

Procede la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales para ejercitar una pretensión de condena al INSS del abono del complemento de maternidad a un hombre

El TS confirma la sentencia que consideró que la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales es adecuada para ejercitar la pretensión de condena del INSS del abono del complemento de maternidad a un varón. Declara la Sala que, conforme a la doctrina, si concurre la vulneración de un derecho fundamental reclamada resulta posible y pertinente entrar a examinar las cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas a ella.

Lo decisivo a efectos de la adecuación del procedimiento, no es que la pretensión deducida esté correctamente fundada y deba ser estimada, sino que formalmente se sustancie como una pretensión de tutela, esto es, que se afirme por el demandante la existencia de una vulneración de un derecho fundamental. Concluye el Tribunal que cuando el beneficiario de prestaciones de Seguridad Social considera que la resolución de la Entidad Gestora lo discrimina puede canalizar su acción procesal a través de la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Así procede en el caso del varón jubilado bajo la vigencia del art. 60 de la LGSS antes de su modificación por el RDL 3/2021, precepto que disciplina el complemento de maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social y que el TJUE consideró incompatible con el Derecho de la Unión Europea al introducir una discriminación directa en los varones.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia 540/2023, de 19 de julio de 2023

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 3106/2022

Ponente Excmo. Sr. ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

En Madrid, a 19 de julio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, representados y defendidos por la Letrada Sra. Madrid Yague, contra la sentencia n.º 371/2022 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de abril, en el recurso de suplicación n.º 108/2022, interpuesto frente a la sentencia n.º 316/2021 de 20 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 20 de Madrid, en los autos n.º 514/2021, seguidos a instancia de D. Candido contra dichos recurrentes, sobre derechos fundamentales.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Candido, representado y defendido por el Letrado Sr. Gil-Gibernau Mariné.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de octubre de 2021, el Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimo la excepción procesal de inadecuación de procedimiento sin entrar a conocer del fondo del asunto, desestimando la demanda planteada por D. Candido contra TGSS e INSS".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

"1.º.- D. Candido, solicitó el 5/12/2020 prestación de jubilación, que le fue reconocida con fecha de efectos 14/9/2018, con base reguladora de 1314,46 euros y porcentaje del 94,68% (hechos no controvertidos).

2.º.- La cónyuge del demandante, tiene reconocida pensión de jubilación con efectos de 1/11/2020, con base reguladora de 1404,56 euros, porcentaje de 85,37% y complemento de maternidad de 120,99 euros (hechos no controvertidos).

3.º.- Tras solicitud del demandante, se dictó resolución administrativa por la que se denegaba el complemento de maternidad. Interpuesta reclamación administrativa previa el 15/12/2020 la misma fue desestimada por resolución de 20 de enero de 2021 (folios 90 SS de autos que se reproducen).

4.º.- El actor tiene dos hijos. (Según libro de familia obrante al expediente administrativo)".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 22 de abril de 2022, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Candido contra sentencia del Juzgado de lo Social n.º 20 de los de Madrid de 21 de octubre de 2021, dictada en sus autos n.º 514/2021, en virtud de demanda deducida por el recurrente frente al INSS y TGSS, y acordamos declarar la nulidad de la sentencia, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior, a fin de que se dicte otra en la que, salvando la excepción de inadecuación de procedimiento, resuelva sobre el fondo del asunto dando respuesta a todas las cuestiones planteadas. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Madrid Yague, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, mediante escrito de 7 de junio de 2022, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de febrero de 2022 (rec. 906/2021). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 178, 26.6 y 102 LRJS.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 26 de enero de 2023 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Habiendo transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para la impugnación del recurso sin haberlo verificado, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.

Se discute ahora si la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales es adecuada para ejercitar la pretensión de condena al INSS del abono del complemento de maternidad a un varón.

1. Datos relevantes.

La cuestión suscitada posee estricta dimensión procesal, por lo que no son necesarios demasiados datos para comprender su alcance.

Con fecha 20 de diciembre de 2020 el actor solicitó pensión de jubilación. Su esposa tiene reconocida su pensión (del mismo tipo) con efectos noviembre de 2020.

Mediante Resolución de 20 de enero de 2021 el INSS desestima la reclamación previa interesada por el actor respecto de su derecho a percibir complemento por maternidad.

El 26 de abril de 2021 el actor presentó demanda en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales frente al INSS y TGSS en la que solicitaba se le reconociera el complemento de maternidad en la pensión de jubilación a razón del 10% de la misma y efectos desde la resolución de la pensión, o, subsidiariamente, desde los tres meses antes de la fecha de presentación de la solicitud al INSS, condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración, con abono de atrasos e intereses desde tal fecha y con todo cuanto más proceda en Derecho.

La demanda pide no solo que se condene al pago de la prestación sino que se declare que ha habido una discriminación y que se condene al INSS a su cese inmediato.

2. Sentencias dictadas en el procedimiento.

A) Mediante su sentencia 316/2021 el Juzgado de lo Social número 20 de Madrid estima la excepción procesal de inadecuación de procedimiento. Sin entrar a conocer del asunto desestima la demanda planteada.

Nota que el actor ejerce una acción de tutela de derechos fundamentales, porque considera que el no haberle reconocido el complemento de pensión contemplado en el artículo 60 de la LGSS surge una discriminación legal hacia los hombres.

La sentencia repasa las previsiones pertinentes de la LRJS (en especial artículos 26.6 y 177) así como de la LGSS (artículo 140.1). Considera que la petición no es subsumible en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, sino en una reclamación en materia de Seguridad Social. Así se desprende de lo previsto en el artículo 26.6 LRJS. En concordancia, entiende que no cabe reconducir el procedimiento porque el de tutela es una modalidad procesal especial de cognición limitada.

Por último, subraya que en ningún caso puede hablarse de actuación discriminatoria por parte del INSS pues se limitó a aplicar la norma considerada discriminatoria. Eso comporta que no se podría condenar a dicha entidad por vulnerar por vulnerar derecho fundamental alguno del actor.

B) Mediante su sentencia 371/2022 de 22 abril la Sección Primera de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid estima el recurso del demandante y declara la nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado. Por tanto, manda retrotraer las actuaciones al momento de dictarse sentencia para que, salvando la excepción de inadecuación del procedimiento, se resuelva el fondo del asunto, dando respuesta a todas las cuestiones planteadas.

Razona que la demanda alega la vulneración (por el INSS) del derecho fundamental del demandante a la igualdad, por suponer una discriminación por razón de sexo con infracción del artículo 14 de la CE, lo que es perfectamente coherente con la articulación de la pretensión a través de la modalidad procesal de vulneración de derechos fundamentales en aplicación del artículo 177 LRJS. Si hubiera optado el actor por ejercitar su acción a través del proceso de Seguridad Social nada habría impedido (art. 26.6 y 140.1 LRJS) que en ese procedimiento, se pudiera haber hecho valer la vulneración de derechos fundamentales pues el procedimiento de vulneración, pese a ser de cognición limitada (conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública ex art. 178.1 LRJS), no impide entrar a analizar, una vez constatada la vulneración del derecho fundamental, aquellas otras cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas a ella.

Una cosa es que el objeto de este proceso especial esté limitado a la verificación de si ha existido o no vulneración del correspondiente derecho fundamental y otra que no se puedan examinar las consecuencias y derivaciones que vayan indisolublemente unidas a aquella cuestión principal (STS 17 febrero 2021, rec. 129/2020) una vez se aprecia la lesión del derecho fundamental. Diferente hubiera

sido que la vulneración del derecho fundamental no se hubiera producido pues en ese caso no sería posible examinar las cuestiones de legalidad ordinaria.

3. Recurso de casación y escritos concordantes.

A) Mediante escrito fechado el 6 de junio de 2022. La Letrada de la administración de la Seguridad Social formaliza el recurso de casación unificadora que ahora resolvemos.

Previa indicación de la sentencia señalada a efectos de contraste, precisa que se trata de determinar si al reclamar el complemento de maternidad un varón (pensionista y con dos hijos), al amparo del artículo 60 LGSS según redacción vigente durante el año 2020 y tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019, ha de seguirse la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales (artículo 177 LRJS) o si se ha de acudir al procedimiento en materia de Seguridad Social. (artículo 140 LRJS).

B) Aunque se personó ante esta Sala Cuarta, el pensionista recurrido no ha formalizado oposición al recurso de referencia.

C) A través de escrito fechado el 20 de abril de 2023 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el art. 226.3 LRJS.

Considera acertada la doctrina acuñada por la sentencia recurrida. precisamente por las razones que la misma expone. Además, resulta concordante con la doctrina constitucional de STC 31/1984.

SEGUNDO.- Examen del marco jurídico aplicable.

Aun antes de examinar la concurrencia del presupuesto procesal de la contradicción, en el presente caso resulta aconsejable examinar con detalle las principales normas que confluyen sobre el problema, pues de ello depende tanto el resultado a que lleguemos en tal operación cuanto la respuesta al dilema suscitado.

1. El complemento de pensión reclamado.

El art. 60. LGSS, en la redacción aplicable al caso, disciplina el "Complemento de maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social": Su texto es el siguiente:

"Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.

Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala...".

2. La STJUE 12 diciembre 2019 (C-450/2018).

La STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/2018) respondió a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Girona, declarando que el art. 60.1 de la LGSS (en la redacción aplicable al caso) es incompatible con el Derecho de la Unión Europea al introducir una discriminación directa en los varones. Correlativamente concluye que la decisión adoptada por el INSS vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo del actor "por lo que resulta procedente, tal y como hizo la Juzgadora de instancia, reconocer al demandante el derecho reclamado de percibir el complemento de paternidad/maternidad reponiendo así al demandante en la integridad de su derecho a la igualdad que había sido cercenado."

En el Diario Oficial de la Unión Europea de 17 febrero 2020 aparece su fallo: "La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de

trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión".

El contenido de ese precepto, que excluía a los padres varones pensionistas de la percepción del complemento, se declaró constitutivo de una discriminación directa por razón de sexo y contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19.12.1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, Directiva que estableció que el principio de igualdad de trato implica la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, así como la indicación a los Estados miembros para que adopten las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

3. Interpretación conforme de esta Sala.

En SSTS (Pleno) de fecha 17 de febrero de 2022, rcud 2872/2021 y 3379/2021, seguidas por otras posteriores, dijimos que la exégesis de los órganos judiciales nacionales debía de ser compatible con los propósitos perseguidos por la Directiva, de forma que el precepto que había sido objeto de análisis e interpretación debería ser aplicado de conformidad con su finalidad a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se hubiere pronunciado la sentencia que dilucida la petición de interpretación si, además, se cumplían los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma.

4. Modificación del artículo 60 LGSS mediante RDL 3/2021.

El RDL 3/2021, de 2 de febrero, que adopta medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, redefine y modifica el contenido del art. 60, que pasa a denominarse "Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género".

Pero el nuevo texto no se proyecta sobre las pretensiones articuladas en la presente *litis*. La Disposición Adicional Primera llega a establecer de forma expresa que el complemento para la reducción la brecha de género introducido en ese art. 60 (y en la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado), se reconocerá a las pensiones causadas a partir de su entrada en vigor, que tuvo lugar al día siguiente de la publicación en el BOE, pero sin prever situaciones transitorias.

Su interpretación aboca a considerar que la norma mantenía la dicción precedente hasta la vigencia del texto que la sustituye, obligando en consecuencia a la Entidad Gestora a la correlativa aplicación en los supuestos de hecho causados en el periodo o lapso anterior, y así al que ahora nos ocupa.

En ese sentido, baste recordar que el Instituto Nacional de la Seguridad Social, -cuya resolución denegatoria del complemento cuestionado se sitúa por el demandante como origen de la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo está adscrito al Ministerio de Empleo y de Seguridad Social, y entre las competencias que la Ley le asigna no figuran las de naturaleza normativa.

5. Competencias del INSS.

El art. 66 LGSS califica al INSS como entidad gestora, atribuyéndole la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social; tiene naturaleza de entidad de derecho público y capacidad jurídica para el cumplimiento de los fines que le están encomendados (art. 68).

Por su parte, el RD 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del INSS y de modificación parcial de la Tesorería General de la Seguridad Social, relacionaba dichas competencias y las especificaciones que desglosa su art. 1, además de fijar la adscripción ya indicada. El art. 7 del mismo texto, al regular las competencias de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, precisó los puntos que guardan alguna conexión con las funciones de índole normativo, y que son los que siguen:

"1. La emisión de informes jurídicos sobre normas y proyectos de ámbito nacional e internacional con incidencia en la entidad, así como la tramitación y la resolución de consultas.

2. La colaboración con el departamento en la elaboración de las disposiciones de la Seguridad Social, y en la formulación de los criterios interpretativos así como el registro y control de legalidad de las disposiciones de carácter interno.

3. La elaboración de proyectos normativos en materia de competencia de la Dirección General. 4. La organización, tramitación y control de los expedientes de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios del Instituto Nacional de la Seguridad Social. (...)"

6. Previsiones procesales.

El art. 26 LRJS, sobre supuestos especiales de acumulación de acciones, dispone (punto 6) que "No serán acumulables entre sí las reclamaciones en materia de Seguridad Social, salvo cuando tengan la misma causa de pedir y salvo la posibilidad de alegar la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el apartado 1 del artículo 140".

El remitido art. 140.1 LRJS se pronuncia en los siguientes términos: "En las demandas formuladas en materia de prestaciones de Seguridad Social contra organismos gestores y entidades colaboradoras en la gestión se acreditará haber agotado la vía administrativa correspondiente, incluidas aquellas en las que se haya acumulado la alegación de la lesión de un derecho fundamental o libertad pública y salvo que se opte por ejercitar exclusivamente esta última mediante la modalidad procesal de tutela".

Cerrando la regulación del Capítulo referido a la modalidad procesal "De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas", el artículo 184 LRJS relaciona las "Demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente":

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 178, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva.

7. La STS (Pleno) 361/2023 de 17 mayo (rcud. 2222/2022).

Especial relieve a nuestros efectos posee la STS (Pleno) 361/2023 de 17 mayo (rcud. 2222/2022), que responde negativamente al interrogante de si debe reconocerse indemnización por daños morales por la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo al denegarse por el

INSS, al progenitor varón, el complemento de maternidad del art. 60 LGSS, tras la interpretación efectuada por la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto 450/18).

Afirma que la resolución denegatoria dictada por el INSS vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo del actor. Por lo que procede reconocerle el derecho a percibir el complemento de reclamado, reponiéndolo así en la integridad de su derecho a la igualdad: La reparación correspondiente a la quiebra del derecho de igualdad de la parte actora derivada de la denegación del complemento de maternidad por aportación demográfica ha de consistir, en consecuencia, en una retroacción de la fecha de efectos del reconocimiento del complemento al momento inicialmente fijado para el abono de la prestación de jubilación contributiva. Es decir, estribará en el restablecimiento del derecho al complemento de maternidad al tiempo del hecho causante.

No es ante el Juzgado de lo Social (por una u otra modalidad procesal) como debe reclamarse la reparación del eventual daño padecido, más allá del devengo del complemento en cuestión, sino que "La eventual responsabilidad en el mantenimiento en ese lapso del contenido de la norma por quien tiene la potestad legislativa y su aplicación correlativa por entes que tienen encomendadas funciones de gestión no pueden dilucidarse en el presente procedimiento. De forma tangencial, en los pronunciamientos del Pleno de 17 de febrero de 2022 efectuamos una referencia al art. 32 de la Ley 40/2015 -si bien a su apartado 6, en la remisión que opera a la publicación en el DOUE-, ley atinente al "Régimen Jurídico del Sector Público", precepto insertado en la rúbrica sobre los Principios de la responsabilidad, responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que pudiere aparejar el derecho al percibo de la indemnización habilitada por el art. 106 CE".

TERCERO.- Análisis de la contradicción.

1. Premisa.

Por constituir un requisito de orden público procesal, aunque no se haya cuestionado por la Fiscalía, debemos examinar la concurrencia de la contradicción ente las sentencias comparadas por el recurrente.

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. Sentencia referencial.

A efectos comparativos el recurso señala la STSJ Madrid (Sección 3.ª) de 2 de febrero de 2022 (rec. 906/2021) que desestimó el recurso del demandante y confirmó la sentencia de instancia que había acogido la excepción de inadecuación del procedimiento de derechos fundamentales para el enjuiciamiento de una pretensión de condena al INSS al abono del complemento de maternidad a un varón.

La Magistrada de instancia, en el acto de juicio, advirtió al demandante de que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales no era el adecuado y podía reconvertirse, a pesar de lo cual el demandante persistió en la modalidad procesal, así como que en el acto de juicio se concretó la petición en que se dicte "*sentencia por la que se declare la vulneración de su derecho fundamental y ceses de la conducta y la declaración del derecho al complemento de maternidad*".

La Sala, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 26.6 LRJS estima que cuando se plantea un procedimiento de derechos fundamentales no puede acumularse la petición de que se abone el complemento, por entender que en la modalidad elegida solo puede declararse si existe la vulneración, pero no condenar al abono de la prestación de seguridad social. Por otra parte, estima que, dado que el demandante insistió en persistir en la modalidad elegida, a pesar de las advertencias de la magistrada de instancia, no resulta de aplicación el artículo 102 LRJS que establece que, advertida la inadecuación del procedimiento, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda.

3. Contradicción concurrente.

De la lectura de las sentencias en contraste, ambas dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se deduce la existencia de identidad, pues en ambas se aborda la excepción de inadecuación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en casos en los que, a la solicitud de declaración de vulneración de derechos fundamentales por haberse denegado al varón el complemento de maternidad, se añadía la petición de condena al INSS al abono del citado complemento, siendo así que ambas sentencias resuelven la cuestión debatida en sentido contradictorio.

CUARTO.- Determinación del procedimiento adecuado.

Son varias las razones por las que consideramos que la sentencia recurrida alberga la buena doctrina al admitir que el cauce específico para la tutela de derechos fundamentales pudo utilizarse legítimamente en el caso.

1. Argumentación de la STS (Pleno) 361/2023 de 17 mayo (rcud. 2222/2022).

La ya citada STS (Pleno) 361/2023 de 17 mayo (rcud. 2222/2022) contiene diversas argumentaciones de clara repercusión para resolver el problema ahora suscitado, colateral del que allí se planteó.

Las sentencias comparadas en tal ocasión aluden a pensionistas de jubilación que solicitan el complemento de maternidad del art. 60 LGSS y el INSS lo deniega; recurren judicialmente tanto el complemento como la petición de indemnización por daños. Si bien en la recurrida en un sólo proceso se acumula y se permite judicialmente reclamar el complemento del art. 60 LGSS y la indemnización, en la sentencia de contraste se exige judicialmente desacumular acciones para la reclamación de tutela del derecho fundamental por discriminación por razón de sexo por separado del derecho al reconocimiento del complemento del art. 60 LGSS. Sin embargo, la sentencia recurrida, apreciando la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo por denegarse el complemento de maternidad al padre varón por el INSS, al no acreditarse daños y perjuicios por la parte, razona que "sin que pueda entenderse de todas las vulneraciones de derechos fundamentales se derive un daño indemnizable" y que se ha producido el restablecimiento del derecho desde el mismo momento del hecho causante. Mientras que la sentencia de contraste, estimada la vulneración del derecho fundamental al haberse aplicado un criterio discriminatorio a los actores -negativa del complemento por el INSS-, obligándoles a emprender acciones legales, argumenta "que produce por sí mismo un daño moral que debe ser reparado". Los fallos se evidencian divergentes y deviene precisa la unificación de doctrina.

En tal ocasión hemos entendido que "No obstaculiza la conclusión de concurrencia de la necesaria contradicción el cauce o modalidad por el que se peticiona el reconocimiento de indemnización por la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo".

2. Interpretación *pro actione*.

La STS 369/2023 de 23 mayo (rec. 3/2021) ha recordado, una vez más, cómo 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.

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. Dicho de otro modo: los requisitos procesales que condicionan el acceso a los recursos legalmente establecidos han de ser interpretados a la luz del derecho fundamental del artículo 24.1 y "en el sentido más favorable a su efectividad, de modo que tales requisitos no se conviertan en meras trabas formales o en exigencias que supongan un obstáculo injustificado" (SSTC 5/1988, de 21 de enero, y 176/1990, de 12 de noviembre).

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).

3. Posibilidad de invocar derechos fundamentales en la reclamación de Seguridad Social.

El actor ha activado la modalidad de tutela de derechos fundamentales para reclamar el cese de la conducta discriminatoria del INSS y el abono del complemento de pensión.

El tenor del art. 26 LRJS permite que en la modalidad procesal de Seguridad Social aparezca invocado un derecho fundamental y el art. 140.1 concuerda con tal previsión pero también abre la puerta a que "se opte por ejercitar exclusivamente esta última mediante la modalidad procesal de tutela".

Existiendo una discriminación por razón de género (premisa incontestable a la vista de la STJUE 12 de diciembre de 2019, C-450/2018) y viendo el actor cómo le es denegado el complemento por el exclusivo dato de su masculinidad, resulta difícil sostener que el cauce procesal habilitado para accionar frente a ese tipo de vulneración no puede transitarse.

Es cierto que también podría haber optado el actor por seguir la modalidad procesal específicamente prevista en materia de Seguridad Social e invocar la misma vulneración del derecho a no ser discriminado. Pero eso no significa que la vía elegida deba considerarse inadecuada.

4. Interpretación en sentido contrario del artículo 184 LRJS.

El artículo 184 LRJS (véase el apartado 6 del Fundamento Segundo) ha listado los supuestos en que la modalidad procesal específica y alternativa a la de vulneración de derechos fundamentales ha de seguirse necesariamente.

Que en esa larga lista no aparezca la modalidad sobre prestaciones de Seguridad Social constituye un poderoso argumento interpretativo para respaldar la conclusión a que vamos llegando.

5. La cognición limitada no impide examinar el fondo de la pretensión.

En numerosas ocasiones hemos puesto de manifiesto que la modalidad procesal de vulneración de derechos fundamentales posee un objeto material acotado puesto que "queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad" (art. 170.1 LRJS).

Ahora bien, si concurre la vulneración reclamada resulta posible y pertinente entrar a examinar las cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas a ella. Como hemos dicho a propósito de las obligaciones en materia de salud laboral y del cauce procesal para exigir las, con independencia de la solución del fondo del asunto, que quien pretenda reclamar el cumplimiento de obligaciones preventivas [...] pueda utilizar el procedimiento de tutela de derechos fundamentales para la protección del derecho a la salud, a la vida y a la integridad física de los empleados, sin que pueda considerarse que tal utilización sea abusiva o inadecuada, ya que, lo decisivo pues, a efectos de la adecuación del procedimiento, no es que la pretensión deducida esté correctamente fundada y deba ser estimada, sino que formalmente se sustancie como una pretensión de tutela, es decir, que se afirme por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental (STS Pleno 217/2021 de 17 febrero (rec. 129/2020).

6. Doctrina constitucional.

En apoyo de la tesis acogida por la sentencia recurrida, el Ministerio Fiscal ha recordado la doctrina constitucional conforme a la cual "para deslindar el problema procesal y la cuestión de fondo, es preciso reconocer que basta con un planteamiento razonable de que la pretensión ejercitada versa sobre un derecho fundamental, lo que es bastante para dar al proceso el curso solicitado, con independencia de que posteriormente el análisis de la cuestión debatida conduzca o no al reconocimiento de la infracción del derecho constitucional invocado". Porque "si, ejercitándose una pretensión cualificada por la indicada fundamentación se niega el proceso, se está privando al que acciona de garantías jurisdiccionales de derechos o libertades fundamentales" (STC 31/1984).

QUINTO.- Resolución.

A la vista de cuanto antecede, de conformidad con el Informe del Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso de casación unificadora interpuesto por la Administración de la Seguridad Social.

1. Unificación doctrinal.

Cumpliendo la misión que constitucional y legalmente nos está reservada (arts. 123 y 152.1 CE; art. 219 LRJS) debemos unificar las discrepantes doctrinas enfrentadas en el presente caso. Por las razones que hemos expuesto, en buena parte coincidentes con las de la sentencia recurrida, ello nos aboca a declarar la firmeza de la resolución combatida pues contiene la buena doctrina.

Cuando un beneficiario de prestaciones de Seguridad Social considera que la resolución de la Entidad Gestora lo discrimina puede canalizar su acción procesal a través de la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Así procede en el caso de varón jubilado bajo la vigencia del art. 60 LGSS antes de su modificación por RDL 3/2021 pero después de la STJUE 12 diciembre 2019 a quien, pese a tener dos hijos, el INSS deniega el complemento de pensión.

2. Desestimación del recurso.

Lo anterior aboca a la desestimación del recurso interpuesto por el INSS. Interesa recordar que aquí solo se ha debatido acerca del cauce procesal que puede seguirse, sin que haya habido debate sobre la eventual reclamación de daño moral por haber sufrido discriminación.

Resulta pertinente recordar que incluso si se hubiere formulado esa reclamación, y no solo la referida a la prestación de Seguridad Social, su eventual fracaso deja al margen la adecuación del procedimiento. La victoria sobre el tema de fondo no puede condicionar esa cuestión, como queda dicho.

La elección de la modalidad procesal comporta que se sometan a sus reglas específicas las pretensiones, tanto en instancia cuanto en caso de recurso (al respecto STS Pleno 840/2022 de 19 octubre, rcud. 1363/2019).

De este modo (art. 227 LRJS) habrá de darse cumplimiento a lo preceptuado por la sentencia recurrida: retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia de instancia, a fin de que se dicte otra en la que, salvando la excepción de inadecuación de procedimiento, resuelva sobre el fondo del asunto dando respuesta a todas las cuestiones planteadas.

La condición subjetiva de la Entidad que ahora ve fracasar su recurso comporta que no debemos imponerle las costas causadas como consecuencia de su recurso, en este caso circunscritas a la personación de la parte recurrida (art. 235.1 LRJS).

FALLO

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

1.º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, representados y defendidos por la Letrada Sra. Madrid Yagüe.

2.º) Confirmar y declarar firme la sentencia n.º 371/2022 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de abril, en el recurso de suplicación n.º 108/2022, interpuesto frente a la sentencia n.º 316/2021 de 20 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 20 de Madrid, en los autos n.º 514/2021, seguidos a instancia de D. Candido contra dichos recurrentes, sobre derechos fundamentales.

3.º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.