplicable sólo a los supuestos en los que los dos progenitores son beneficiarios de una pensión contributiva causada desde el 1 de enero de 2016 al 3 de febrero de 2021, puesto que desde el 3 de febrero se accede al complemento de brecha de género, y este complemento tiene fijadas sus propias reglas de compatibilidad entre progenitores en el art. 60.2º TRLGSS. Pero, junto a ello, existen reglas referidas a la compatibilidad entre el complemento por aportación demográfica y el complemento por brecha de género contenidas en la DT 33ª del TRLGSS. Según el Alto Tribunal, el acudir al dictado de la DT 33ª del TRLGSS implica que, cuando uno de estos progenitores acceda al complemento de brecha de género, el anterior complemento -aunque hubiese nacido durante la subsistencia del régimen anterior- debe minorarse en su cuantía, lo que hace que, desde entonces, este segundo complemento pueda convertirse en un espejismo^[21].

Referencias:

1. ^ RCUD 3821/2022
2. ^ STS, Sala 3ª, de 18 de septiembre de 2014, rec. 382/2012
3. ^ RCUD 3821/2022
4. ^ rcud 201/2009
5. ^ RCUD 1352/2017.
6. ^ RCUD 75/2018.
7. ^ RCUD 141/2018.
8. ^ RCUD 3097/2017.
9. ^ RCUD 3801/2017.
10. ^ RCUD 201/2018.
11. ^ RCUD 2753/2018
12. ^ RCUD 161/2019.
13. ^ RCUD 3353/2019.
14. ^ RCUD3821/2022.
15. ^ *Realmente, en el recurso de unificación de doctrina se formularon dos puntos de contradicción, aunque uno de ellos, sobre la fecha de efectos económicos, fue inadmitido por falta de contenido casacional.*
16. ^ FJ 2º STSJ (Sala de lo Social) de Cantabria, Santander, de 1 de abril de 2022, nº 236/2022, nº rec. 213/2022.
17. ^ *Señala, sin mayores reflexiones el Tribunal, que: (...) Pues bien, dado que la concurrencia de los dos beneficiarios se ha producido bajo el régimen del RDL 3/2021, debemos analizar sus normas transitorias para poder ver si en las mismas tenemos la respuesta que se precisa para el supuesto de hecho planteado.*
18. ^ *Alude el Tribunal, aquí a la primera parte de la DT 33ª, que señala que: Quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo.*

19. [^] *Tal conclusión derivaba de Criterios de Gestión del INSS que subrayaban el carácter unitario del complemento, de forma que cuando los varones pudieron percibir el complemento se reconocía el mismo, si bien condicionando dicha percepción a que la mujer no lo estuviera cobrando. Vid, más ampliamente, MALDONADO MOLINA, J.A., La jurisprudencia del TJUE sobre el complemento por maternidad y su aplicación por la jurisprudencia española, en VICENTE PALACIO, M.A., Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea en materia social, Barcelona, Atelier, 2023, p. 354 y ss.*
20. [^] *Vid, el comentario de esta Sentencia, de mi autoría: El complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto previa al RDL 3/2021 puede reconocerse a ambos progenitores, en Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 4, julio, 2023.*
21. [^] *Aunque, obviamente, su subsistencia depende de la cuantía del otro complemento, al que queda supeditado.*