

## **El Pleno del TS resuelve sobre la legitimación activa del Ministerio Fiscal para interponer recurso de casación para la unificación de doctrina contra sentencias de las Salas de lo Social de los TSJ**

**Se desestiman los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el actor y por el Ministerio Fiscal contra la sentencia del TSJ de Cantabria que reconoció un aumento del 10% del complemento de maternidad, estableciendo que la fecha de efectos económicos no podía alcanzar más allá de los tres meses anteriores a su solicitud.**

Declara la Sala que el recurso del actor no cumple con el requisito de contradicción, pues aporta un auto del TS cuando el art. 219.1 de la LRJS señala que la contradicción ha de establecerse únicamente con las sentencias que menciona el precepto. En cuanto al recurso del Ministerio Fiscal, éste carece de legitimación. Afirma el Tribunal que la Ley no concede legitimación al Ministerio Fiscal para que pueda recurrir todas las sentencias dictadas en resolución de recurso de suplicación por las Salas de lo Social de los TSJ siempre que no exista doctrina unificada del TS. Es cierto que el art. 219.3 de la LRJS le reconoce una legitimación excepcional cuando, sin existir doctrina unificada en la materia, se hayan dictado pronunciamientos distintos por los TSJ, en interpretación de unas mismas normas y en circunstancias sustancialmente iguales. Esta legitimación excepcional se vincula estrictamente a los supuestos contemplados en el precepto, que en presente caso no concurren. Formula voto particular el Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro, al que se adhieren las Magistradas D.<sup>ª</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga, D.<sup>ª</sup> Rosa María Virolés Piñol y D.<sup>ª</sup> Concepción Rosario Ureste García.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 26/07/2022

Nº de Recurso: 504/2022

Nº de Resolución: 697/2022

Procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina

Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Tipo de Resolución: Sentencia

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Social**

#### **SENTENCIA**

Madrid, a 26 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Carlos María , representado y asistido por la letrada Sra. Cubas Blanco, y por el Ministerio Fiscal , contra la sentencia dictada el 3 de diciembre de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso de suplicación núm. 757/2021, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Santander, de fecha 6 de julio de 2021, autos núm. 420/2021, que resolvió la

demanda sobre Seguridad Social interpuesta por D. Carlos María , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, con intervención del Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de julio de 2021 el Juzgado de lo Social núm. 4 de Santander dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"1º.- Reconocimiento de la prestación de jubilación. Por resolución del INSS de 23 de septiembre de 2016 se reconoció a D. Carlos María una pensión de jubilación, con cargo al Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes particularidades:

-Hecho causante: 10 de septiembre de 2016.

-Efectos económicos: 11 de septiembre de 2016.

-Base reguladora: 1.740,04 €.

-Porcentaje: 100 %.

2º.- Expediente de revisión. Con fecha 31 de marzo de 2021 la parte actora solicitó la revisión de su expediente, alegando que no se ha tenido en cuenta el cómputo de sus tres hijos a efectos del complemento de maternidad. La revisión se desestimó por resolución de 07 de septiembre de 2021. Contra dicha resolución se formuló reclamación previa, la cual fue desestimada.

3º.- Número de hijos. El demandante es padre de dos hijos nacidos en 1976 y 1982. Además, consta un feto muerto el 30 de septiembre de 1975.

4º.- Complemento de maternidad del cónyuge. La cónyuge del demandante, D.ª María Consuelo es perceptora de una prestación de jubilación con cargo al régimen General de la Seguridad Social, con un hecho causante el 02/09/2019, efectos económicos al día siguiente, una base reguladora de 884,47€ y porcentaje aplicado a la misma del 72,68%, y tiene reconocido un complemento de maternidad del 5%".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"En atención a lo expuesto, se estima la demanda formulada por D. Carlos María contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social y, en consecuencia, se reconoce al actor el derecho a que ve incrementada su pensión de jubilación en un 5% en concepto de complemento de pensión por aportación demográfica, con efectos desde el 31 de diciembre de 2020 y con las revalorizaciones legales que procedan".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Carlos María ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, la cual dictó sentencia en fecha 3 de diciembre de 2021, en la que consta el siguiente fallo:

"Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por D. Carlos María contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. cuatro de Santander, de fecha 6 de julio de 2021, en el proc. núm. 420/2021, tramitado a instancia de D. Carlos María frente al INSS y a la TGSS y, en consecuencia, revocamos la sentencia de instancia, únicamente, respecto al porcentaje del complemento, que reconocemos en el 10% de la base reguladora de 1740,04 euros, y porcentaje del 100 %, con efectos económicos al 31 de diciembre de 2020, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la

Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación desde la indicada fecha. Desestimamos el recurso interpuesto por el INSS y la TGSS".

TERCERO.- Por la representación de D. Carlos María y por el Ministerio Fiscal se formalizó los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina.

El Ministerio Fiscal, mediante escrito de 10 de marzo de 2022, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se basa en el art. 219.3 LRJS al no existir doctrina unificada en la materia propuesta para la unificación por la Sala. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 60 de la LGSS.

Por la representación de D. Carlos María , mediante escrito de 21 de enero de 2022, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como auto contradictorio con la sentencia recurrida el dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2021 (rec. 4535/2020). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 60 de la LGSS y disposición adicional 18ª Clases Pasivas.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina, y transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para la impugnación sin haberlo verificado, sólo se presentó escrito del Ministerio Fiscal en el que reiteraba los términos de su recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente se declararon conclusos los autos y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día 20 de julio de 2022, convocándose a todos los Magistrados de la Sala.

En dicho acto, el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Antonio Sempere Navarro, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Ángel Blasco Pellicer.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Dos son las cuestiones suscitadas en el presente recurso de casación unificadora. La primera planteada por el Ministerio Fiscal consiste en decidir si un progenitor tiene derecho o no a lucrar el complemento por aportación demográfica de su pensión de jubilación contributiva, cuando tal complemento ha sido ya reconocido y está siendo percibido por el otro progenitor, en el supuesto de que ambos complementos se desprenden de la redacción originaria del artículo 60 LGSS con relación a la interpretación del mismo, derivada de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-450/18). La segunda, formulada por el actor, se refiere a la fecha de efectos económicos, y consiste en determinar si la misma debe fijarse en los tres meses anteriores a su solicitud o en la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación.

2.- La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social nº. 4 de Santander estimó parcialmente la demanda del actor, reconociendo el complemento con relación a dos hijos y fijó los efectos económicos desde los tres meses anteriores a su reclamación, es decir, el 31 de diciembre de 2020.

Consta expresamente que el actor era padre de dos hijos y un feto muerto, y que causó derecho a la pensión de jubilación con efectos del 11/09/2016. El 31/03/2021 solicitó al INSS el complemento de pensión por aportación demográfica - también llamado de maternidad - que le fue denegado, constandingo que la cónyuge del demandante estaba jubilada y era perceptora del complemento en litigio por los mismos hijos.

La sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 3 de diciembre 2021, R. 757/2021, estimó en parte el recurso del actor, únicamente para aumentar al 10% el porcentaje del complemento por el hijo muerto; y desestimó el resto de las pretensiones deducidas por el actor en su recurso y por el INSS en el suyo. En lo que a las cuestiones casacionales planteadas interesa, la sentencia razona que es posible el reconocimiento del complemento establecido en el art. 60 LGSS/2015 a ambos progenitores, porque lo contrario - negárselo a la mujer para concedérselo al hombre - frustraría la finalidad de la ley de salvar la discriminación de género que se añade a la de premiar la aportación demográfica en el caso de la mujer. Por otra parte, confirma que la fecha de efectos del complemento litigioso no puede alcanzar más allá de los tres meses anteriores a su solicitud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 53.1 LGSS/2015.

3.- Se formulan dos recursos de casación unificadora. El primero de ellos por el actor que solicita la fijación de su fecha de efectos coincidiendo con la de la pensión de jubilación. El segundo lo formula el Ministerio Fiscal por la vía de artículo 219.3 LRJS interesando que la Sala resuelva si un progenitor tiene o no derecho a lucrar el complemento de pensión por aportación demográfica, cuando el mismo está percibiéndolo, también, el otro progenitor, solicitando al efecto sentencia que case la recurrida y desestime la demanda.

SEGUNDO.- 1.- Para cumplir con el requisito legal de la contradicción el actor aporta como resolución de contraste el Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2021, R. 4535/2020. Este Auto no es una resolución idónea a los efectos pretendidos, pues es doctrina reiterada de la Sala que la contradicción exigida en el artículo 219.1 LRJS ha de establecerse únicamente con las sentencias que menciona dicho precepto, sin que la función unificadora que la Sala IV tiene atribuida a través de este recurso extraordinario pueda extenderse a las resoluciones dictadas por otros órganos distintos a los indicados en el mismo (así, por todas SSTs de 2 de junio de 2016, R. 117/2015; de 22 de febrero de 2017, R. 999/2015; de 31 de enero de 2018, R. 3914/2015 y de 24 de junio de 2020 R. 3169/2017).

2.- En consecuencia, concurre causa de inadmisión del recurso del trabajador que, en este momento procesal, se convierte en causa de desestimación.

TERCERO.- 1.- El Ministerio Público, haciendo uso de la facultad que tiene concedida por el artículo 219.3 LRJS; y, en particular, de la legitimación para interponer el recurso en el caso de "constatar la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos", según manifiesta expresamente, formula su recurso de casación para la unificación de doctrina a fin de que la Sala resuelva si un progenitor tiene o no derecho a lucrar el complemento de pensión por aportación demográfica, cuando el mismo también es percibido por el otro progenitor. Haciendo abstracción del género del peticionario, la Fiscalía argumenta que lo que se debate en la sentencia impugnada es la unidad o duplicidad del complemento en cuestión, y que su resolución no compromete el derecho a la igualdad porque se trata de un tema cuantitativo de abono por duplicado de la misma prestación, defendiendo la unicidad de esta sobre la base de su finalidad que es la contribución demográfica, y esta es única, por lo que sólo debe concederse a uno de los progenitores. Interesa por ello la casación de la sentencia.

A los efectos que, inmediatamente se analizarán, interesa resaltar que en el escrito de preparación del recurso el Fiscal manifiesta su propósito de interponer contra la sentencia aquí recurrida "recurso de casación para la unificación de la doctrina al amparo del artículo 219.3 LRJS". Posteriormente en el escrito de interposición del recurso de casación unificadora se manifiesta expresamente, en el apartado de "requisitos procesales" lo siguiente: "Legitimación activa: la tiene la Fiscalía del TS conforme dispone el art. 219.3 LRJS, al no existir doctrina unificada en la materia propuesta para la unificación de la doctrina".

2.- La LRJS no concede legitimación al Ministerio Fiscal para que pueda recurrir todas las sentencias dictadas en resolución de recursos de suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia siempre que no exista doctrina unificada por el Tribunal Supremo. En efecto, junto a la legitimación ordinaria prevista en el artículo 220.1 LRJS que permite el Ministerio Público preparar recurso de casación unificadora en las mismas condiciones y requisitos que las partes, especialmente la aportación de una sentencia de contraste en los términos que exige el artículo 219.1 LRJS; esta misma norma, en su apartado tercero concede una legitimación excepcional para que el Fiscal, en su función de defensa de la legalidad, de oficio o a petición de determinadas organizaciones o entidades públicas, pueda interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina.

El apartado tercero del artículo 219 LRJS, por lo que a los presentes efectos interesa, tras disponer la legitimación del Ministerio Fiscal dispone: "Dicho recurso podrá interponerse cuando, sin existir doctrina unificada en la materia de que se trate, se hayan dictado pronunciamientos distintos por los Tribunales Superiores de Justicia, en interpretación de unas mismas normas sustantivas o procesales y en circunstancias sustancialmente iguales, así como cuando se constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos o cuando las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos exigidos en el apartado 1 de este artículo".

Se trata, por tanto, de una legitimación excepcional que se vincula, estrictamente, a los supuestos que allí se prevén ( STS de 17 de septiembre de 2018, Rcd. 1521/2018) y que son los siguientes:

En primer lugar, cuando sin existir doctrina unificada en la materia de que se trate, se hayan dictado pronunciamientos distintos por los Tribunales Superiores de Justicia, en interpretación de unas mismas normas sustantivas o procesales y en circunstancias sustancialmente iguales. Del tenor literal de esta primera causa se colige la concurrencia simultánea de dos elementos o circunstancias: la inexistencia de doctrina unificada y la existencia de pronunciamientos distintos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia. En este sentido la causa es muy similar a la ordinaria prevista en el apartado 1 del propio art. 219 LJS. Sin embargo, existen sustanciales diferencias entre la redacción de esta causa y las exigencias de la contradicción que se desprenden de este último apartado. Teniendo en cuenta que esta modalidad es claramente diferente de la ordinaria, puede entenderse que los estrictos requisitos de la contradicción (hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales) no son exigibles, con el mismo rigor en esta posibilidad de unificación en defensa de la legalidad; bastaría, por tanto, una mera contradicción doctrinal en circunstancias similares.

Ahora bien, esta menor exigencia en modo alguno autoriza a obviar el requisito legal de concurrencia de "pronunciamientos distintos" que, en todo caso, habrá de acreditar quien formula el recurso. Ocurre que, en el supuesto examinado, tal carga que pesa sobre el Ministerio Fiscal de justificar la existencia de pronunciamientos contradictorios no se ha producido pues ni en el escrito de preparación ni en el de interposición se acompaña o se cita pronunciamiento alguno contrario a la sentencia que se pretende recurrir.

Conviene recordar que el Ministerio Fiscal no tiene legitimación para recurrir cualquier sentencia respecto de cuyo contenido no haya doctrina unificada y que su legitimación se circunscribe, en este primer supuesto excepcional que analizamos a la inexistencia de doctrina unificada cuando haya pronunciamientos distintos, cuestión esta última que no ha sido acreditada, ni siquiera indicada por el Fiscal. La exigencia enlaza con la función primigenia del recurso que nos ocupa que ni es un recurso en interés de ley, ni un recurso de casación ordinario, sino un recurso destinado a la unificación de la doctrina que exige, ineludiblemente, pronunciamientos distintos que en este caso no concurren.

3.- El segundo supuesto de legitimación excepcional previsto en el artículo 219.3 LRJS se refiere a "cuando se constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos".

Un correcto entendimiento de esta segunda causa debe vincularse a la existencia de materias que, en atención a sus peculiaridades, tienen dificultades objetivas para acceder a la casación unificadora, con relación a la propia materia objeto del recurso. Se trata de una circunstancia que, claramente, no concurre en el presente supuesto puesto que la materia prestacional del complemento que examinamos está siendo objeto de múltiples resoluciones de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, habiendo, incluso, esta Sala unificado doctrina con relación a diversos aspectos del complemento que nos ocupa ( SSTS -Pleno- de 30 de mayo de 2022, Rcdud. 3192/2021 y de 17 de febrero de 2022, Rcduds. 2872/2021 y 3379/2021) y teniendo pendiente otros para resolver.

4.- El tercer y último supuesto de la legitimación excepcional que analizamos lo vincula la norma al supuesto relativo a cuando las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos exigidos en el apartado 1 de este artículo. En este caso, lo que se autoriza es a que el Ministerio Fiscal pueda anticipar la unificación, sin necesidad de aguardar a que las resoluciones contradictorias concurren. La limitación consiste en que debe tratarse de procesos referidos a normas que lleven "menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia". Y, al margen de que la norma cuestionada entró en vigor el 2 de enero de 2016, y la demanda que inició las presentes actuaciones se presentó el 21 de mayo de 2021, esto es, más de cinco años después, ni en el escrito de preparación del recurso, ni en el de interposición, se indica que el recurso que se formaliza tenga fundamento alguno en esta excepcional causa.

A la Sala no se le escapa, al contrario, tiene muy presente, la incidencia que sobre la aplicación del precepto en cuestión ( artículo 60 LGSS-2015, en su redacción original) puede tener la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-450/18); no sólo en sus aspectos sustantivos, sino especialmente en los procesales que ahora nos afectan. Así, sería posible sostener que la citada sentencia del tribunal europeo podría tener un influjo decisivo sobre el plazo de cinco años a que se refiere la última posibilidad del artículo 219.3 LRJS que examinamos. Se trata, en todo caso, de una cuestión de extraordinaria importancia que podría afectar a la concurrencia o no de la legitimación del Ministerio Fiscal, pero necesariamente debería haber sido alegada por el Fiscal recurrente y sujeta a la oportuna contradicción del resto de partes personadas en el proceso. Mucho más en un supuesto como el presente en el que, de conformidad con lo previsto en el propio artículo 219.3 LRJS, se ha interesado la alteración de la situación jurídica resultante de la sentencia recurrida.

Lo que no puede hacer la Sala, ante una cuestión controvertida en los reseñados términos, es construir de oficio el fundamento de la legitimación del recurrente y tramitar un excepcional recurso como el presente por una vía que, ni ha sido invocada por la fiscalía recurrente, y que presenta razonables interrogantes sobre su aplicabilidad al presente supuesto; pudiendo afectar, además a las situaciones jurídicas derivadas de la sentencia recurrida. Si lo hiciera generaría, sin duda, indefensión al resto de partes vulnerando su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

CUARTO.- 1.- El análisis de la legitimación del Ministerio Fiscal derivado de la concurrencia de alguna de las tres causas que habilita el precepto que analizamos, ha venido siendo realizado por la Sala, con normalidad en aquellos supuestos en los que la concurrencia de los requisitos habilitantes para que el Ministerio Público pudiera activar este excepcional recurso presentaba, como en el caso presente, dudas más que razonables. Así, en la STS de 4 de octubre de 2016, Rcdud. 2323/2015, ante la alegación de la Fiscalía de que se acogía "a la posibilidad ofrecida por la norma procesal mencionada para el



caso de que no exista doctrina unificada en la materia porque la norma cuestionada es de reciente vigencia y, por ello, no existen resoluciones suficientes e idóneas para acudir a la casación unificadora de su apartado 1", la Sala examinó si concurría o no la legitimación de la Fiscalía con relación al supuesto invocado, llegando a una conclusión estimatoria. Por el contrario, en el supuesto examinado en nuestra STS de 19 de julio de 2018, Rcd. 1521/2016, ante el mismo fundamento procesal de la legitimación, la Sala examinó dicha cuestión, llegando a la conclusión contraria y desestimó la legitimación del Ministerio Fiscal por considerar que no concurrían los requisitos habilitantes que establece el artículo 219.3 LRJS.

2.- En virtud de cuanto se ha expuesto, la Sala entiende que no concurren ninguno de los presupuestos que el artículo 219.3 LRJS exige para otorgar legitimación al Ministerio Fiscal para recurrir en casación unificadora la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 3 de diciembre de 2021. Por ello, el recurso del Ministerio Fiscal debió ser inadmitido, lo que en este momento procesal se convierte en causa de desestimación. Procede, por tanto, la confirmación y declaración de firmeza de la sentencia recurrida. Sin costas en ninguno de los dos recursos.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

- 1.- Desestimar los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Carlos María , representado y asistido por la letrada Sra. Cubas Blanco, y por el Ministerio Fiscal.
- 2.- Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia dictada el 3 de diciembre de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso de suplicación núm. 757/2021, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Santander, de fecha 6 de julio de 2021, autos núm. 420/2021, que resolvió la demanda sobre Seguridad Social interpuesta por D. Carlos María , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.
- 3.- No efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

**Voto Particular, discrepante con el fallo, que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro a la sentencia del Pleno dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº. 504/2022, al que se adhieren las Excmas. Sras. Magistradas D.ª. María Luisa Segoviano Astaburuaga, D.ª. Rosa María Virolés Piñol y D.ª. Concepción Rosario Ureste García.**

De conformidad con lo establecido en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), formulo Voto Particular (VP) a la sentencia dictada por el Pleno de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el recurso de casación para la unificación de doctrina 504/2022, cumpliendo así con lo preceptuado por el artículo 203 LEC ("Cuando el ponente no se conformare con el voto de la mayoría, declinará la redacción de la resolución, debiendo formular motivadamente su voto particular").

El presente Voto Particular acepta sin reserva los Antecedentes que alberga la sentencia del Pleno y las consideraciones desestimatorias del recurso interpuesto por el trabajador. Asimismo su formulación, sobre venir exigida legalmente, parte del sincero respeto hacia los consistentes argumentos que avalan la tesis de la mayoría de integrantes de este Tribunal.

La discrepancia surge respecto del cumplimiento procesal del presupuesto que abre las puertas a la interposición del recurso de casación unificadora por parte de la Fiscalía. En esencia, considero que la lacónica referencia contenida tanto en el escrito de preparación cuanto en el formalizador del recurso debiera considerarse suficiente para entender cumplidas las exigencias de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y, en consecuencia, haber dado lugar a la fijación de la doctrina correcta sobre el tema de fondo suscitado.

En realidad, las premisas de tal disenso son las opuestas de la sentencia, y podrían condensarse en las siguientes afirmaciones, luego brevemente desarrolladas:

1º) El recurso de casación para la unificación de doctrina que contempla el artículo 219.3 LRJS no es una figura excepcional respecto del contemplado en los dos apartados anteriores, sino adicional o paralela.

2º) Los presupuestos procesales de esta modalidad casacional han de interpretarse desde el prisma de las garantías constitucionales, evitando formalismos enervantes, máxime cuando opera más como una demanda que como un remedio procesal de tercer grado.

3º) Las reglas sobre acceso al recurso, a partir de su literalidad, han de interpretarse con arreglo a la finalidad perseguida y tomando muy en cuenta el contenido de la pretensión ejercitada.

4º) La errónea adscripción a una de las tres posibilidades de acceso al recurso que contempla el art. 219.3 LRJS no debe impedir su reconducción a la correcta, si es que concurre.

5º) En el presente caso el recurso del Ministerio Fiscal versa sobre el alcance de una norma vigente a partir de enero de 2016 pero seriamente afectada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ( STJUE) de 12 diciembre 2019 (C-450/18). Asimismo el recurso del Ministerio Fiscal argumenta sobre la repercusión del Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, para resolver la cuestión suscitada.

A la vista de todo ello, debiera considerarse subsumido el supuesto en la tercera posibilidad que abre el legislador al Ministerio Fiscal: la de interponer un recurso de casación unificadora "cuando las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos exigidos en el apartado 1 de este artículo".

Elementales razones de transparencia judicial y de respeto hacia la posición mayoritaria aconsejan un sumario desarrollo de tales líneas argumentales.

PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.

Se plantean dos cuestiones respecto del (derogado) complemento de pensión por maternidad. Una sobre si puede ser disfrutado de forma simultánea por los dos progenitores de los descendientes (recurso del Ministerio Fiscal) y otra sobre los efectos temporales del complemento (recurso del trabajador).

Nada ha de decir este VP respecto del recurso del trabajador, por estar completamente de acuerdo con la tesis acogida, de forma unánime, por la Sala.

Respecto del recurso formalizado por la Fiscalía, pese a radicar la discrepancia en el aspecto procesal adelantado, su recta comprensión aconseja la identificación de los datos relevantes del caso.

1. Hechos relevantes.



A) Mediante Resolución de 23 de septiembre de 2016 y efectos del día 11 del mismo mes, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconoce al trabajador una pensión de jubilación contributiva (en cuantía equivalente al 100% de una base reguladora de 1.740,04 € mensuales).

B) Asimismo, con efectos de 3 de septiembre de 2019 el INSS reconoce pensión de jubilación en favor de la esposa del mencionado trabajador (en cuantía equivalente al 72,68% de una base reguladora de 884,47 €), incorporando a la misma un complemento de maternidad del 5%.

B) El 31 de marzo de 2021 el pensionista interesa la revisión de su expediente, alegando que no se ha tenido en cuenta el cómputo de sus tres hijos a efectos del complemento de maternidad.

C) Las dos personas mencionadas han tenido en común dos descendientes (con fechas de nacimiento en 1976); asimismo consta que (en 1975) la mujer alumbró un feto muerto.

## 2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Mediante su sentencia 272/2021 de 6 de julio el Juzgado de lo Social nº. 4 de Santander estima parcialmente la demanda: reconoce el complemento en relación a dos hijos y fija los efectos económicos desde los tres meses anteriores a la reclamación. Recordemos sus núcleos básicos.

Descarta la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario (opuesta por el INSS), poniendo de relieve que estamos ante un derecho individual de cada uno de los dos progenitores, siendo improcedente que debiera haberse demandado a la esposa.

Pone de relieve tanto el tenor de la norma aplicable (la redacción anterior al RDL 3/2021) cuanto el alcance de la STJUE 12 diciembre 2019 (C-450/18) sobre existencia de una discriminación directa por razón de sexo. Concluye que reuniendo el demandante las condiciones de pensionista y padre de (al menos) dos hijos debe reconocérsele el complemento pues así lo exigen las normas de la UE aplicadas por la citada sentencia del Tribunal de Luxemburgo.

Concreta el porcentaje de complemento aplicable en el correspondiente a quien tiene dos hijos, puesto que "ninguna prueba se ha acompañado de que el feto hubiera nacido con vida, con independencia del número de horas".

B) Las partes litigantes interpusieron recursos de suplicación frente a la sentencia de instancia. El INSS reiterando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, así como postulando que estamos ante un complemento solo para mujeres. El actor solicitando la subida del porcentaje del complemento por el hijo muerto y la fijación de su fecha de efectos coincidiendo con la de la pensión de jubilación.

C) Tales recursos dieron lugar a la STSJ Cantabria 826/2021 de 3 diciembre (rec. 757/2021). Recordemos sus cuatro núcleos principales.

1º) Descarta que exista litisconsorcio pasivo necesario, pues el complemento puede ser reconocido por separado a los dos progenitores, sin que exista incompatibilidad entre ellos.

2º) Considera posible el reconocimiento del complemento establecido en el art. 60 LGSS/2015 a ambos progenitores, porque lo contrario - negárselo a la mujer para concedérselo al hombre - frustraría la finalidad de la ley de salvar la discriminación de género que se añade a la de premiar la aportación demográfica en el caso de la mujer.

3º) Acuerda que debe aumentarse al 10% el porcentaje del complemento por el hijo muerto.

4º) Confirma que la fecha de efectos del complemento litigioso no puede alcanzar más allá de los tres meses anteriores a su solicitud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 53.1 LGSS/2015.

## 3. Recurso de casación unificadora del Ministerio Fiscal.

Con fecha 10 de marzo de 2022 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta activa la facultad contemplada en el artículo 219.3 LRJS y formaliza su recurso de casación unificadora, en términos reiterados por su posterior escrito de 20 junio 2022.

Interesa que la Sala resuelva si un progenitor tiene o no derecho a lucrar el complemento de pensión por aportación demográfica, cuando el mismo también es percibido por el otro progenitor.

Haciendo abstracción del género del peticionario, argumenta que lo que se debate en la sentencia impugnada es la unidad o duplicidad del complemento en cuestión, y que su resolución no compromete el derecho a la igualdad porque se trata de un tema cuantitativo de abono por duplicado de la misma prestación, defendiendo la unicidad de la misma sobre la base de su finalidad que es la contribución demográfica, y esta es única, por lo que sólo debe concederse a uno de los progenitores.

Expone que la redacción del precepto se mantuvo en los términos iniciales hasta su cambio mediante RDL 3/2021 que, a su vez, deriva de los términos de la STJUE 12 diciembre 2019.

El recurso interesa la casación de la sentencia y desestimación de la demanda porque así lo exige la correcta interpretación de la doctrina acuñada por el TJUE. El doble reconocimiento del complemento de maternidad se aparta de la finalidad que pretende proteger el artículo 60 LGSS en cualquiera de sus redacciones. El legislador ha establecido este complemento solo en favor de los progenitores pues en ninguno de los complementos el bien jurídico protegido es la maternidad, la paternidad o la adopción, sino que se pretende compensar, de una parte, el perjuicio que la efectiva dedicación a la familia conlleva en la propia proyección profesional que repercute en la carrera de cotización, y de otra y marcadamente en la redacción de la norma por la Ley 48/2015

-la aplicable al caso-, contribuir a la existencia de futuros nuevos cotizantes a cuyo propósito responde la reveladora denominación del complemento como de "aportación demográfica".

SEGUNDO. El examen de los presupuestos procesales del recurso

1. Presupuestos procesales del recurso.

El artículo 219.3 LRJS dispone que el Ministerio Fiscal, en su función de defensa de la legalidad, puede interponer este recurso. Tal y como precisa la STS 788/2018 de 19 julio (rcud. 1521/2016), del texto del precepto se desprende que el recurso de casación unificadora está diseñado para ser planteado por el Ministerio Fiscal exclusivamente en tres supuestos: a) cuando no haya doctrina unificada pese a la existencia de sentencias contradictorias de los Tribunales Superiores de Justicia; b) cuando se constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a la unificación de doctrina; o c) cuando tal doctrina sea inexistente porque todavía no ha podido suscitarse la contradicción debido a la juventud de la norma a interpretar.

2. Vía invocada por el Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal ha optado por invocar el supuesto de "ausencia de doctrina unificada en la materia propuesta". Lo que sucede es que la LRJS no configura ese supuesto como suficiente para abrir la legitimación examinada, sino que añade otro requisito (existencia de sentencias con pronunciamientos distintos). En concreto, la legitimación surge cuando "sin existir doctrina unificada en la materia de que se trate, se hayan dictado pronunciamientos distintos por los Tribunales Superiores de Justicia, en interpretación de unas mismas normas sustantivas o procesales y en circunstancias sustancialmente iguales".

Y lo cierto es que ni en el recurso ni en las actuaciones procesales encontramos mencionada una sola sentencia de TSJ que albergue un pronunciamiento distinto acerca de la cuestión suscitada. Las únicas sentencias alternativas invocadas son del propio TSJ de Cantabria y coinciden en la doctrina acuñada.

Coincido con la mayoría de la Sala en que no concurre esta hipótesis, al menos en la apreciación procesal que es propia en orden al conocimiento de esos "pronunciamientos distintos" a los que alude el legislador. Un legislador que, digámoslo también, quizá no ha plasmado en el texto articulado su deseo de introducir un recurso " que puede interponerse por el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad y sin necesidad de que concurra el presupuesto de contradicción de sentencias", al menos en los términos en literales de la primera apertura del precepto.

### 3. Posible reconducción de la vía pertinente.

La sentencia de que discrepo accede a la conclusión reseñada (que comparto): el Ministerio Fiscal está activando erróneamente el recurso de casación unificadora y despliega diversos argumentos que avalan la consecuencia desfavorable para su admisión (desestimación en esta fase procesal).

Este VP, sin embargo, entiende que el recurso sí debiera haberse examinado en el fondo, porque resulta admisible a tenor de las siguientes consideraciones.

#### A) Interpretación no formalista de las normas procesales.

Siempre que está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales vienen obligados a no realizar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales, permitiendo incluso la subsanación de los defectos no esenciales en que haya podido incurrir la parte. Al mismo tiempo, es claro que los requisitos establecidos por las normas procesales cumplen un importante papel para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho.

Esa tensión entre flexibilidad y cumplimiento de lo importante se proyecta de modo específico cuando hay que examinar la concurrencia de los requisitos de un recurso de casación. Por un lado, surge la necesidad de cumplir las exigencias procesales de los recursos. El principio pro actione no opera con igual intensidad en el acceso al recurso que en el acceso a la jurisdicción ( STC 37/1995) pues el acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación ( SSTC 211/1996 y 258/2000).

Por otra parte, claro está, opera la proyección antiformalista de la tutela judicial, como recalcan las SSTC 3/1983, 113/1988, 4/1995 y 135/1998, entre otras muchas. No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano; por todas, véanse las SSTC 18/1993, 37/1995, 135/1998 y 163/1999.

#### B) La singular casación del artículo 219.3 LRJS y su interpretación

Resulta innegable que respecto de la casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal. Ahora bien, es preciso distinguir entre el rigor formal, que viene exigido o, cuando menos, justificado, por la naturaleza del mismo recurso, y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal ( STC 17/1985).

Asimismo, la vía que el artículo 219.3 LRJS es sumamente singular, hasta el extremo que para el Ministerio Fiscal representa más una demanda que un recurso ante el tercer grado de la jurisdicción. Reparemos en que el precepto de referencia le atribuye esta competencia "en su función de defensa de la legalidad" y que la admite "con independencia de la facultad que ordinariamente tiene atribuida conforme al artículo siguiente de esta Ley".

Esta específica ontología concuerda con las numerosas diferencias que cabe observar con el recurso de casación unificadora general respecto de la tramitación, necesidad de sentencia de contraste, efectos de la sentencia, etc.

Por lo tanto, del mismo modo que venimos admitiendo que el error en la invocación de un concreto motivo o apertura del artículo 207 LRJS no puede comportar la consecuencia tan drástica (por formalista) de abocar al fracaso de la casación, debiera admitirse la posibilidad de subsumir la pretensión del Ministerio Fiscal en uno de los tres supuestos contemplados por el legislador para permitir esta "defensa de la legalidad".

Porque, lejos de estar ante una norma excepcional que haya que interpretar con criterios especialmente exigentes, nos encontramos ante una categoría procesal singular (que es algo distinto), ante "una modalidad" (Exposición de Motivos LRJS). Dicho de otro modo: está en juego el acceso a la jurisdicción en su faceta de defensa de la legalidad; que sea el Ministerio Fiscal quien activa esta posibilidad no significa que haya que abandonar la contemplación del supuesto desde los parámetros habituales de tutela ya recordados. Estamos ante una clase de remedio procesal que puede interponerse por el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad.

Por tanto, la recta intelección de la causa por la que la Fiscalía interpone su recurso debe comportar una acción del tribunal (esta Sala Cuarta) análoga a la del artículo 102 LRJS cuando pide que "si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes".

TERCERO.- Tipicidad de la vía de recurso activada.

A) Reconducción del supuesto a la tercera posibilidad del artículo 219.3 LRJS

Puesto que el examen de los presupuestos procesales del recurso se erige como una cuestión de orden público y debemos abordarla de la manera flexible recién mencionada, a la vista de los datos traídos al mismo debemos valorar si realmente concurren, al margen de que se hayan activado de uno u otro modo. Como hemos adelantado, la LRJS permite que el Ministerio Fiscal interponga este recurso "cuando las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos exigidos en el apartado 1 de este artículo".

B) Normas cuestionadas.

La norma específica cuyo alcance debatimos entró en vigor a principio de 2016; el trabajador solicita y obtiene su pensión de jubilación apenas unos meses después (septiembre 2016) e interesa su revisión en marzo de 2021. La referencia a la "primera instancia" (pese a que "los Juzgados de lo Social se configuran como órganos de acceso a la prestación jurisdiccional en primera y única instancia", como dijera la LBPL), la peculiaridad de los procedimientos en materia de Seguridad Social (debe agotarse "la vía administrativa correspondiente" dice el art. 140.1 LRJS) y que se haya pedido la retroacción de los efectos de lo reclamado, a fin de que aparezca como una "revisión de expediente" son datos que deben tenerse en cuenta a la hora de decidir si concurre la hipótesis legalmente diseñada.

Nuestra citada STS 788/2018 de 19 julio (rcud. 1521/2016) optó por realizar un entendimiento material (que no formal) de la norma en estudio. Por eso descartó que pudiera considerarse como nueva una regulación acogida en un texto refundido, pero que reiteraba lo dicho por sus predecesoras. Esa misma perspectiva es la que ahora debe aplicarse, bien que para abocar a un resultado diverso.

Porque lo que realmente se está discutiendo es el alcance que posea la STJUE 12 diciembre 2019 (C-450/18) sobre el artículo 60 LGSS. Sin necesidad de entrar ahora en el debate (suscitado por el Ministerio Fiscal) sobre la naturaleza de las sentencias del Tribunal de Luxemburgo que consideran opuesta al Derecho de la UE determinada norma nacional, lo cierto es que la cuestión planteada se acomoda bien con la finalidad atribuible al art. 219.3 LRJS: permitir a este Tribunal desarrollar su función constitucional ( arts. 123.1 y 152.1.II CE) con prontitud, a fin de evitar tanto la excesiva litigiosidad cuanto la heterogeneidad interpretativa.

La LRJS se refiere a normas "de reciente vigencia o aplicación" pero luego se centra solo en el aspecto primero (que lleven menos de cinco años en vigor). Es la combinación de esa referencia a la esfera aplicativa y a la incidencia de la STJUE declarando discriminatoria la exclusión de los varones en el artículo 60 LGSS la que desemboca en lo adelantado: a partir de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo se abre el debate acerca de la aplicación de una norma que formalmente no es nueva pero materialmente ha pasado a tener un contenido diverso.

Es bastante probable que si al legislador se le hubiera planteado el supuesto ahora analizado lo hubiera mencionado de manera expresa, pues resulta del todo asimilable con los expresamente diseñados. La Exposición de Motivos de la LRJS explica que "amplía el ámbito del recurso de casación para la unificación de doctrina, facultando al Ministerio Fiscal para su planteamiento a instancia de asociaciones empresariales o sindicales y entidades públicas, ampliando, de esta forma, el ámbito de las materias que podrán ser objeto de una rápida unificación doctrinal en casación". Una interpretación favorable a esa rápida unificación es la que aquí se sostiene.

Todo ello, por descontado, sin argumentar (tampoco lo hace el recurso) sobre la eventual incidencia que la posterior regulación del RDL 3/2021 posee sobre la cuestión.

C) Afectación a la situación de las partes.

Una línea argumental desarrollada, con éxito, en el debate plenario viene a vetar la flexible interpretación postulada por este VP aduciendo que está en juego la afectación de los derechos que poseen las partes procesales y que debe evitarse su indefensión.

Este VP suscribe, por descontado, la necesidad de respetar las garantías procesales de quienes han litigado. A este respecto conviene hacer un par de matizaciones: 1º) A lo largo de la tramitación las partes han tenido la oportunidad de intervenir y de manifestar su posición. 2º) No puede haber indefensión por el hecho de que se apliquen las consecuencias previstas legalmente para la estimación de un recurso. 3º) La regulación del art. 219.3 LRJS respecto de esta cuestión es lo bastante ambigua como para que pueda pensarse que solo si las partes (no solo una de ellas) lo interesan se altere su posición jurídica como consecuencia del recurso de la Fiscalía ("En defecto de solicitud de parte o en el caso de que las partes no hayan recurrido, la sentencia respetará la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida").

CUARTO.- Admisión del recurso.

A la vista de cuanto antecede, este VP entiende que, pese a su deficiencia formal, el recurso de casación unificador formulado por parte del Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, cumple con las exigencias legales y debiera haberse examinado en el fondo.

Al cabo, se trata de realizar una interpretación de los presupuestos procesales que respete la literalidad de la norma, pero la atempere a las garantías constitucionales, a la finalidad de la institución y a la singularidad que poseen las sentencias constitucionales o eurocomunitarias con trascendencia normativa. Algo similar a lo que nos ha llevado a admitir la existencia de una contradicción "a fortiori", a fiscalizar la identidad de los temas procesales solo en la dimensión adjetiva (prescindiendo de la sustantiva), o a admitir que convenios colectivos diversos puedan

compararse si la esencia de su contenido concuerda; todo ello, claro, respecto de la modalidad casacional del artículo 219.1 LRJS, de contornos distintos pero no menos exigentes que los del artículo 219.3 LRJS.

Finalmente, este VP desea reiterar no solo el respeto y consideración hacia los argumentos adversos sino también la gratitud hacia la mayoría de la Sala, por la reciprocidad de tales sentimientos y el continuado esfuerzo en el cumplimiento de nuestra misión jurisdiccional.