



Roj: **STSJ GAL 6510/2022 - ECLI:ES:TSJGAL:2022:6510**

Id Cendoj: **15030340012022104532**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **29/09/2022**

Nº de Recurso: **2940/2022**

Nº de Resolución: **4419/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FERNANDO CABEZAS LEFLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Coruña (A), núm. 1, (proc. 739/2021),
STSJ GAL 6510/2022**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

A CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO-(APOYO-M)

SENTENCIA: 04419/2022

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

NIG: 15030 44 4 2021 0005296

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002940 /2022-M

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000739 /2021

Sobre: JUBILACION

RECURRENTE/S D/ña INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

RECURRIDO/S D/ña: Santiago

ABOGADO/A: ABEL LOPEZ CARBALLEDA

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D^a PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR

D^a RAQUEL NAVEIRO SANTOS

D. FERNANDO CABEZAS LEFLER

En A Coruña, a veintinueve de septiembre de dos mil veintidós.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 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

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación Nº 2940/2022, formalizado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº 1 - Refuerzo- de A Coruña en el Procedimiento Nº 739/2021, seguidos a instancia de D. Santiago representado por el Letrado D. Abel López Carballada frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO CABEZAS LEFLER.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Santiago presentó demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha dieciocho de enero de dos mil veintidós.

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

"1º.- Por resolución del INSS se le reconoció la pensión de jubilación en un porcentaje del 50% sobre una base reguladora de 2.813,27 euros con efectos económicos de 11-9-17 -hechos admitidos, expediente administrativo-. La pensión inicial ascendió a 1.406,64 euros. El actor es padre de 2 hijos (hecho no discutido y libro de familia aportado) - 2º.- Se solicitó el reconocimiento del complemento de maternidad que fue denegado en resolución de 27-2-21 alegando que el complemento estaba previsto para "mujeres que habiendo tenido dos o más hijos biológicos o adoptados causen **derecho** a una pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente . o de viudedad en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social". El actor ha formulado reclamación previa reclamando el reconocimiento del complemento de maternidad a favor del actor basada en la doctrina del TJUE y en particular en su sentencia de 12-12-19 así como en sentencias dictadas por Tribunales de Justicia entre ellos del TSJ de Galicia y ha sido desestimada por la demandada alegando que "no se desvirtuaba el contenido de la resolución inicial que se recurre" -documental aportada y expediente-."

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

" - ESTIMO la demanda promovida por D. Santiago frente al INSS y, en consecuencia: a). - declaro el **derecho** del primero al complemento por maternidad en el porcentaje del 5% aplicable sobre la cuantía inicial de la pensión de jubilación contributiva reconocida por el INSS con efectos económicos del 11-9-17 sin perjuicio de los límites que legalmente procedan sobre la cuantía total y definitiva de la prestación de jubilación. b). - condeno al INSS a estar y pasar por esta declaración y al abono correspondiente con los aumentos, mejoras o revalorizaciones que sean pertinentes. c). - condeno al INSS a abonar al actor una indemnización por daños morales derivados de la vulneración a su **derecho** fundamental a la igualdad de 400 euros."

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en este T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL en fecha 18/04/2022.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia reconoce al actor el complemento de maternidad reclamado y además, una indemnización por daños morales derivados de la vulneración de su **derecho** fundamental a la igualdad y frente a la misma interpone la entidad gestora recurso de suplicación por varios motivos, dirigidos el primero de ellos y al amparo del artículo 191 a) de la L.R.J.S. a obtener la nulidad de actuaciones, con la consiguiente retroacción al estado en que se cometió la falta denunciada, manteniéndose de forma reiterada que la declaración de nulidad de actuaciones es un remedio excepcional, que ha de aplicarse con criterio restrictivo y solamente cuando concurren los siguientes requisitos: 1º Que se haya producido vulneración de



una norma esencial en la regulación del proceso, si el defecto no es subsanable; 2º Que se haya formulado protesta, si el momento procesal lo permite; y 3º Que produzca indefensión a alguna de las partes litigantes. Una interpretación amplia de la posibilidad de anulación podría incluso vulnerar el **derecho** a la **tutela judicial efectiva**, proclamado en el artículo 24 de la Constitución, que incluye el **derecho** a un proceso público sin dilaciones indebidas, reafirmado en el artículo 74 de la L.R.J.S. al establecer el de la celeridad como uno de los principios orientadores de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras del proceso laboral ordinario. Por otro lado, el criterio que debe de servir de elemento decisor para provocar un efecto tan extremo como el solicitado es el de la presencia de una **efectiva** y real indefensión, identificada como la pérdida injustificada de la oportunidad de alegar y probar cualquier extremo que la parte considere relevante, manteniendo de forma reiterada el Tribunal Constitucional, que no existe indefensión cuando no se llega a producir efectivo y real menoscabo del **derecho** de defensa y tampoco cuando ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, por lo que no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección **judicial** o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del **derecho** a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado, de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquélla resulta imputable a su propia conducta.

Denuncia la entidad gestora la existencia de incongruencia, recordando que en estos supuestos la Sala 4ª del Tribunal Supremo, en recursos de casación para la unificación de doctrina, ha acordado la nulidad de la Sentencia recurrida sin entrar en el estudio del fondo de los recursos, señalando que es obligado proceder, como cuestión previa, al estudio de la validez o nulidad de la sentencia recurrida, pues la misma pudo haber incurrido en incongruencia interna, con infracción de lo que dispone el artículo 218 de la L.E.Cl. tratándose de una cuestión de **derecho** necesario que afecta al orden público del proceso y, por tanto, tiene que ser examinada, incluso de oficio, por la Sala, siendo constante y reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional que afirma que la incongruencia es causa de vulneración del **derecho** fundamental a la **tutela judicial efectiva** por indefensión. Se viene así entendiendo que hay incongruencia cuando existe un desajuste entre el fallo **judicial** y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más - *ultra petita*- o menos, dejando incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes, siempre y cuando el silencio **judicial** no puede interpretarse como desestimación tácita - *infra petita*-, o cosa distinta de lo pedido - *extra petita*- al pronunciarse sobre otros aspectos distintos al margen de lo solicitado por las partes, invadiendo frontalmente el **derecho** de defensa contradictorio de las partes, a quienes se les priva de la facultad de alegar lo que a su **derecho** proceda, o lo que estimen conveniente a sus intereses, desviación procesal que es lo que la parte pone de manifiesto en su recurso.

SEGUNDO.- En este caso, es evidente que concurre la infracción denunciada, pues en demanda ninguna petición se hizo en relación a esta condena dineraria, no pudiendo por tanto el juzgador tener esa iniciativa, sustrayendo a las partes, en particular a la recurrente, del necesario debate para oponerse a este pronunciamiento, entendiéndose no obstante que en aplicación del artículo 202 de la L.R.J.S. cabe mantener el resto de la sentencia con declaración de su nulidad parcial, evitando las dilaciones que supone el dictado de una nueva resolución, solución acogida entre otras muchas, por sentencia de esta Sala de 12 de julio de 2022, procediendo a continuación examinar el resto de motivos y comenzando con el que lleva el número de TERCERO que al amparo del artículo 193 c) de la L.R.J.S. cita como infringido el artículo 60.4 de la L.G.S.S. negando el **derecho** al complemento pues el actor es beneficiario de una jubilación parcial y el precepto indicado dispone que no se tendrá **derecho** a este complemento en los casos de jubilación parcial a la que se refiere el artículo 215 y el apartado sexto de la disposición transitoria cuarta, tratándose de una circunstancia no cuestionada y que se refleja en el HECHO PROBADO PRIMERO de la sentencia.

Debe no obstante de aclararse que en la sentencia se prescinde de examinar esta cuestión puesto que el Magistrado de instancia entiende que se trata de una alegación nueva y ello supone una incongruencia con lo resuelto en la vía administrativa previa prohibida por los artículos 72 y 143.4 de la L.R.J.S. apoyándose en el criterio mantenido por esta Sala en sentencia de 20 de julio de 2021 que concluye lo siguiente: *Es cierto que la jurisprudencia ha matizado que la congruencia entre expediente administrativo y proceso no se altera si en éste se invocan extremos que ya figuran incorporados en el primero, aunque no obrasen en la solicitud o en la resolución administrativa (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1.994 (rec. 2946/1993) (EDJ 1994/5670), 10 de marzo de 2.003 (rec. 2505/2002) (EDJ 2003/7180), y 27 de marzo de 2007 (rec. 2406/2006). Del mismo modo, la doctrina constitucional ha señalado que la congruencia no debe exigirse de una forma excesivamente rígida, que llegue a suponer un obstáculo a la **tutela judicial efectiva**, dado que aquella congruencia "no debe tener como único criterio el contenido de la reclamación previa, sino el conjunto de pretensiones y argumentos suscitados en los trámites previos al proceso, incluyendo la petición inicial y el resto de los datos aportados por el expediente administrativo" (STC 15/1990, de 1 de febrero (EDJ 1990/947). Pero*



en el supuesto de autos resulta claro que en el expediente administrativo desde su inicio hasta su terminación la entidad gestora nada alego acerca de si el actor había accedido a la jubilación de forma anticipada y voluntaria, ni figura en el expediente ningún extremo relativo a tal requisito, sino que en el expediente, tanto en la denegación inicial, como en la resolución resolviendo la reclamación previa figura como única causa denegatoria no cumplir los requisitos del artículo 60 del TRLGSS (EDL 2015/188234); por consiguiente es obvio que la entidad gestora ha introducido en el acto del juicio una variación esencial de la causa de denegación respecto de la que fue objeto del procedimiento administrativo, lo cual supone una vulneración del **derecho** de defensa del actor en los términos establecidos en el artículo 24 de la CE (EDL 1978/3879), por cuanto que la demandada al alegar motivos de oposición diferentes de los puestos de manifiesto en el expediente administrativo le origina indefensión al actor por cuanto que respecto de los hechos que no constan en el expediente administrativo y frente a los cuales el actor no tiene preparada ni posibilidades de preparar sus alegaciones y prueba, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 72 de la LRJS (EDL 2011/222121); Por lo que la sentencia recurrida, al apreciarlo así, no ha incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas en el motivo.

TERCERO.- La jurisprudencia viene efectivamente manteniendo que la necesidad de adecuación entre el proceso y el expediente administrativo que estos preceptos imponen, no se basa en motivos puramente formales, sino que tiene su explicación en que no se menoscabe el **derecho** de defensa de las partes mediante la introducción en el debate de cuestiones que no han sido tenidas en cuenta con carácter esencial para resolver el expediente previo, lo que colocaría a la otra parte en situación de indefensión al venir al juicio sin posibilidad de hacer alegaciones y practicar prueba respecto de la cuestión nueva alegada en el juicio encontrándose su fundamento en los principios de igualdad de partes y de contradicción que inspiran el proceso y que tienen su origen en el artículo 24 de la Constitución, añadiendo que el T.S. en sentencia de 5 junio 1986, entre otras, sienta el criterio de que no sólo los hechos sino también los fundamentos jurídicos de la desestimación de la reclamación previa deben ser congruentes con los alegados en la contestación a la demanda, para dar oportunidad a la parte contraria de defenderse y que no se produzca indefensión ante un cambio de fundamentación de la posición jurídica de la Administración. Sin embargo, la misma Sala en sentencia de 24 de julio de 1996, parece más proclive a admitir estas variaciones, afirmando que en el proceso de seguridad social se pide normalmente el reconocimiento del **derecho** a una prestación mediante una acción declarativa de condena, que es lo mismo que se ha solicitado en el procedimiento administrativo. El actor tiene que probar los hechos constitutivos de su **derecho** (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección ...) y la entidad gestora tiene la carga de probar los hechos impositivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impositivos y extintivos. La razón está, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos **judiciales** están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar **tutelas** infundadas. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del **derecho**. Pero en cuanto a los otros hechos el juez debe apreciarlos cuando se prueban aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado. Y esto es lo que ocurre en el presente caso, en el que constando el acceso del demandante a la jubilación parcial, la ley -y por lo tanto el principio de legalidad- impide el reconocimiento del **derecho** dada la claridad con la que se expresa el artículo 60.4 de la L.G.S.S. citado como infringido; además, cabe recordar que la resolución desestimatoria de la reclamación previa con cita de este precepto hace alusión a la excepción para el reconocimiento del complemento de la jubilación parcial de la interesada del artículo 215 del mismo texto, por lo que no puede decirse en buena técnica, que esta circunstancia no se contemplara en el expediente. En este sentido la sentencia del T.S.J. de Galicia de 6 de julio de 2022 señala lo siguiente: *alega el actor en su recurso que en ningún caso se hizo mención alguna a la situación de jubilación anticipada de forma voluntaria por el trabajador, y que, sin embargo, este supuesto fue alegado por la entidad gestora en el acto de juicio, y acogido por la sentencia de instancia. Pero dicha alegación no es cierta. Si se observa atentamente la resolución dictada por la Entidad Gestora resolviendo la reclamación previa interpuesta por el actor, además de indicar que dicho complemento solo resulta de aplicación a las mujeres, también se hace constar: ".(sic)... salvo la jubilación anticipada por voluntad de la interesada art 208 y la jubilación parcial , art 215 LGSS ." Es decir, si está señalando que incluso aunque fuese un supuesto de complemento de maternidad solicitado por mujeres, al tratarse de una jubilación anticipada, en ningún caso procedería su reconocimiento. Por tanto, no se está en el caso de la prohibición de la mutatio libelli proscrita por los artículos 85 de la L.R.J.S . y 400 , 412 y 433 de la L.E.C . porque tal como se expuso, dicha alegación consta expresamente en la resolución administrativa, por lo que el actor pudo practicar prueba sobre este concreto extremo, por lo que no apreciamos la variación denunciada, ni tampoco la existencia de la indefensión alegada por la parte recurrente (artículo 24 de la Constitución), por cuanto el recurrente pudo acudir al acto de juicio provista de los medios probatorios tendentes a desvirtuar las alegaciones contenidas en el escrito del INSS resolviendo la reclamación previa, por lo que no es de apreciar la indefensión ahora invocada, razón por la cual procede la desestimación*



de este motivo de recurso. Debe pues de ser estimado el recurso, careciendo el demandante del **derecho** al incremento y sin perjuicio de que como el propio precepto dispone, pueda acceder al mismo cuando cumpla la edad ordinaria, sin que quepa por esta Sala hacer pronunciamiento alguno de tipo cautelar o preventivo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de fecha 18 de enero de 2022 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 1 -REFUERZO- de A CORUÑA en procedimiento por SEGURIDAD SOCIAL, seguido por DON Santiago frente a la recurrente y con revocación de la misma, absolvemos al demandado de las pretensiones ejercitadas en su contra.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

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 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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