

Referencia: NCJ065730

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

*Sentencia 152/2021, de 13 de septiembre de 2021*

*Sala Primera*

*Recs. de amparo núms. 1047/2020*

*(BOE de 20 de octubre de 2021)*

**SUMARIO:**

**Complemento de pensión de jubilación por maternidad. Aportación demográfica a la Seguridad Social. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): desconocimiento y preterición de una norma antidiscriminatoria de la Unión Europea que contraviene el principio de primacía del Derecho de la Unión. Vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 14 CE.** *Pretensión del recurrente en amparo (padre de tres hijos) de que su pensión de jubilación se viese incrementada por el complemento de maternidad regulado en el entonces vigente artículo 60 del TRLGSS.* La aportación demográfica a la Seguridad Social en la que se fundamentaba la concesión del beneficio a favor de la mujer no puede servir de justificación, por sí sola, para no concedérsela a los hombres que se encuentren en una situación comparable, dado que la aportación de aquellos a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres. A pesar de que previos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), interpretando la normativa comunitaria, permitían apreciar la discriminación denunciada por el recurrente y eran conocidos por la Sala sentenciadora al formar parte del objeto del debate, no fueron tomados en consideración. Y ese desconocimiento y preterición de una norma del Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el TJUE, supuso la infracción del principio de primacía del Derecho de la Unión, incurriendo la Sala en una interpretación irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso que vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo. Los jueces y tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión; esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía del Derecho de la Unión, recae sobre los jueces y tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea. El Tribunal, considerando que ha sido vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), lo restablece en su derecho y, en consecuencia, declara la nulidad de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de las resoluciones (sentencias del Juzgado de lo Social y del Tribunal Superior de Justicia) para que el órgano judicial dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

**Reconfiguración del complemento.** Dicho complemento ha dejado de tener su justificación en la aportación demográfica a la Seguridad Social para estar dirigido a la consecución de la reducción de la brecha de género, pudiendo también ser beneficiarios los hombres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización como consecuencia de la asunción del cuidado de los hijos.

**PRECEPTOS:**

Constitución Española, arts. 14 y 24.1.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 157.

Directiva 79/7/CEE (Igualdad de trato en Seguridad Social), art. 4.

RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), art. 60.

**PONENTE:**

*Doña María Luisa Balaguer Callejón.*

ECLI:ES:TC:2021:152

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1047-2020, promovido por don Juan Antonio Prieto Gil, representado por la procuradora de los tribunales doña María Luisa Estrugo Lozano y asistido por el letrado don Ángel Hernández Martín, contra la sentencia núm. 42/2017, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia, de fecha 31 de enero de 2017 (autos sobre Seguridad Social núm. 559-2016), la sentencia núm. 977/2018, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 7 de noviembre de 2018 (recurso de suplicación núm. 1283-2017) y la sentencia núm. 64/2020 de esa misma Sala, de 15 de enero de 2020, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones núm. 1-2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

### I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentando en el registro general de este tribunal el 19 de febrero de 2020, la procuradora de los tribunales doña María Luisa Estrugo Lozano, actuando en nombre y representación de don Juan Antonio Prieto Gil, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones indicadas en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que se funda el presente recurso de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) Don Juan Antonio Prieto Gil (en adelante, recurrente en amparo), padre de tres hijos (nacidos en 1977, 1981 y 1989), solicitó a la Seguridad Social pensión de jubilación con fecha de 12 de mayo de 2016. Por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 16 de mayo de 2016, se le reconoció una pensión de 2350,20 euros al mes, con efectos desde el 13 de mayo de 2016.

b) Disconforme con la anterior resolución interpuso frente a ella reclamación administrativa previa, solicitando el complemento de maternidad que el art. 60 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad (LGSS), aprobado por el Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, reconoce a las mujeres que hayan tenido dos o más hijos (naturales o por adopción) y sean beneficiarias de prestaciones contributivas del sistema de Seguridad Social de jubilación, viudedad e incapacidad, por su aportación demográfica a la Seguridad Social. En tal reclamación alegó que su esposa no era pensionista de ningún régimen de Seguridad Social y que siendo padre de tres hijos tenía derecho a que su pensión de jubilación incluyese el complemento reclamado que, además, resultaba discriminatorio por razón de sexo para el hombre al reconocerse solo a las mujeres por su aportación demográfica a la Seguridad Social, cuando tal causa era común al hombre.

c) La reclamación previa fue desestimada mediante resolución de la Dirección Provincial de Murcia del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 2016, sobre la base de que el art. 60 LGSS/2015 reconocía el complemento reclamado a las mujeres que hubieran tenido hijos biológicos o adoptados y fueran beneficiarias en cualquier régimen del Sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. Por lo tanto, no procedía modificar la resolución recurrida.

d) Disconforme con tal decisión, el recurrente en amparo formuló demanda frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en reclamación del mencionado complemento de pensión. Alegó que el precepto contenía una discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) que resultaba contraria a la doctrina constitucional, al no existir una causa que justificara el diferente trato en relación con los hombres, siendo el motivo indicado (a saber, la aportación demográfica a la Seguridad Social) común a mujeres y hombres. También entendía la parte actora que la resolución recurrida resultaba contraria a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, interesando por ello la aplicación directa de la citada directiva y, de forma subsidiaria, el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

e) La demanda fue desestimada mediante sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia, de 31 de enero de 2017 (autos núm. 559-2016, sobre Seguridad Social). En primer término, el juzgado descartó que el contenido de la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, justificase el efecto solicitado por el actor, señalando que la citada norma comunitaria pretende la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la Seguridad Social, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, que se concreta en el apartado 1 del art. 4, de manera especial, al estado matrimonial o familiar. Se subrayó que el apartado 2 del mismo precepto, en cambio, contenía una precisión que resultaba decisiva para el caso, al disponer que el principio de igualdad de trato no se oponía a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por razón de su maternidad. Y dicho esto, se señaló que comoquiera que la norma controvertida establecía un trato favorable para las mujeres en relación a su maternidad, había de entenderse que no era contraria al principio de igualdad de trato consagrado en la directiva citada. En segundo término, se indicó que por la misma razón había de ser desestimada la pretensión planteada de forma subsidiaria de que se promoviese una cuestión de inconstitucionalidad. En tal sentido, se señaló que las sentencias que se citaban en la demanda prohibían la discriminación entre hombres y mujeres siempre que no existiese una razón que justificase el trato desigual, pero la maternidad era una circunstancia que podía justificar

dicha desigualdad a favor de las mujeres. Por todo lo expuesto, se desestimó la demanda, absolviéndose al INSS de las pretensiones formuladas en su contra.

f) Frente a esa sentencia el actor interpuso recurso de suplicación con base en dos motivos. En el primero, al amparo del art. 193 a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS), se alegó indefensión por la infracción de normas de procedimiento, al considerar la parte que se habían vulnerado los arts. 97.2 de la citada ley y 24 CE, así como la doctrina constitucional sobre incongruencia omisiva. En tal sentido, se señaló que la sentencia de instancia se había limitado a hacer referencia a la excepción contemplada en el art. 4.2 de la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, indicando que dicha circunstancia podía justificar la desigualdad a favor de la mujer y la constitucionalidad de la norma, pero sin realizar valoración de las circunstancias que se regulan para el devengo del complemento de maternidad y que se mencionaban en la demanda a los efectos de poder entender que no era una regulación justificada para compensar los perjuicios que hubiera podido sufrir la mujer en sus cotizaciones como consecuencia de la maternidad y la crianza de sus hijos, sino que estaba exclusivamente vinculado a la «aportación demográfica a la Seguridad Social». Igualmente, no se hizo ningún razonamiento respecto a la interpretación realizada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el art. 141 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCE) [actual art. 157 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)] y Directiva 79/7/CEE, contenida en la sentencia *Griesmar*, de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, a la más reciente sentencia *Maurice Leone*, de 17 de julio de 2014, C-173/13, sobre discriminación indirecta de ventajas en el cálculo de pensión reconocidas esencialmente a funcionarias, así como en la sentencia X, de 3 de septiembre de 2014, C-318/13, sobre beneficios a las mujeres en el cálculo actuarial de indemnización a tanto alzado por accidente de trabajo. También se denunció en este primer motivo del recurso la omisión de cualquier fundamentación respecto a la interpretación de la doctrina constitucional sobre discriminación masculina en el sistema de prestaciones de Seguridad Social (con cita de las SSTC 103/1983 y 3/1993).

En el segundo de los motivos de recurso, al amparo del art. 193 c) LJS, se cuestionó el Derecho aplicado, alegándose la violación, por no aplicación, del art. 157 TFUE y art. 4.1 de la citada Directiva 79/7/CEE, en relación con los arts. 14 CE y 60 LGSS/2015. Se indicaba al respecto que teniendo en cuenta esa normativa y la interpretación a la misma dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias arriba indicadas, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia pudo aplicarla directamente, teniendo en cuenta el efecto directo y la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, incluso sobre las normas con rango de ley, sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad ni cuestión prejudicial.

En suma, la regulación del complemento de maternidad en los términos establecidos resultaba discriminatoria por razón de sexo, en relación con los hombres, al ser difícil encontrar una causa que justificase el diferente trato, siendo la indicada (aportación demográfica a la Seguridad Social) común a ambos sexos. Tras hacer referencia a la doctrina constitucional existente sobre discriminación masculina (SSTC 81/1982, 38/1983, 98/1983 y 103/1983) aplicable al caso, se señaló que no había ninguna causa que justificase la mejora respecto de las mujeres y que estuviera vinculada a perjuicios que hubieran podido sufrir en relación con los hombres como consecuencia de su «aportación demográfica a la Seguridad Social», al aplicarse a todas las mujeres con hijos, aunque hubieran estado trabajando y no hubieran perdido cotizaciones como consecuencia del número de hijos, reconociéndose incluso en el caso de hijos adoptados, donde no había aportación demográfica alguna de la beneficiaria. Por todo ello, terminó solicitando que se revocase la sentencia del juzgado para que se dictase una nueva que ofreciera una respuesta adecuada respecto del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación alegado, tanto en el ámbito legislativo comunitario como en el ámbito nacional o, subsidiariamente, se estimase la demanda y se le reconociese a esa parte el derecho a percibir la pensión de jubilación en la cuantía reclamada. Finalmente, mediante otosíes, se indicó que en caso de existencia de duda sobre la normativa comunitaria aplicable se plantease cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) y, subsidiariamente, de no entender aplicable la normativa comunitaria, se formulase cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 CE).

g) El recurso de suplicación fue desestimado mediante sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 7 de noviembre de 2018. En primer lugar, la Sala negó el vicio de incongruencia omisiva denunciado al considerar que la sentencia de instancia, a pesar de sus lacónicos argumentos, dio cumplida respuesta al planteamiento formulado en la demanda, basando la desestimación de la misma en que la norma de Seguridad Social cuestionada lo que hacía era otorgar un trato más favorable a la mujer por razón de su maternidad. Por consiguiente, la sentencia de instancia no incurrió en incongruencia omisiva, ni sustrajo a las partes del debate contradictorio, ni limitó las posibilidades de defensa.

En segundo lugar, se desestimó también el siguiente motivo del recurso referido al derecho aplicado al caso. Se comenzó recordando que el art. 60 LGSS/2015 reconocía un complemento de pensión a las mujeres que hubieran tenido hijos (biológicos o adoptivos) y fueran beneficiarias, en cualquier régimen de Seguridad Social, de pensiones contributivas (jubilación, viudedad o incapacidad permanente). Aclaró después la Sala que tal complemento se establecía por «la aportación demográfica a la Seguridad Social» de la mujer y como «recompensa o premio por tal motivo», y, sin duda alguna, «por la compatibilización de la actividad laboral con la maternidad», para evitar de ese modo las «discriminaciones que han afectado históricamente a las mujeres», que

incluso tuvieron que «dejar su trabajo para ser madres y que vieron disminuidas sensiblemente sus pensiones llegado el momento de devengarlas».

Dicho esto, añadió la Sala que no cabía duda de que la normativa comunitaria era de aplicación preferente a la nacional y que existiendo una primacía del Derecho de la Unión Europea, había de imponerse el principio de igualdad de trato y no discriminación en materia de prestaciones exigido en el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE. Pero se señaló que ese mismo precepto en su apartado segundo también dispone que el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad, siendo esa especial protección a la que obedecía el art. 60 LGSS/2015. Lo anterior condujo a la Sala a negar la vulneración de la normativa comunitaria y del principio constitucional de igualdad. En cuanto a la petición del recurrente relativa al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, se rechazó porque por medio de ATC 6/2018, de 5 de junio, ya se había rechazado y no admitido a trámite la planteada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia.

Por todo ello, y con aceptación de los argumentos del magistrado de instancia, se procedió a la desestimación del recurso de suplicación planteado, confirmándose la sentencia recurrida.

h) Frente a la citada resolución, la parte recurrente promovió incidente de nulidad de actuaciones al amparo del art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denunciando la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En primer lugar, por haber incurrido la Sala en incongruencia, en tanto que omitió cualquier consideración sobre: la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que había sido alegada (sentencias *Griesmar*, de 29 de noviembre de 2001; *Maurice Leone*, de 17 de julio de 2014; y *X*, de 3 de septiembre de 2014); los motivos por los que el art. 60 LGSS/2015 podía considerarse no solo contrario a la normativa comunitaria sino también a nuestra Constitución (art. 14 CE) y a la doctrina constitucional; y sobre el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o, subsidiariamente, de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En segundo lugar, se alegó la infracción del art. 24 CE y de la doctrina constitucional sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión respecto a procesos donde se alegan normas de la Unión Europea y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con cita de la STC 232/2015, de 5 de noviembre.

i) Estando pendiente de resolverse el referido incidente de nulidad de actuaciones, la parte recurrente presentó dos escritos ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. El primero, con fecha de 19 de septiembre de 2019, en el que adjuntaba las conclusiones del abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de septiembre de 2019, en el asunto C-450/18; el segundo, con fecha de 13 de diciembre de 2019, adjuntando la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, recaída en el referido asunto, que había declarado que un complemento de pensión como el regulado en el art. 60 LGSS/2015 constituía una discriminación directa por razón de sexo prohibida por la Directiva 79/7/CEE al no reconocerse a los hombres que se encuentran en idéntica situación a la de las mujeres.

j) El incidente fue desestimado mediante sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 15 de enero de 2020, que negó la infracción del art. 24.1 CE por considerar que la resolución cuya nulidad se pretendía estaba suficientemente fundamentada en la Directiva comunitaria, concretamente, en la protección de la mujer por razón de su maternidad prevista en ella, y en tanto que dada la claridad del precepto aplicado no era preciso citar sentencia alguna del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En cuanto a su falta de respuesta en torno al planteamiento de cuestión prejudicial indicó la Sala que no cabía duda de que el silencio al respecto debía ser entendido en sentido negativo, al tratarse de una facultad de la Sala. Y lo mismo ocurría con relación a la petición de formulación de cuestión de inconstitucionalidad, si bien en este caso sí se había dejado expresa constancia de la negativa a plantearla al existir ya una inadmisión a trámite de la misma por el Tribunal Constitucional. Finalmente, y con relación a la STJUE de 12 de diciembre de 2019 aportada por la parte en su escrito de planteamiento del incidente de nulidad, se indicó que aunque la misma se había pronunciado sobre el tema suscitado, ello no invalidaba la sentencia de esa Sala, pues el criterio aplicado solamente podía tener eficacia a partir de la fecha de tal resolución.

**3.** El recurso de amparo se dirige frente a las resoluciones judiciales identificadas en el encabezamiento de esta sentencia, que desestimaron la pretensión del recurrente (padre de tres hijos) de que la cuantía de su pensión de jubilación se viera incrementada por el «complemento de maternidad» previsto en el art. 60 LGSS/2015. En la demanda se aducen las infracciones constitucionales que a continuación se señalan:

a) Vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), en relación con el art. 157 TFUE y 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

El recurrente imputa esta infracción tanto a la sentencia de instancia como a la que resolvió el recurso de suplicación. Comienza recordando el contenido del art. 60 LGSS/2015, que reconoce a favor de las mujeres que hubieran tenido dos o más hijos, naturales o por adopción, y que sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, un complemento de pensión por su «aportación demográfica a la Seguridad Social». Se indica que el reconocimiento de ese complemento se realizó por la disposición final 2.1 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales del Estado para el año 2016, que aprobó el nuevo artículo 50 *bis* LGSS/1994, actualmente el art. 60

LGSS/2015. En la exposición de motivos de esa ley no se hizo ninguna referencia al complemento, que no estaba incluido en el proyecto de ley, siendo posteriormente incorporado durante la tramitación en el Congreso mediante las enmiendas 4241 y 4242 del Grupo Parlamentario Popular, en las que se justificó la medida de forma muy genérica indicando que se dirigía a reconocer la contribución de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad; suavizar las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres; disminuir la brecha de género en pensiones; y concretar los objetivos generales previstos en el plan integral de apoyo a la familia.

Expuesto lo anterior, se analiza la normativa comunitaria aplicable al caso, recordando que el art. 157 TFUE impone a cada Estado miembro garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, y que, por su parte, la Directiva del Consejo 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, en su art. 4 dispone que «[e]l principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar», particularmente, en los relativo al «cálculo de las prestaciones». Después, con referencia ya a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, menciona las siguientes resoluciones: la STJUE de 29 de noviembre de 2001, asunto *Griesmar*, C-366/99, que consideró contrario al principio de igualdad de retribución el reconocimiento de un complemento de pensión de jubilación solo a funcionarias que hubieran tenido hijos y los hubieran estado cuidando durante un periodo de nueve años, excluyendo de tal beneficio a los hombres en las mismas condiciones; la STJUE de 17 de julio de 2014, C-173/13, asunto *Maurice Leone*, que consideró que constituía una discriminación indirecta por razón de sexo las ventajas en el cálculo de la pensión de jubilación que beneficiaban esencialmente a las funcionarias; la STJUE de 3 de septiembre de 2014, C-318/13, sobre cálculo actuarial de indemnización por accidente de trabajo basado en la esperanza de vida media en función del sexo y en la que se entendió que no podía utilizarse este último factor basado en la estadística como motivo de diferenciación.

Finalmente, la STJUE de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, asunto *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, que abordando el examen del art. 60 LGSS/2015, apreció que al no reconocer tal norma el complemento a los hombres que se encuentren en una situación idéntica a la de la mujer (esto es, que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarios en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente), sin que exista una causa que lo justifique, resulta contrario a 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.

Teniendo en cuenta la normativa comunitaria expuesta, así como la interpretación que de la misma ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las mencionadas sentencias, el recurrente en amparo indica que en el caso de autos la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia pudo aplicarla directamente dado el efecto directo y la primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho interno (SSTC 145/2012, de 2 de julio; 13/2017, de 30 de enero), sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad, ni cuestión prejudicial. E insiste en que el art. 60 LGSS/2015 debe considerarse contrario a la normativa comunitaria y al art. 14 CE, porque es difícil encontrar una causa que justifique el diferente trato que dispensa ese precepto a los hombres respecto a las mujeres. Acudiendo a las SSTC 81/1982, 38/1983, 98/1983, 103/1983, y 3/1993, el recurrente sostiene, en tal sentido, que «no hay ninguna causa que justifique la mejora y que esté vinculada a perjuicios que haya podido sufrir la mujer en relación al hombre como consecuencia de su “aportación demográfica a la Seguridad Social”, aplicándose a todas las mujeres con hijos, aunque hayan estado trabajando y no hayan perdido cotizaciones como consecuencia del número de hijos, reconociéndose incluso en el caso de hijos adoptados donde no hay aportación demográfica alguna de la beneficiaria».

b) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia omisiva respecto a procesos donde se alegan normas de la Unión Europea y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, infracción que solo se imputa a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia recurridas.

Se insiste en que en el recurso de suplicación se hacía constar como motivo el examen del derecho comunitario, citándose las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes señaladas (recaídas en los asuntos *Griesmar* y *Maurice Leone*, y en el asunto C-318/13), que permitían prever cual sería la interpretación del art. 60 LGSS/2015 por parte de ese tribunal. Además se recuerda que en el recurso de suplicación se solicitaba, mediante segundo otrosí, la necesidad de plantear cuestión prejudicial con carácter obligatorio y, mediante tercer otrosí y de forma subsidiaria, la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Entiende la parte que ninguna de las anteriores pretensiones fue resuelta por la sentencia, puesto que los argumentos contenidos en su fundamento tercero resultaban insuficientes, infringiendo con ello el art. 24 CE y la doctrina constitucional sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión respecto de procesos donde se alegan normativa y jurisprudencia comunitarias.

Con cita de la STC 232/2015, de 5 de noviembre, el recurrente afirma que la sentencia de la Sala infringió el art. 24.1 CE porque: i) no se hace ninguna fundamentación respecto a la interpretación realizada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el art. 141 TCE (actual 157 TFUE) y art. 4.2 de la Directiva 79/7/CEE, contenida en las tres sentencias aportadas en el recurso de suplicación; ii) se omite cualquier fundamentación respecto a la interpretación de la doctrina constitucional sobre discriminación masculina en el

sistema de prestaciones de Seguridad Social, en relación con las sentencias citadas; iii) se omite cualquier razonamiento sobre la petición de planteamiento de cuestión prejudicial; iv) se ofrece una respuesta incongruente a la solicitud de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad porque, al argumentar con base al dictado del ATC 6/2018, la sentencia obvia que en el mismo no se desestimó la cuestión de inconstitucionalidad sino que la inadmitió por defecto en su planteamiento sin entrar a analizar el fondo del asunto.

Una vez analizadas las infracciones constitucionales producidas por las resoluciones judiciales impugnadas, el recurrente pasa a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso exigida en el art. 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), afirmando que concurre la misma por los siguientes motivos: i) respecto a la vulneración del art. 14 CE, por la necesidad de un pronunciamiento constitucional respecto a la discriminación por razón de sexo en el reconocimiento del complemento de maternidad del art. 60 LGSS/2015, sobre la que no hay resolución de fondo de este tribunal, habiéndose pronunciado sobre tal precepto, por el contrario, la STJUE de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, en la que se ha declarado su contradicción con la normativa comunitaria; ii) respecto a la vulneración del art. 24.1 CE, para que se dicte una resolución sobre la necesidad de interposición de cuestión prejudicial cuando la resolución del órgano judicial nacional no es susceptible de recurso ordinario, fijándose los límites de la discrecionalidad en el planteamiento de las cuestiones prejudiciales.

El recurrente termina su demanda de amparo solicitando la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas y que se le reconozca su derecho al complemento de maternidad reclamado o, subsidiariamente, se resuelva sobre la obligatoriedad del planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4. Por providencia de 14 de diciembre de 2020, la Sección Segunda de este tribunal, acordó la admisión a trámite del recurso de amparo, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTIC) porque «el recurso puede dar ocasión al tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2 b)]». En aplicación de lo previsto en el art. 51 LOTIC, acordó también dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, para que en el plazo de diez días remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de suplicación núm. 1283-2017 y nulidad de actuaciones 1-2019, así como al Juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia a fin de que, en igual plazo, remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento sobre Seguridad Social núm. 559-2016; debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si así lo deseaban, en el recurso de amparo, a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

5. Por diligencia de ordenación de 18 de febrero de 2021 se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos y emplazamiento por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, y con arreglo al art. 52 LOTIC, se acordó conceder al Ministerio Fiscal y a las partes personadas plazo común de veinte días para que, con vista de las actuaciones, formularan alegaciones.

6. El 23 de marzo de 2021 tuvo entrada en este tribunal el escrito de alegaciones del recurrente en amparo, en las que tras dar por reproducida la demanda, puso en conocimiento de este tribunal que, con posterioridad a la interposición del recurso de amparo, y por lo que al primer motivo del recurso respecta, se ha producido un cambio legislativo en la regulación del complemento de maternidad, aplicando la doctrina de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, 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 (BOE de 3 de febrero de 2021). Se habría venido a reconocer, por lo tanto, la discriminación que se producía en la regulación anterior respecto al no reconocimiento del complemento a los hombres en igualdad de situación que las mujeres.

7. El escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal tuvo entrada en el registro de este tribunal el 11 de enero de 2019. Se interesa en él la estimación del recurso con base a los razonamientos que a continuación se sintetizan.

Tras exponer los antecedentes del caso y las vulneraciones de derechos fundamentales alegadas por la parte, el fiscal recoge la doctrina constitucional que considera aplicable. De este modo, comienza haciendo referencia en términos generales a la doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, para luego centrarse en la discriminación por razón de sexo en materia laboral, recordando que como se sostuvo en relación al permiso por lactancia en la STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 3, no puede afirmarse que toda ventaja legal otorgada a la mujer resulte siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma, pues la justificación de tal diferencia podría estar en la situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar. Se subraya también la protección constitucional que se ha otorgado a los derechos asociados a la maternidad, con cita de la STC 79/2020, de 2 de julio, FJ 4, y se añade que tratándose de prestaciones de Seguridad Social (SSTC 197/2003 y 41/2013) existe un amplio margen de configuración del legislador en la materia, en atención a las circunstancias socioeconómicas y la existencia de recursos limitados.

Después, ya con referencia a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, recuerda su faceta de derecho a la motivación (STC 30/2017) y la doctrina sobre el defecto de incongruencia omisiva (STC 232/2015).

Dicho esto, se trae a colación la doctrina constitucional según la cual se produce una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando un órgano judicial decide no aplicar una norma postconstitucional con rango de ley por considerarla contraria a la Constitución o al Derecho de la Unión Europea, en lugar de plantear cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial. Se cita al respecto, tanto la STC 173/2002, de 9 de octubre, como la más reciente STC 37/2019, de 26 de marzo, que ha señalado que en tales casos, el desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo que puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En cuanto a la primacía del derecho europeo y la necesidad de asumir la interpretación efectuada por aquel tribunal, se remite a las SSTC 140/2020, de 6 de octubre, y 8/2021, de 25 de enero.

Después, añade el fiscal una reseña sobre la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a la prohibición de discriminación por razón de sexo mantenida en la STJUE de 12 de diciembre de 2019, en la que apreció que el art. 60 LGSS, en la redacción entonces vigente, resultaba contrario a la Directiva 79/7/CEE y, por tanto, daba lugar a una discriminación por razón de sexo. Recuerda los argumentos principales de tal resolución para apreciar la contravención del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres: a) el objetivo perseguido por la norma (aportación demográfica a la Seguridad Social) no puede justificar la diferencia por cuanto que afecta tanto a la mujer como al hombre; b) la circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos, porque, en general asumen tal tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la del hombre que también asuma el cuidado de los hijos y que, por tal motivo, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera; los datos estadísticos que muestran diferencias en el importe de las pensiones entre mujeres y hombres no son suficientes para justificar la exclusión denunciada; c) el art. 60 LGSS/2015 no establece vínculo alguno entre la concesión del complemento y el disfrute del permiso por maternidad o la interrupción de la actividad durante el periodo subsiguiente; tampoco protege la condición biológica de la mujer, cuando el complemento se le concede en caso de tener hijos adoptivos. Se niega, de este modo, la aplicación de la excepción de prohibición de discriminación establecida en el art. 4, apartado 2, de la Directiva citada; d) falta de supeditación del complemento a la educación de los hijos o a la existencia de periodos de interrupción del empleo debido a esa causa; e) inaplicabilidad del art. 157 TFUE, por cuanto que el art. 60 LGSS/2015 se limita a conceder el complemento sin aportar remedio alguno a los problemas que pueda encontrar la mujer en su carrera profesional, o compensar sus desventajas. Subraya el fiscal que esta sentencia que fue alegada por el recurrente en su incidente de nulidad de actuaciones, cita como antecedentes las que el recurrente había alegado en su recurso de suplicación para pedir la aplicación directa del derecho comunitario, o al menos, el planteamiento de cuestión prejudicial.

Una vez expuesta la anterior doctrina, el fiscal efectúa una traslación de la misma al presente caso. Respecto a la vulneración de la prohibición de discriminación (art. 14 CE) aclara que aunque el demandante lo que pide en su recurso es que se le aplique el complemento previsto en el art. 60 LGSS/2015 solo para las mujeres a pesar de ser un hombre, reconoce que para eso sería necesario que el órgano judicial plantease cuestión de inconstitucionalidad. Por tanto, aparte de la petición de aplicación directa del derecho comunitario si no se plantea la cuestión prejudicial, en realidad lo que pretendía la parte a lo largo de todo el procedimiento con la afirmación de la existencia de discriminación por razón de sexo es que se plantease cuestión de inconstitucionalidad.

Recuerda que la falta de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad tiene que ser examinada desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, por incongruencia omisiva y en la faceta del derecho a un proceso con todas las garantías, esto es, dentro del segundo motivo del recurso de amparo y que, asimismo, en este proceso de amparo tampoco se podría declarar directamente la inconstitucionalidad de una norma, por lo que de considerarse que el precepto cuestionado pudiera ser contrario al art. 14 CE sería necesario tramitar una cuestión de inconstitucionalidad. Dicho esto, y sin perjuicio de pronunciarse definitivamente sobre ello en el momento oportuno, el fiscal adelanta una breve reflexión al respecto, mostrando su conformidad con el argumento ofrecido en la STJUE de 12 de diciembre de 2019, relativo a que los datos estadísticos que muestran diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y de los hombres, y de los que resulta que son las primeras las que se dedican generalmente al cuidado de los hijos, no son suficientes para justificar la exclusión de los hombres del complemento de pensión establecido en el art. 60 LGSS/2015.

Señala que tal argumentación es razonada y razonable, pues establece mejoras para las mujeres excluyendo a los hombres por actividades como el cuidado de los hijos que aun siendo mayoritariamente realizadas por ellas, nada impide que los hombres puedan haber también realizado, siendo la desventaja en tales casos la misma. Se trata de conductas no ligadas al sexo sino a los roles sociales tradicionales y no parece adecuarse bien a la prohibición de discriminación del art. 14 CE, si se tiene en cuenta que a través de medidas de este tipo indirectamente se podría estar ayudando a la continuidad de la anticuada visión de que hay tareas propias de un sexo y de otro. Asimismo, se recuerda que las normas actuales que otorgan los llamados «derechos asociados a la maternidad», por dedicación al cuidado de los hijos menores, se dirigen tanto a las mujeres como a los hombres, aunque sean ellas las que asuman mayoritariamente tales tareas. Finalmente, para terminar con el examen de la vulneración del derecho a la no discriminación, el fiscal subraya que el legislador parece haber

tomado nota de todo lo anterior con la nueva regulación del art. 60 LGSS, al conceder el complemento de pensión tanto a los hombres como a las mujeres, cuando se cumplen los requisitos legalmente previstos, de los cuales resulta claramente el fundamento de dicho complemento en esos derechos asociados a la maternidad, que siguen disfrutando mayoritariamente las mujeres por su tradicional dedicación al cuidado de los hijos, pero que en su regulación legal deben ser conformes a los criterios de no discriminación por razón de sexo y favorecedores de ir terminando con la tradicional distribución de roles de género.

Se centra en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que se imputa a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que resolvió el recurso de suplicación y ha de entenderse extensible a la que la confirmó al resolverse el incidente de nulidad de actuaciones formulado frente a ella. Reprochó la parte recurrente a la Sala una falta de motivación al decidir no plantear cuestión de inconstitucionalidad, cuando se alegaba que la norma resultaba contraria al art. 14 CE. Dada la respuesta ofrecida por la Sala, considera el fiscal que el órgano judicial omitió contestar a los puntos esenciales de la argumentación del recurso de suplicación, en particular, en relación a que la ventaja contemplada en el art. 60 LGSS/2015 se aplica con independencia de que la mujer hubiera estado trabajando y no hubiera perdido cotizaciones, o de que los hijos hubieran sido adoptados, en cuyo caso, la aportación demográfica a la Seguridad Social no existía. Por consiguiente, entiende que resultaba de aplicación la doctrina constitucional sobre discriminación masculina expresada en las SSTC 81/1982, 38/1983, 98/1983, 103/1983 y 3/1993.

Además, puntualiza que el ATC 6/2018 que menciona la sentencia impugnada para justificar el no planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, lo que hizo fue inadmitir la cuestión planteada porque el juez que la propuso no había justificado correctamente la duda de constitucionalidad, es decir, porque la cuestión no estaba bien planteada. Por ello, la cita, sin más, de ese auto, sin dar mayor explicación sobre la falta de dudas de constitucionalidad (a pesar de la doctrina alegada por la parte y de sus concretas alegaciones para sostener la eventual inconstitucionalidad), llevan al fiscal a apreciar la falta de motivación suficiente, tanto teniendo en cuenta el canon de constitucionalidad general como el que corresponde en supuestos de falta de planteamiento de la cuestión (cita SSTC 232/2015, de 5 de noviembre, y 30/2017, de 27 de febrero). Esta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por incongruencia omisiva, no fue corregida por la sentencia que resolvió el incidente de nulidad, que se conformó con la cita del ATC 6/2018.

Una vez afirmado lo anterior, se refiere a la falta de justificación de la aplicación directa del derecho comunitario y al no planteamiento de cuestión prejudicial solicitada por la parte. En respuesta de tal cuestión, la sentencia se refirió solo a que el art. 4.2 de la Directiva permitía disposiciones relativas a la protección de la mujer por razón de su maternidad y que esa protección especial era la recogida en el art. 60 LGSS, por lo que no apreció vulneración de la normativa comunitaria, ni del principio constitucional de igualdad.

Después, al desestimar el incidente de nulidad de actuaciones, la Sala negó que su sentencia hubiera incurrido en incongruencia omisiva, dado que el silencio sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial debía entenderse como una negación, y sobre que la STJUE de 12 de diciembre de 2019 citada por la parte pudiera invalidar lo decidido en el caso de autos también fue rechazado por la Sala argumentando que tal sentencia solo podía surtir efectos a partir de su fecha y no en ese proceso. A la vista de tales argumentos, considera el fiscal que tampoco en este punto se cumplió con el deber de motivación exigible. Así, la cita del art. 4.2 de la Directiva, unida a la escueta afirmación de que «esta protección especial es la que se recoge en el art. 60 de la Ley general de la Seguridad Social» (en referencia a la protección de la mujer en razón de su maternidad), no constituía una argumentación que expresase el motivo por el que, a pesar de la interpretación del Derecho comunitario en materia de igualdad de hombres y mujeres realizada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el art. 60 LGSS/2015 era tan claramente conforme con el art. 4 de la Directiva 79/7/CEE que no hacía falta el planteamiento de la cuestión prejudicial. En suma, la Sala no contestó al demandante, desconociendo este el motivo por el que el órgano judicial despreció los criterios de las sentencias alegadas. Además, siendo citada por el recurrente la STJUE de 12 de diciembre de 2019 en su incidente de nulidad de actuaciones y dado que la misma había declarado que un precepto como el art. 60 LGSS/2015 era contrario a la Directiva, era patente que la alegación de la jurisprudencia de ese tribunal realizada por la parte (sentencias que sirvieron de antecedente a aquella STJUE que se pronunció sobre el contenido del citado art. 60) era especialmente procedente y merecía una contestación expresa y suficiente sobre las razones de no plantear una cuestión prejudicial.

Por lo tanto, el Ministerio Fiscal considera que la Sala al resolver el incidente de nulidad debió tener en cuenta aquella sentencia (así como las citadas en ella), y estimar, de un lado, que había incurrido en un error patente al apreciar que la norma en cuestión era conforme con la normativa y jurisprudencia comunitarias; de otro lado, reconocer el defecto de incongruencia omisiva denunciado por la parte, al no haber realizado ninguna valoración de las resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que eran relevantes para interpretar el Derecho comunitario. Considera el fiscal que el auto resolutorio del incidente incurrió también en un defecto de motivación, al no hacer valoración alguna de los criterios que resultaban de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, para decidir si había habido vulneración de la tutela judicial efectiva en su sentencia anterior, y no porque esta inaplicase una sentencia, que no era aún conocida cuando se dictó (como decía la Sala), sino porque, analizando los criterios expuestos en esa sentencia y los antecedentes jurisprudenciales que se



mencionaban en la misma, se podía estimar que la sentencia que resolvió el recurso de suplicación no había cumplido con el deber constitucional de motivar los motivos por los que no planteaba la cuestión prejudicial.

En definitiva, sostiene el fiscal que con independencia de que se considere un error patente la decisión de no plantear cuestión prejudicial, lo fundamental en el caso de autos, al ser el motivo del recurso, es la vulneración de la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva, que se produce por la sentencia que resolvió el recurso de suplicación por la falta de justificación suficiente (en relación con las alegaciones basadas en la jurisprudencia comunitaria y constitucional), de los motivos por los que no se consideraba procedente ni la cuestión prejudicial, ni la cuestión de inconstitucionalidad. Estimando, en definitiva, que las dos sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva, el fiscal considera que procede declarar la nulidad de las mismas para que, en contestación al recurso de suplicación, se pronuncie la Sala sobre la aplicación preferente del derecho comunitario, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (tal y como ha hecho ese mismo Tribunal Superior en reclamaciones posteriores e idénticas a la que fue objeto de la presente causa, en las que aplica la STJUE de 12 de diciembre de 2019) y en su caso, sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial o de la cuestión de inconstitucionalidad.

8. Por providencia de 9 de septiembre de 2021, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 13 del mismo mes y año.

## II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### 1. Objeto del recurso de amparo y pretensiones de las partes.

El presente recurso de amparo se dirige frente a las resoluciones judiciales identificadas en el encabezamiento de esta sentencia, que desestimaron la pretensión del recurrente en amparo (padre de tres hijos) de que su pensión de jubilación se viese incrementada por el «complemento de maternidad» regulado en el entonces vigente art. 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 (en adelante, LGSS/2015). Este precepto preveía un complemento de pensión en favor de las mujeres que hubieran tenido dos o más hijos (biológicos o adoptivos) y fueran beneficiarias en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente, por su «aportación demográfica a la Seguridad Social».

El citado precepto fue posteriormente modificado como consecuencia de que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2019, recaída en la cuestión prejudicial C-450/18, asunto *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, declarase la incompatibilidad del citado precepto con respecto a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre aplicación progresiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Ciertamente, a resultas de ello, por medio 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, se reformó el citado art. 60, configurando un complemento que dejó de tener su justificación en la «aportación demográfica a la Seguridad Social» para estar dirigido a la consecución de la «reducción de la brecha de género», pudiendo también ser beneficiarios los hombres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización como consecuencia de la asunción del cuidado de los hijos.

Dado que, como ha quedado dicho, la norma que resultaba aplicable al caso (art. 60 LGSS/2015) contemplaba exclusivamente a las mujeres como únicas beneficiarias del referido complemento, el recurrente denunció en la vía judicial que la norma contenía una discriminación por razón de sexo contraria tanto al art. 14 CE y a la doctrina de este tribunal sobre discriminación masculina en materia de pensiones, como a la Directiva 79/7/CEE antes citada y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la interpretaba, interesando la aplicación directa de tal normativa comunitaria y, en su caso, el planteamiento de cuestión prejudicial o de inconstitucionalidad.

Como ha quedado más extensamente recogido en los antecedentes de esta resolución, el juzgado de lo social descartó la lesión del derecho fundamental y la contravención de la Directiva argumentando que el precepto cuestionado era una disposición relativa a la «protección de la mujer» permitida por su art. 4.2, por lo que no se oponía al principio de igualdad de trato proclamado también en el apartado primero de ese mismo precepto, ni hacía preciso el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Disconforme la parte con la decisión adoptada, planteó recurso de suplicación en el que denunció nuevamente la discriminación padecida, aduciendo los motivos por los que la norma no podía considerarse una disposición dirigida a la «protección de la maternidad» de la que pudieran quedar excluidos los hombres, insistiendo, además, en la contravención de la normativa comunitaria y en la falta de ponderación de la interpretación de la misma realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que había declarado ya como discriminatorio para el hombre el reconocimiento de complementos de pensión y de ventajas en el cálculo de las pensiones e indemnizaciones a favor exclusiva de las mujeres (SSTJUE de 29 de noviembre de 2001, asunto *Griesmar*, C-366/99; de 17 de julio de 2014, C-173/13, asunto *Maurice Leone*; y de 3 de septiembre de 2014, C-318/13).

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia confirmó lo decidido en la instancia, fundamentando la desestimación del recurso de suplicación únicamente en que el complemento era una recompensa a la mujer por su «aportación demográfica a la Seguridad Social» y por haber tenido que compatibilizar la actividad laboral con la maternidad. Partiendo de que el objeto del art. 60 LGSS/2015 era, como había dicho el juzgado, la protección de la mujer en razón de su maternidad, se apreció que el precepto era acorde con el art. 4.2 de la Directiva y que no infringía por ello el principio de igualdad. Se rechazó, igualmente, el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, aduciéndose que por medio de ATC 61/2018, de 5 de junio, ya se había inadmitido la planteada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia. Sobre la petición de planteamiento de cuestión prejudicial la Sala no hizo pronunciamiento alguno.

Frente a esa resolución, la parte recurrente promovió incidente de nulidad de actuaciones, denunciando la falta de pronunciamiento de la Sala sobre la aplicación al caso de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que había sido alegada; sobre los motivos por los que la norma podía considerarse contraria al art. 14 CE y a la doctrina constitucional, así como sobre la aplicación directa de la normativa comunitaria o, en su caso, la necesidad de planteamiento de cuestión prejudicial o de inconstitucionalidad. Estando pendiente de resolución ese incidente, la parte puso en conocimiento de la Sala la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, asunto *W/A c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)* que había apreciado que el complemento de pensión discutido en esos autos (art. 60 LGSS/2015) suponía una discriminación por razón de sexo prohibida por la Directiva 79/7/CEE. A pesar de ello, la Sala rechazó la nulidad de actuaciones al entender que su sentencia estaba suficientemente fundamentada y que la claridad del precepto aplicado hacía innecesaria la mención de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; que el planteamiento de la cuestión prejudicial y de inconstitucionalidad era una facultad de la Sala, habiendo sido objeto de desestimación implícita la primera y de forma expresa la segunda; y, finalmente, que la STJUE de 12 de diciembre de 2019 aportada por la parte no invalidaba la sentencia de esa Sala en tanto que el criterio mantenido en ella por el Tribunal de Justicia solamente podía tener eficacia a partir de su fecha.

Pues bien, siendo esa la respuesta judicial obtenida a su pretensión, el recurrente interpuso demanda de amparo, en la que imputa, en primer lugar, tanto al juzgado como al Tribunal Superior de Justicia, la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el art. 14 CE (en relación con el art. 157 TFUE y art. 4.1. de la Directiva 79/7/CEE). Con base a la doctrina constitucional y comunitaria alegada, solicita que se le reconozca el complemento de pensión reclamado al no existir una causa que justifique el tratamiento diferenciado del hombre con respecto a la mujer, dado que la «aportación demográfica a la Seguridad Social» a la que hacía referencia el art. 60 LGSS/2015 era un motivo común que afectaba a ambos sexos, y dado que el beneficio reconocido no se encontraba, en realidad, asociado a la maternidad, como lo demostraba que no quedase condicionado a que la mujer hubiera sufrido una pérdida de cotizaciones como consecuencia de haber tenido hijos y que se devengase también en el caso de que aquellos lo fueran por adopción. En segundo lugar, reprocha a la resoluciones dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia omisiva respecto a procesos donde se alegan normas de la Unión Europea y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al no haberse pronunciado sobre la interpretación realizada por ese tribunal sobre la normativa comunitaria aplicable y la petición del planteamiento de cuestión prejudicial. Tampoco sobre la infracción de la doctrina constitucional sobre discriminación masculina en el sistema de prestaciones y, de forma razonable, sobre la petición de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

El fiscal interesa la estimación del recurso de amparo por este segundo motivo del recurso (vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva) ante la falta de pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia sobre la aplicación preferente del Derecho de la Unión Europea y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que lo interpreta, así como sobre la solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial o de inconstitucionalidad. Interesa, por lo tanto, que se declare la nulidad de sus dos sentencias, con retroacción de las actuaciones para que se dicte una nueva resolución que se pronuncie sobre los extremos arriba mencionados.

## 2. Orden de examen de las quejas.

Una vez delimitadas los motivos del recurso de amparo, procede establecer el orden de examen de las quejas formuladas en atención a los criterios expuestos en nuestra doctrina, que otorgan prioridad a aquellas de las que pudiera derivarse la retroacción de actuaciones, haciendo innecesario el pronunciamiento sobre las restantes [por todas, entre las más recientes, SSTC 22/2021, de 15 de febrero, FJ 1; 35/2021, de 18 de febrero, FJ 1 c), y 80/2021, de 19 de abril, FJ 2].

En aplicación de la referida doctrina, procede que analicemos ante todo la queja que, de ser estimada, daría lugar a la retroacción de actuaciones, esto es, la relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que el recurrente en amparo imputa a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, por no haber resuelto de forma motivada y congruente el recurso de suplicación planteado y el posterior incidente de nulidad de actuaciones.

## 3. Doctrina constitucional.

Para resolver lo planteado en el presente proceso constitucional, resulta determinante lo decidido en la STC 232/2015, de 5 de noviembre, en la que estimamos el recurso de amparo promovido por un profesor interino al que se le había denegado el complemento específico de formación de profesorado (conocido como «sexenio»), reservado a los funcionarios de carrera. Como también acontece en el presente caso, el recurrente no solo denunciaba la infracción del art. 14 CE, sino también del art. 24 CE por la falta de pronunciamiento del órgano judicial sobre la aplicación de la normativa comunitaria alegada y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre todo, teniendo en cuenta que la parte había alegado una resolución en la que se había apreciado que el complemento retributivo discutido contravenía la normativa comunitaria al reservarlo a funcionarios de carrera, excluyendo a los funcionarios interinos que se encontrasen en situaciones comparables.

En suma, la lesión constitucional se situó también, como en el caso que ahora nos ocupa, en el hecho de no haber aplicado el órgano jurisdiccional la citada normativa y jurisprudencia europeas que habían sido alegadas por la parte a lo largo del procedimiento.

Pues bien, conviene traer aquí a colación, brevemente, lo que señalamos en esa sentencia 232/2015:

(i) a este tribunal «corresponde [...] velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando [...] exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea» [FJ 5 c);

(ii) el desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, «puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)» [FJ 5 c);

(iii) los jueces y tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión; esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los jueces y tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea [FJ 5 c)].

Partiendo de las anteriores premisas, en aquel caso resolvimos el recurso ponderando dos circunstancias de capital importancia (fundamento jurídico 6), que también, en este caso, habremos de tener en cuenta, a saber: de un lado, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había pronunciado ya sobre cuál era la interpretación correcta del principio de no discriminación contenido en la Directiva alegada, y lo había hecho no solo con ocasión de cuestiones prejudiciales en asuntos análogos, sino en un caso materialmente idéntico; de otro lado, que esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea había sido introducida y formaba parte del objeto del debate. A pesar de ello, el órgano judicial ni citó ni valoró tal jurisprudencia, ni el concreto precedente dictado en un supuesto idéntico, lo que condujo a la estimación del recurso de amparo planteado por infracción del art. 24.1 CE, al haberse llevado a cabo una «selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso», pues se prescindió de la interpretación de la norma comunitaria impuesta por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, vulnerando con ello el «principio de primacía del Derecho de la Unión Europea». En suma, consideramos en aquel caso que el órgano judicial debió aplicar directamente la Directiva alegada, en la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al tener preferencia sobre el Derecho interno incompatible. Una aplicación directa que no precisaba, además, de una cuestión prejudicial, ya que se trataba de un “acto aclarado” por el propio tribunal al haber resuelto con anterioridad una cuestión prejudicial materialmente idéntica a la planteada en un asunto análogo [FJ 6 b)].

#### 4. Aplicación de dicha doctrina.

En el presente caso, concurren los requisitos señalados en el anterior fundamento jurídico que permiten apreciar la vulneración del art. 24.1 CE por los motivos expuestos en la STC 232/2015.

Ciertamente, hay que subrayar que antes de que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia resolviera el recurso de suplicación que le fue planteado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había pronunciado en repetidas ocasiones sobre la interpretación correcta de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, en relación con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, considerando contrarias al mencionado principio determinados beneficios con relación a las pensiones que se atribuían solo a las mujeres por el hecho de haber tenido hijos, sin vincularlos a la maternidad y a las desventajas que esta pudiera acarrear en su carrera profesional. Como sostuvo la parte recurrente ante la Sala, resultaba relevante a este respecto, lo declarado en la STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, asunto *Griesmar*, que había resuelto una cuestión prejudicial en la que se planteaba un caso análogo al discutido en el de autos, concretamente sobre si el régimen francés de pensiones de jubilación contravenía el derecho a la igualdad de trato entre hombre y mujeres en materia de Seguridad Social, al prever una bonificación por hijos en el cálculo de la pensión de jubilación reservada solo a las mujeres.

La norma controvertida (como ocurría con el art. 60 LGSS/2015) no vinculaba la concesión del beneficio al disfrute de un permiso por maternidad o a las desventajas que hubiera podido sufrir la mujer en su carrera profesional por ser madre (lo que hubiera permitido apreciar, en su caso, que se trataba de una disposición de

«protección de la maternidad» permitida en la Directiva alegada), sino al hecho mismo de ser madre, presumiendo que es la mujer la que asume el cuidado de los hijos. A la vista de ello, el Tribunal de Justicia sostuvo que aunque fueran las mujeres las más afectadas por las desventajas profesionales del cuidado de los hijos (dado que son las que generalmente asumen tal tarea), tal circunstancia «no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un funcionario que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera». Al no permitirse al funcionario que se encontrase en dicha situación solicitar la bonificación controvertida en el procedimiento, aun cuando pudiera probar que había asumido efectivamente el cuidado de sus hijos, se declaró que esa norma había instaurado una discriminación directa por razón de sexo contraria al art. 141 TCE. En esa misma línea, se pronunció con posterioridad la STJUE de 17 de julio de 2014, C-173/13, en el asunto *Maurice Leone*, también traída a colación por la parte recurrente ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que en línea con lo mantenido en el asunto *Griesmar*, declaró que las bonificaciones previstas asimismo en la legislación francesa para el cálculo de la pensión de jubilación anticipada, que beneficiaban esencialmente a las funcionarias, constituían una discriminación indirecta por razón de sexo en perjuicio de los funcionarios.

Aunque tal jurisprudencia formó parte del objeto de debate, ninguna valoración realizó sobre ella la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, y tampoco lo hizo cuando la parte en el trámite del incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a su sentencia, aportó la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, asunto *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, que había recaído, precisamente, sobre un asunto materialmente idéntico, declarando la contravención del art. 60 LGSS/2015 con la normativa comunitaria. En efecto, en este último caso, el litigio principal versó también sobre el cálculo del importe de una pensión (de incapacidad permanente) de un hombre que había tenido dos hijas y que solicitaba el complemento de pensión previsto en aquella norma.

Pues bien, el Tribunal de Justicia apreció que tal disposición suponía una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE, dado que la «aportación demográfica a la Seguridad Social» en la que se fundamentaba la concesión del beneficio a favor de la mujer no podía servir de justificación, por sí sola, para no concedérsela a los hombres que se encontrasen en una situación comparable, cuando la aportación de aquellos a la demografía era tan necesaria como la de las mujeres. En ese sentido, se señaló que la existencia de datos estadísticos que mostraban diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las de los hombres no resultaban suficientes para llegar a la conclusión de que, por lo que se refería al complemento de pensión controvertido, las mujeres y los hombres no se encontrasen en una situación comparable en su condición de progenitores. Y se añadió que el precepto cuestionado no contenía ningún elemento que estableciera un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto, ya que se concedía también en caso de hijos adoptivos y no se exigía que las mujeres hubieran dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron los hijos.

En suma, se concluyó 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, debía interpretarse en el sentido de que se oponía a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establecía el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hubieran tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y fueran beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encontrasen en una situación idéntica no tenían derecho a tal complemento de pensión.

A pesar de que tales pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretando la normativa comunitaria permitían apreciar la discriminación denunciada por el recurrente y eran conocidos por la Sala sentenciadora al formar parte del objeto del debate, no fueron tomados en consideración. Y ese desconocimiento y preterición de una norma del Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por aquel Tribunal de Justicia, supuso la infracción del «principio de primacía del Derecho de la Unión», incurriendo la Sala en una interpretación irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso que vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la parte recurrente en amparo (por todas, SSTC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 6; 31/2019, FJ 9, y 101/2021, de 10 de mayo, FJ 4).

Procede, por consiguiente, el otorgamiento del amparo solicitado, con declaración de la nulidad de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia impugnadas y la retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que el órgano judicial, con plenitud de jurisdicción, dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Juan Antonio Prieto Gil y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 7 de noviembre de 2018 (recurso de suplicación núm. 1283-2017) y de 15 de enero de 2020 (incidente de nulidad de actuaciones núm. 1-2019).

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de las citadas resoluciones para que el órgano judicial dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a trece de septiembre de dos mil veintiuno. Juan José González Rivas. Andrés Ollero Tassara. Santiago Martínez-Vares García. Cándido Conde-Pumpido Tourón. María Luisa Balaguer Callejón.

RTSS. CEF