



Roj: **STSJ GAL 3226/2023 - ECLI:ES:TSJGAL:2023:3226**

Id Cendoj: **15030340012023102188**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2023**

Nº de Recurso: **19/2023**

Nº de Resolución: **2439/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL Nº 1 A CORUÑA

SENTENCIA: 02439/2023

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

NIG: 36057 44 4 2022 0000961

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000019 /2023 PM

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000140 /2022

Sobre: JUBILACION

RECURRENTE/S D/ña Cesar

ABOGADO/A: FRANCISCO VARELA MIGUEZ

RECURRIDO/S D/ña: INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA

ABOGADO/A: SERVICIO JURÍDICO DEL INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA ISM DE GALICIA

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

ILMO. SR. D. RICARDO RON LATAS

En A CORUÑA, a dieciocho de mayo de dos mil veintitrés.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPLICACION 19/2023, formalizado por D. Cesar , contra la sentencia número 389/22 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 7 de VIGO en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 140/2022, seguidos a instancia



de Cesar frente al INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Cesar presentó demanda contra INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha catorce de octubre de dos mil veintidós.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.-El demandante, Dº Cesar, nacido en fecha NUM000 de 1957 figura afiliado al Régimen General de la Seguridad social con el nº NUM003. SEGUNDO.-Dº Cesar tiene reconocida una prestación de jubilación desde el 13 de septiembre de 2021 consistente en 92,210 % de la base reguladora que asciende a 714,39 €, por resolución administrativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social. TERCERO.-El beneficiario tiene dos hijos:- Maribel nacida el NUM001 /1980.- Héctor nacido el NUM002 /1986. CUARTO.-Dº Isaac interesó el complemento para la reducción de la brecha de género en fecha 27 de octubre de 2021 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. QUINTO.-Dº Cesar presenta reclamación previa en fecha 27 de octubre de 2021, la cual fue desestimada por resolución administrativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 26 de enero de 2022 por entender que la parte ahora actora no acredita que su carrera profesional se haya visto interrumpida ni afectada con ocasión del nacimiento de ninguno de los hijos. SEXTO.-Se agotó la vía administrativa previa.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Dº Cesar frente al INSS, y por ello, debo absolver y absuelvo a la demandada de todos los pedimentos formulados contra ella.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre el beneficiario la desestimación de su demanda en reclamación de complemento de brecha de género, instando -por el cauce del artículo 193.b) LJS- la modificación del relato histórico, y denunciando -vía artículo 193.c) LJS- la infracción por inaplicación del artículo 60.1.b.1ª LGSS.

SEGUNDO.- Respecto de las modificaciones fácticas:

(a) La primera no la acogemos en los términos solicitados, porque se trata de hechos negativos y que como tales no tienen cabida en el relato fáctico, conforme al artículo 97.2 LJS y a doctrina jurisprudencial tan unánime como antigua (así, SSTS 24/06/49 Ar. 1048, 15/06/63 Ar. 2662, 05/10/64 Ar. 1119, 20/10/70 Ar. 4282,..., 17/10/08 -rcó 112/07-, 16/10/13 -rcud 101/12-; y -entre otras- SSTSJ Galicia 08/03/23 R. 1819/22, 07/03/23 R. 4032/22, 09/02/23 R. 1605/22, 22/11/22 R. 5197/22, etc.). Sin embargo, sí es imprescindible incluir que su primera cotización se produce el 01/04/91. De esta forma, se añadirá en un nuevo ordinal -el cuarto bis- que «El Sr. Cesar cotizó por primera vez a la Seguridad Social española el 01/04/91».

(b) La segunda sí se estima, porque es la mera corrección de un error mecanográfico, de tal forma que se haga constar que la fecha de nacimiento de su hijo es « NUM002 /86».

TERCERO.- 1.- La censura jurídica, fundada en el artículo 60.1.b).1ª LGSS, puede compartirse. Dice dicho artículo -la cursiva y negrita es nuestra-: «Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos: [...] b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones: 1.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, **tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha** o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer».

Resulta que el actor no tiene cotizaciones antes de 1991, porque sí ha trabajado del 09/07/79 al 17/01/88 en buques de bandera de conveniencia (según la certificación de RRHH de una naviera holandesa, ff. 49 y 50



del expediente), pero no ha cotizado, al menos a la SS española u holandesa -se le denegó una prestación al no tener cotizaciones en Holanda por dicha SS (f. 51 del expediente) -ni tampoco ha estado embarcado todo ese periodo-. La primera cotización existente es -a través de un convenio especial- el 01/04/91, que se sitúa bastante más allá de los nacimientos de sus dos hijos (1980 y 1986). La cuestión es cómo interpretar la exigencia de **tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha**, porque, siquiera haya trabajado en buques, no ha cotizado. Y el precepto dice «cotización» no «trabajo», por lo que, con independencia de la fortuna de la nueva redacción en un precepto ya bastante manido y objeto de distintas polémicas, parece -a lo que creemos- referirse precisamente a periodos cotizados, sin que se pueda pretender atribuirlo -si así hubiese querido hacerlo el Legislador, lo habría redactado de otra manera- a un paréntesis en el trabajo. Por lo tanto, el Sr. Cesar efectivamente entre los nueve meses anteriores y los tres años posteriores a 10/03/80 y a 20/08/86 tiene más de ciento veinte días sin cotización (es más, no tiene cotización alguna) y ello cubre las exigencias del artículo 60.1.b).1ª LGSS. Ello supone que por sus dos hijos tiene derecho al complemento para la reducción de la brecha de género, al no constar que la otra progenitora lo cobre.

De todas formas, si considerásemos que trabajo es equivalente a cotización podríamos llegar a la misma conclusión del cumplimiento de las condiciones para lucrar el complemento de reducción de brecha respecto del segundo hijo, pues nacido el NUM002 /86 y finalizado el trabajo en buques el 17/07/88, sí habría más de ciento veinte días en los tres años posteriores (hasta 20/08/89) antes de comenzar a cotizar por convenio especial el 01/04/91.

2.- En cuanto a la cuantía de dicho complemento, el RDL 3/2021, 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, fijó en su DA Primera, por remisión del artículo 60.3 LGSS, que dispone: «El importe del complemento previsto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y en la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, será para el año 2021 de 27 euros mensuales». Esto supone que el actor tiene derecho a un complemento, por cada uno de sus hijos, de 27€/mes, que serán abonados desde la fecha de efectos de su pensión de jubilación (13/09/21), dado que su reclamación fue interpuesta el 27/10/21, conforme al artículo 53.1 LGSS. En consecuencia,

FALLAMOS

Que con estimación del recurso interpuesto por don Cesar, revocamos la sentencia que con fecha 14/10/22 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social núm. Siete de los de Vigo, y acogiendo la demanda declaramos su derecho al complemento de pensión contributivas para la reducción de la brecha de género en la cuantía de VEINTISIETE EUROS (27€) por cada uno de sus hijos, condenado al INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA a estar y pasar por esta declaración y a su abono con efectos de 13/09/21.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.