



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

SECRETARIA SRA. FREIRE CORZO -- JVR

PLAZA DE GALICIA S/N
15071 A CORUÑA
Tfno: 981-184 845/959/939
Fax:881-881133/981184853
Correo electrónico:

Equipo/usuario: JV

NIG: 36057 44 4 2021 0000209
Modelo: 084000

TIPO Y N° DE RECURSO: RSU RECURSO SUPPLICACION 0003601 /2021
JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000052 /2021 JDO. DE LO SOCIAL n° 002 de VIGO

Recurrente/s: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, XXX
Abogado/a: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, JAVIER DE COMINGES CACERES
Procurador/a: ,
Graduado/a Social: ,

Recurrido/s: TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
Abogado/a: LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL
Procurador/a:
Graduado/a Social:

DÑA. MARIA ISABEL FREIRE CORZO LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA, DOY FE Y TESTIMONIO:

Que en los citados autos se ha dictado resolución que literalmente dice:

En A Coruña, a 02 de Febrero de 2022.

Vistas las presentes actuaciones por los Magistrados/as:

ILMOS/AS. SRS/AS. MAGISTRADOS/AS

**D. LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO
PRESIDENTE DE LA SALA**

**D. ANTONIO GARCIA AMOR
D. JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO
D. MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ
D. JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ
D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA
DÑA. PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR
DÑA. MARIA ANTONIA REY EIBE
D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ**

DÑA. BEATRIZ RAMA INSUA
D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA
DÑA. MARÍA TERESA CONDE-PUMPIDO TOURON
DÑA. ISABEL OLMOS PARÉS
D. JORGE HAY ALBA
DÑA. RAQUEL NAVEIRO SANTOS
D. CARLOS VILLARINO MOURE
D. RICARDO RON LATAS

que componen la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, en nombre de S.M. el Rey, dictan el siguiente

AUTO

En el Recurso de Suplicación número 3601/2021, interpuesto por D. José Mario Paredes Rodriguez, Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación de Instituto Nacional de la Seguridad Social y por el Abogado D. Javier de Cominges Cáceres en nombre y representación de D. XXXX, actúa como Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña. Raquel Naveiro Santos, quien expresa el criterio de la Sala, deduciéndose de las actuaciones los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO.

I. D. XXX presentó demanda sobre complemento de contribución demográfica en prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, con vulneración de derechos fundamentales, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al Juzgado de lo Social nº de 2 de Vigo, dando lugar a los autos 52/2021 el cual dictó sentencia de fecha quince de febrero de dos mil veintiuno.

II. En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"PRIMERO. El demandante Don XXX tiene reconocida por sentencia de este Juzgado de lo Social de 9 de octubre de 2019 - confirmada en suplicación por el Tribunal Superior de Justicia- una prestación de incapacidad permanente absoluta, sobre una base reguladora de 1.972'87 €.

SEGUNDO. El beneficiario tiene dos hijos.

TERCERO. En fecha 10 de noviembre de 2020 interesó de la Entidad Gestora el complemento de maternidad recogido en el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad



Social, consistente en el incremento de un 5% de la prestación, siendo denegado dicho complemento en resolución administrativa de 17 de noviembre de 2020.”



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

III. En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

“Que estimando en parte la demanda interpuesta por Don XXX, debo declarar y declaro el derecho del demandante al complemento de la prestación de incapacidad permanente que ya viene percibiendo en la cuantía de un 5% y condeno al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y a su cumplimiento, con los efectos económicos correspondientes. Absuelvo a la Tesorería General de la Seguridad Social de los pedimentos formulados en su contra.”

Por auto de fecha 1 de marzo de 2021 se estima la solicitud de aclaración formulada por la representación de D. XXX y se fijan los efectos económicos del complemento reconocido en el 10 de agosto de 2020.

IV. Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de D. XXX, formalizándolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte. Asimismo anuncian recurso de suplicación las Entidades Gestoras, formalizándolo posteriormente. Este recurso ha sido objeto de impugnación por la contraparte, solicitando su desestimación.

V. Instruida la Ponente y tras deliberación de la Sala, constituida en Pleno, se acordó, en Providencia de 20 de diciembre de 2021, que “Dado que a juicio de la Sala, existen dudas en relación con la adecuada interpretación de la normativa del Derecho de la Unión europea aplicable al caso de autos, se abre trámite de alegaciones a las partes litigantes, por un periodo de diez días, a los efectos del eventual planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de acuerdo con lo establecido en el artículo 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 234 TUE) en relación con los siguientes aspectos concretos suscitados en el presente litigio: 1º. Si la práctica de la entidad gestora de denegar siempre el complemento litigioso a los varones y obligarlos a reclamar en vía judicial, como le ha ocurrido al demandante en el presente juicio, se debe considerar, de acuerdo con 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, un incumplimiento de la misma constitutivo de discriminación por razón de sexo diferente al incumplimiento apreciado en Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 diciembre 2019, W A (C-450/2018),

en particular, considerando que, según su artículo 4, el principio de igualdad de trato se define como ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, y considerando que, según su artículo 5, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir disposiciones administrativas contrarias al principio de igualdad de trato. 2°. Si, atendiendo a la respuesta que se dé a la anterior cuestión y considerando la Directiva aplicable (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento debe ser la de la solicitud (con retroacción de 3 meses), la de la Sentencia aludida, o la del hecho causante de la prestación a la que se refiere el complemento litigioso. 3°. Si, atendiendo a la respuesta que se dé a las anteriores cuestiones y considerando la Directiva aplicable (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), procede indemnización de daños y perjuicios por considerar que estos no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento, y en ese caso, si su cuantía debe incluir las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante esta Sala de lo Social, y si debe presentar una finalidad disuasoria”.

VI. En sus alegaciones a la anterior providencia, el Abogado del Instituto Nacional de la Seguridad Social se opone a plantear cuestión prejudicial. También ha presentado alegaciones el beneficiario demandante, apoyando el planteamiento de la cuestión prejudicial, y solicitando el planteamiento de otra cuestión adicional, y es la relativa a si el complemento por maternidad a favor del progenitor varón resulta ser compatible con el de la progenitora mujer.

VII. Examinadas las alegaciones y tras nueva deliberación del Pleno de la Sala, quedaron los autos en manos de la Ponente para el dictado de este Auto.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO. A la vista de los antecedentes de hecho y de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia con las revisiones oportunas, completados con un examen complementario e integrador de la totalidad de las actuaciones, las circunstancias a considerar para el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, son las siguientes:



a) Al beneficiario demandante, que consta tiene dos hijos, se le reconoció por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) prestación de incapacidad permanente en el grado de absoluta para toda profesión u oficio con efectos 10 de noviembre de 2018, sobre una base reguladora de 1.972,87 euros, sin que en aquel momento hubiera solicitado expresamente, ni se le hubiera reconocido de oficio, el complemento denominado de maternidad para las pensiones de jubilación, incapacidad permanente o viudedad contemplado en el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS).

b) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-450/18, W A e INSS), resolvió que "la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos 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".

c) A la vista de esta Sentencia, la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS publicó el Criterio de Gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, donde se contienen las siguientes previsiones: "Hasta que se proceda a la modificación legislativa necesaria para adaptar el artículo 60 del TRLGSS al pronunciamiento del TJUE se establecen, de conformidad con el informe emitido por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) de fecha 27 de enero de 2020, las siguientes pautas de actuación de esta entidad gestora: 1. El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el artículo 60 del TRLGSS, en tanto no se lleve a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguirá reconociendo únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal como se viene haciendo hasta la fecha. 2. Lo establecido en el apartado uno debe entenderse lógicamente sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres, y de la obligación de iniciar el pago de la prestación cuando exista sentencia de un juzgado de lo social o tribunal de justicia condenatoria y se interponga el correspondiente recurso, de

conformidad con lo previsto en el artículo 230.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social”.

d) También con sustento en la Sentencia W A del Tribunal de Justicia, el beneficiario presentó a 10 de noviembre de 2020 una solicitud de reconocimiento del complemento de maternidad del artículo 60 de la LGSS, consistente, en su caso, en un 5% de la prestación de incapacidad permanente, siendo denegado en resolución administrativa de 17 de noviembre de 2020.

e) Ante la desestimación en vía administrativa, el beneficiario presentó demanda que fue repartida al Juzgado de lo Social 2 de Vigo que, en sentencia de 15 de febrero de 2021, declaró el derecho del demandante al complemento de la prestación de incapacidad permanente que ya viene percibiendo en la cuantía de un 5% y se condenó al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y a su cumplimiento, con los efectos económicos correspondientes. Para reconocer el complemento se remite a la doctrina de la STJUE W A, y para desestimar la indemnización razona que estamos ante una discriminación normativa, con lo cual el INSS se ajustó a la legalidad vigente.

f) Por Auto de aclaración de 1 de marzo de 2021, se fijaron los efectos económicos del complemento reconocido el 10 de agosto de 2020 (es decir, con efectos económicos de los tres meses antes de la solicitud de 10 de noviembre).

g) Frente a esta sentencia interponen recurso de suplicación tanto el beneficiario como el INSS, con las siguientes argumentaciones y pretensiones:

- El beneficiario, insistiendo en las pretensiones de su demanda, argumenta que, al no reconocer el complemento a los varones, el INSS está cometiendo una discriminación por razón de sexo, y más aún una vez que, después de la STJUE W A, ha decidido seguir reconociendo el complemento solo a las mujeres y obligar a los varones a reclamar en vía judicial (atendiendo al Criterio de Gestión 1/2020, citado *ut supra*), lo que considera, según la Directiva 79/7/CEE, un incumplimiento constitutivo de discriminación por razón de sexo diferente al apreciado en STJUE W A, y ello le lleva a solicitar el reconocimiento del complemento por maternidad desde la fecha del reconocimiento de su pensión pues, de haber sido una mujer, ya se le habría entonces informado de su derecho, y a una indemnización por vulneración del derecho a la no discriminación que debe ser reparadora y a la vez disuasoria.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

- El INSS, insistiendo en la denegación de la solicitud en vía administrativa, solicita la revocación de la sentencia y la desestimación de la demanda rectora porque su actuación se ha ajustado al principio de legalidad, de ahí que el demandante no tendría derecho al complemento reclamado con arreglo a la redacción del artículo 60 de la LGSS aplicable *ratione temporis*.

SEGUNDO. La normativa comunitaria susceptible de aplicación a los anteriores hechos se concreta en 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, en particular artículos 4 ("el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente"), 5 ("los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato"), y 6 ("los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona, que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato, pueda hacer valer sus derechos por la vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes").

TERCERO. La normativa interna de interés para la resolución del caso de autos se encuentra en los siguientes artículos, aplicables *ratione temporis*:

- LGSS, artículo 60: "Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social. 1. 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 ...".

- LGSS, artículo 53: "1. El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud. Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los

efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ...”.

– Constitución Española (en adelante, CE); artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de ... sexo”.

– Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIEMH); artículo 6: “1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. 2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. 3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo”.

– LOIEMH, artículo 10: “Los actos ... que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

– LOIEMH, artículo 12: “1. Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución ...”.

– Ley reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS); artículo 140: “1. 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...”.



- LRJS, artículo 179.2: "La demanda habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública".

- LRJS, artículo 182: "1. La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: a) Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes ...".

- LRJS, artículo 183: "1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. 2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño ...".

No resulta aplicable *ratione temporis* al caso de autos, pero es oportuno reseñar que, con la finalidad de adecuarlo a la Sentencia W A, el artículo 60 de la LGSS se modificó a través 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. También es oportuno reseñar que, en cuanto se modificó, el INSS procedió a la revisión del Criterio 1/2020, a través del Criterio de Gestión 35/2021, de 2 de diciembre de 2021, donde se considera el carácter unitario del complemento, lo que obliga a revisar los ya reconocidos a un progenitor cuando el otro obtiene el complemento conforme al RDL 3/2021, y en cuanto a la fecha de efectos, atiende a la fecha de la solicitud, con retroacción de 3 meses, pero nunca antes de la fecha de publicación de la Sentencia W A (el 17 de febrero de 2020).

CUARTO. A la vista de las alegaciones de las partes y de lo razonado en la sentencia de instancia, la duda fundamental que se plantea en este asunto, y que condiciona la resolución de las dos posteriores dudas que se plantearán, es la de si la práctica de la entidad gestora recogida en el Criterio de Gestión 1/2020 tras el

dictado de la STJUE W A, de denegar siempre el complemento litigioso a los varones y obligarlos a reclamar en vía judicial, como le ha ocurrido al demandante en el presente juicio, se debe considerar, de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE un incumplimiento administrativo de la misma diferente del incumplimiento normativo apreciado en dicha STJUE, incumplimiento administrativo que, en sí mismo considerado, constituiría una discriminación por razón de sexo (de acuerdo con la prohibición de discriminación directa e indirecta por razón de sexo contenida en su artículo 4, que se compadece con la obligación de los Estados miembros de tomar las medidas necesarias con el fin de suprimir tanto las disposiciones legales como las administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, contenida esa obligación en su artículo 5).

Se trata de una duda trascendental para la resolución del litigio. De hecho, la sentencia de instancia ha considerado como *ratio decidendi* que estamos ante una discriminación exclusivamente normativa. Por el contrario, el demandante considera que estamos ante un incumplimiento diferenciado, lo que justificaría una reparación que iría más allá de lo estimado en la sentencia de instancia en orden a la fecha de efectos de la prestación y en orden a la indemnización. El INSS también considera que estamos ante una discriminación exclusivamente normativa, y lleva este argumento más allá de lo razonado en la sentencia de instancia para pretender directamente la desestimación de la demanda rectora.

Como el Tribunal al que nos dirigimos habilita al órgano de reenvío a manifestar su opinión al respecto, esta Sala entiende que sí hay un incumplimiento administrativo que, en sí mismo considerado, constituye una discriminación por razón de sexo que, desde la Sentencia W A, se encuentra claramente deslindado del normativo. Pero también entiende que, a la vista de que las partes construyen su discusión alrededor de esta cuestión, y que su resolución ha sido *ratio decidendi* en la sentencia de instancia, la pregunta es pertinente (salvando el criterio del Alto Tribunal al que nos dirigimos) en aras al mejor entendimiento del contexto y alcance de las demás cuestiones planteadas.

QUINTO. 1. Si consideramos la existencia de un incumplimiento estrictamente normativo, la solución dada en la sentencia de instancia a la cuestión de la fecha de efectos económicos de las prestaciones (fecha de la solicitud con retroacción de tres meses) se ajustaría a lo establecido en la normativa nacional para el supuesto de solicitud de una prestación de seguridad social con posterioridad a su hecho causante (LGSS, artículo 53.1, antes transcrito), rechazando, en consecuencia, la existencia de una vulneración del principio de igualdad de los sexos diferente al incumplimiento normativo.



2. Si consideramos la existencia de un incumplimiento administrativo de entidad suficiente para distinguirlo del normativo, la Sala tiene la duda de si la solución debe ser la misma (es decir, la fecha de efectos ajustada a la fecha de la solicitud con retroacción de tres meses), o si la actuación de la entidad gestora constitutiva de un incumplimiento administrativo causante de discriminación por razón de sexo exigiría (en aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva de la igualdad que se garantiza en el artículo 6 de la Directiva 79/7) que los efectos económicos de la prestación se retrotrajesen a la fecha de la Sentencia W A, o a la fecha del hecho causante (en el caso, anterior a la de esa Sentencia):

- Bien porque se considere que ese plazo de tres meses, dado su corto alcance temporal en relación con los plazos más amplios de prescripción establecidos en el derecho interno (de 5 años en el caso de las prestaciones de incapacidad permanente como son las reclamadas en autos), es contrario al principio de efectividad al dificultar la reclamaciones por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, de manera que, aplicando las normas internas sobre prescripción (de 5 años en el caso de autos), ello permitiría en el caso de autos retrotraer los efectos económicos hasta la fecha del hecho causante (que es lo que se pide en la demanda rectora de autos y en el recurso del demandante).

- Bien porque el incumplimiento no se ciñe a haberle denegado la prestación al aquí demandante, sino que, desde la fecha de la STJUE WA y hasta la entrada en vigor del RDL 3/2021, se están denegando todas las reclamaciones realizadas por varones obligándolos a reclamar judicialmente, y tampoco se les estaría informando o facilitando el reconocimiento de los derechos que les corresponderían de aplicar correctamente la STJUE W A; lo que contrasta con que, en relación con el mismo complemento, se procedió incluso a revisiones de oficio tras la aprobación del antes citado RDL 3/2021.

Así las cosas, si consideramos que el incumplimiento administrativo se produjo con la práctica administrativa surgida tras la STJUE W A y plasmada en el tan citado Criterio de Gestión 1/2020, la fecha de efectos se debería situar en la fecha de la STJUE W A, debiendo aclarar si tal fecha es la de su propio dictado o la fecha de su publicación (lo que no se pide expresamente en la demanda rectora, pero entra dentro de lo pedido pues quien pide lo más, pide lo menos).

SEXTO. 1. En cuanto a la pretensión indemnizatoria, la solución dada en la sentencia de instancia, que se fundamenta en tratarse de un incumplimiento meramente normativo, niega la existencia de daños y perjuicios a indemnizar por la vulneración del principio de

igualdad de los sexos en la medida en que niega la existencia de un incumplimiento más allá del meramente normativo.

2. Si consideramos la existencia de un incumplimiento administrativo distinguible del normativo, la pretensión indemnizatoria entendemos tendría su fuente última en el Derecho de la Unión (sin perjuicio de las normas de trasposición), y ello nos conduce a varias cuestiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de la igualdad garantizado en el artículo 6 de la Directiva 79/7:

- si, en el caso de entender que la fecha de efectos debe ser, cuando menos, la fecha de la Sentencia W A, el incumplimiento administrativo del Derecho de la Unión europea quedaría ya totalmente reparado (a salvo lo que se dirá en relación con las costas judiciales y los honorarios de letrado) pues estaríamos ante una *restitutio in integrum* que no exigiría de la necesidad de una indemnización adicional; o, por el contrario, se debería fijar una indemnización adicional que debería ser reparadora de los daños materiales y morales acreditados y con una eficacia disuasoria en relación con tal incumplimiento;

- si, en todo caso, sería oportuno para garantizar la efectividad de las normas comunitarias que las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante esta Sala de lo Social se incluyan como una partida de la indemnización por el incumplimiento del Derecho de la Unión europea.

Sobre esta última cuestión, resulta oportuno aclarar al Tribunal que el INSS no podría ser nunca condenado al pago de costas y honorarios pues el proceso laboral español es gratuito para todas las partes litigantes (tengan o no el beneficio de justicia gratuita). Solamente en el caso excepcional de imposición de una sanción por mala fe o temeridad contemplada en el artículo 97.3 de la LRJS, las costas y los honorarios se imponen como efecto accesorio de la sanción, pero solo si quien es condenado es una empresa, de manera que al INSS se le podría imponer una sanción por mala fe o temeridad pero ni siquiera en este caso excepcional estaría obligado a abonar las costas y los honorarios.

SÉPTIMO. Resulta oportuno asimismo contestar a las alegaciones realizadas por el INSS a la providencia donde se daba audiencia a las partes en orden al planteamiento de cuestión prejudicial, en donde se opone al mismo al considerar estamos ante una cuestión de legalidad interna por los siguientes motivos (que resumimos): (1) la condición de entidad gestora del INSS, que se somete al principio de legalidad y a lo establecido en el artículo 60 de la LGSS, y de ahí



que lo aplicó en sus términos mientras ese artículo no se modificó a través del RDL 3/2021, y en cuanto se modificó se procedió a la revisión del Criterio 1/2020, a través del Criterio de Gestión 35/2021, de 2 de diciembre de 2021, así como se habilitó un procedimiento para proceder a la revisión de oficio y el reconocimiento del complemento en relación con los más de 12.000 procedimientos que penden de los Juzgados de lo Social; (2) la STJUE W A no reconoce a los progenitores hombres el derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, sino que el artículo 60 del TRLGSS es contrario al principio de igualdad de trato, lo que debe determinar, de acuerdo con el artículo 5 de la Directiva 79/7, la supresión de la norma, no necesariamente que deba reconocerse el complemento a los progenitores hombres; (3) la propuesta de cuestión realizada en la providencia y la referencia al artículo 5 de la Directiva 79/7, ponen de manifiesto la inaplicación de la Directiva a la actuación de una entidad administrativa sin competencias legales o reglamentarias para su trasposición; y (4) el recurso del actor fundamenta la pretensión indemnizatoria en el artículo 14 de la CE, o sea una norma interna.

2. Tales argumentos para retener en el derecho interno la cuestión litigiosa y no deferirla al conocimiento del Alto Tribunal al que nos dirigimos, no son atendibles. Con el alegato de la ausencia de competencias normativas y de su sumisión al principio de legalidad interna, el INSS olvida que el principio de primacía y efectividad se aplica a las Administraciones Públicas (Sentencia de 22/06/1989, Fratelli Constanzo, C-103/88), incluyendo también a las entidades gestoras de la Seguridad Social (Sentencia de 28/06/2001, Caso Larsy, C-118/00). Además, la propia invocación en el escrito del INSS del alcance de la STJUE W A y de la normativa comunitaria que en ella se interpreta, así como el alcance del artículo 5 de la Directiva 79/7, delata que, en las propias argumentaciones del INSS, se toman en consideración normas del Derecho de la Unión Europea, lo que corrobora la existencia de dudas sobre la interpretación de tales normas. Finalmente, la invocación por el demandante del artículo 14 de la CE como fundamento de su pretensión indemnizatoria no excluye que la Sala considere asimismo lo establecido en la Directiva 79/7 (*iura novit curia*).

3. Hemos de precisar, en todo caso, que la Sala no niega que estemos ante una cuestión en el que la legalidad interna tiene su aplicación en orden a la resolución del litigio, pero entiende (salvando siempre el superior criterio del Tribunal al que nos dirigimos) que esa resolución tiene implicaciones atinentes al Derecho de la Unión europea, y que esas implicaciones atinentes al Derecho de la Unión europea resultan ser trascendentes para la resolución del litigio, así como para una interpretación conforme de las normas nacionales aplicables.

OCTAVO. El beneficiario demandante apoya, en las alegaciones realizadas a la providencia donde se daba audiencia a las partes en orden al planteamiento de cuestión prejudicial, el planteamiento de la cuestión prejudicial, y solicita el planteamiento de otra cuestión adicional, y es la relativa a si el complemento por maternidad a favor del progenitor varón resulta ser compatible con el de la progenitora mujer. Pero, sin perjuicio de reconocer la utilidad de la contestación a esa cuestión en otros litigios donde ello se plantee, se trata de una cuestión que no se ha cuestionado en el presente litigio, lo que determina que sea una cuestión que no es pertinente pues, en relación en concreto con el presente litigio, es meramente hipotética o de carácter general.

Por todo lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea), se acuerda el planteamiento de cuestión prejudicial interpretativa en los términos de la siguiente parte dispositiva.

PARTE DISPOSITIVA.

SE ACUERDA el planteamiento de cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los siguientes términos:

1°. Si la práctica de la entidad gestora recogida en el Criterio de Gestión 1/2020 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS publicó el Criterio de Gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, de denegar siempre el complemento litigioso a los varones y obligarlos a reclamar en vía judicial, como le ha ocurrido al demandante en el presente juicio, se debe considerar, de acuerdo con 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, un incumplimiento administrativo de la misma diferente del incumplimiento normativo apreciado en Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 diciembre 2019, W A (C-450/2018), de manera que, en sí mismo considerado, ese incumplimiento administrativo constituye una discriminación por razón de sexo, a la vista de que, según su artículo 4, el principio de igualdad de trato se define como ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, y que, según su artículo 5, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir disposiciones tanto legislativas como administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

2°. Si, atendiendo a la respuesta que se dé a la anterior cuestión y considerando la Directiva 79/7 (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en



relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento debe ser la de la solicitud (con retroacción de 3 meses), o esa fecha de efectos se debe retrotraer a la fecha en que se ha dictado o publicado la STJUE W A, o a la del hecho causante de la prestación de incapacidad permanente a que se refiere el complemento litigioso.

3°. Si, atendiendo a la respuesta que se dé a las anteriores cuestiones y considerando la Directiva aplicable (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), procede indemnización que sea reparadora de daños y perjuicios, y con eficacia disuasoria, por considerar que aquellos no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento, y en todo caso, si el importe de las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante esta Sala de lo Social se debe incluir como un concepto de la indemnización.

Lo actuado QUEDARÁ EN SUSPENSO hasta la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Notifíquese este Auto a las partes advirtiéndoles de su irrecurribilidad.

Así lo disponemos, mandamos y firmamos.

Siguen las firmas de los/as Magistrados/as designados/as en el encabezamiento de la Resolución.

Concuerta bien y fielmente con su original al que me remito; y para que surta los efectos oportunos, expido el presente que firmo en A Coruña, a 04 de febrero de 2022. Doy fe.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.