

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (Sede en Las Palmas)***Sentencia 281/2016, de 2 de mayo de 2017**Sala de lo Social**Rec. n.º 1237/2016***SUMARIO:**

Prestación en favor de familiares. Causante beneficiaria de la pensión SOVI. Interpretación con perspectiva de género. Discriminación por asociación o vinculación. Discriminación indirecta al ser percibida mayoritariamente por mujeres. Interpretación normativa conforme al Derecho de la UE. La exclusión normativa de la pensión de jubilación SOVI a efectos de poder acceder a las prestaciones a favor de familiares supone una desventaja respecto de las mujeres en relación con las personas del otro sexo, que no padecieron las limitaciones legales ni debieron asumir los roles sociales establecidos en el siglo pasado y durante el periodo de vigencia del SOVI. Por ello, tal exclusión a los efectos de lo previsto en el artículo 226 del TRLGSS debe calificarse de discriminación indirecta. El impacto de género de la exclusión de las pensiones SOVI (jubilación en este caso), para el acceso a las prestaciones a favor de familiares no queda desvirtuado, como manifiesta la entidad gestora (INSS), por el hecho de que la prestación que se lucre pueda recaer por igual en hombres y mujeres, entendiéndose que los beneficiarios (ellos y ellas) ya no se verían afectados por el Sistema SOVI, al estar incluidas las prestaciones a favor de familiares dentro del actual sistema de la Seguridad Social. Por el contrario, a criterio de esta Sala sigue existiendo una discriminación en relación a las personas receptoras de pensión jubilación SOVI (mayoritariamente mujeres), pues sus familiares, (en el presente caso hija), se verían privados del acceso a las prestaciones, por la vía de discriminación por asociación o por vinculación, es decir una discriminación transferida o refleja padecida por personas vinculadas a la persona perteneciente al colectivo vulnerable. Así lo ha recogido el TJUE en su sentencia de 17 de julio de 2008, Asunto C-303/06 (Coleman). A lo anterior debe añadirse otro elemento importante, pues entre los requisitos para acceder a la prestación en favor de familiares se incluye acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante. La vinculación entre el cuidado prolongado del causante y el acceso a la prestación que nos ocupa, colocaría en peor situación a las personas receptoras de pensión de jubilación SOVI (mayoritariamente mujeres), si quedan excluidas de las prestaciones a favor de familiares desalentando que éstos dediquen un tiempo prolongado a sus cuidados. En base a lo expuesto, y la normativa referida, podemos concluir que debe realizarse una interpretación conforme al derecho de la Unión Europea y debe igualarse con las pensiones de jubilación contributivas derivadas del actual Sistema de la Seguridad Social, a los efectos de tener por cumplido el requisito establecido en el artículo 226.2º del TRLGSS.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 9.2 y 14.

Directiva 2006/54/CE (Aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación), art. 2.

Ley Orgánica 3/2007 (Igualdad), arts. 4 y 6.

RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), art. 226.2.

PONENTE:*Doña Gloria Poyatos Matas.*

En Las Palmas de Gran Canaria, a 2 de mayo de 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Iltrms. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE

HERNÁNDEZ, D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0001237/2016, interpuesto por Dña. Esther , frente a Sentencia 000281/2016 del Juzgado de lo Social Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000365/2016-00 en reclamación de Prestaciones siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en Autos, se presentó demanda por Doña Esther frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Segundo.

En la citada sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

" PRIMERO.- Con fecha de 30-1-16 Doña Esther , nacida el NUM000 -62 solicitó prestación en favor de familiares por el fallecimiento de su progenitora Doña Regina el 18-1-16. Por resolución del INSS de 22-3-16 se denegó por carecer de los requisitos de "tener condición de pensionista de jubilación o incapacidad contributiva".

Segundo.

La parte actora es titular de una prestación contributiva de viudedad y de una de jubilación SOVI.

Tercero.

La base reguladora de la prestación se fija en la suma de 6,85 Euros; el porcentaje a aplicar, el del 72% y la fecha de efectos de la pensión, el día 1- 2-2016. Si se considerara que deriva de la viudedad se fija en la suma de 501,32 Euros y el porcentaje a aplicar, el del 72%.

Cuarto.

Sea agotó la vía previa."

Tercero.

En el fallo de la sentencia de la instancia, literalmente se recoge:

"Que desestimando la demanda interpuesta por Doña Esther contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos efectuados en su contra."

Cuarto.

Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por Esther , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La demandante D^a Esther , interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 281/16 dictada el 26 de julio de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria , por la que se desestima la demanda interpuesta por la actora contra el INSS en reclamación de prestación a favor de familiares, por no reunir la causante (madre de la actora) el requisito de ser pensionista de jubilación o incapacidad contributiva, al excluirse de tal consideración la pensión contributiva de jubilación SOVI (Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez) de la que era perceptora la causante y madre de la demandante. El recurso ha sido impugnado por el INSS.

Segundo.

En el primer motivo del recurso, con amparo en lo previsto en el art. 193 b) de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) , solicita la recurrente la revisión de hechos declarados probados al amparo de prueba documental y pericial. Específicamente se solicita la modificación del relato contenido en el hecho probado segundo, por el siguiente tenor literal: "SEGUNDO.- La parte actora pretende derecho como beneficiaria de doña Regina , titular de prestación contributiva de viudedad (como beneficiaria de don Jesús Luis y jubilación SOVI" Se ampara la recurrente en los folios 90 a 97 de autos. La impugnante no mostró expresa oposición respecto a la modificación de este hecho probado aunque si lo hizo respecto al recurso en general y su fundamentación jurídica tal y como se expondrá más adelante.

Como viene señalando esta Sala en reiteradas sentencias de fechas 23 de julio de 2015 (rec. 148/15) , 15 de diciembre de 2015 (rec. 1014/2015) , o 30 de marzo de 2015 (rec. 1265/14) , entre otras: "A) En cuanto a los motivos de revisión fáctica con fundamento en el apartado b) del artículo 193 LRJS (Ley 36/11), que constituye reproducción literal del Art. 191.b LPL , la Jurisprudencia relativa a los requisitos que han de darse para la procedencia de la reforma de los hechos probados en el recurso de casación (SSTS 23/04/12, Rec. 52/11 y 26/09/11, Rec. 217/10) , cuya doctrina resulta aplicable al de suplicación, dado su carácter extraordinario y casi casacional (STC 105/08 , 218/06 , 230/00) , subordina su prosperabilidad al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Indicar el hecho expresado u omitido que el recurrente estime equivocado, siendo posible atacar la convicción judicial alcanzada mediante presunciones, si bien para ello resulta obligado impugnar no solo el hecho indiciario de la presunción judicial sino también el razonamiento de inferencia o enlace lógico entre el mismo y el hecho presunto (STS 16/04/04 , RJ 2004/3694 y 23/12/10, Rec. 4.380/09) Debe tratarse de hechos probados en cuanto tales no teniendo tal consideración las simples valoraciones o apreciaciones jurídicas contenidas en el factum predeterminantes del fallo, las cuales han de tenerse por no puestas (STS 30/06/08 , RJ 138/07), ni tampoco las normas jurídicas, condición de la que participan los convenios colectivos, cuyo contenido no debe formar parte del relato fáctico (SSTS 22/12/11, Rec. 216/10) b) Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera evidente, manifiesta y clara, sin que sean admisibles a tal fin, las meras hipótesis, disquisiciones o razonamientos jurídicos. c) Al estar concebido el procedimiento laboral como un proceso de instancia única, la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud únicamente al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica, de ahí que la revisión de sus conclusiones únicamente resulte viable cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de medios de prueba hábiles a tal fin que obren en autos, no siendo posible que el Tribunal ad quem pueda realizar un nueva valoración de la prueba, por lo que, debe rechazarse la existencia de error de hecho, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes. Como consecuencia de ello, ante la existencia de dictámenes periciales contradictorios, ha de aceptarse normalmente el que haya servido de base a la resolución que se recurre, pues el órgano de instancia podía optar conforme al artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el que estimara más conveniente y le ofreciera mayor credibilidad, sin que contra la apreciación conjunta de la prueba quepa la consideración aislada de alguno de sus elementos y solo pudiendo rectificarse aquel criterio por vía de recurso si el dictamen que se opone tiene mayor fuerza de convicción o rigor científico que el que ha servido de base a la resolución recurrida.

d) El contenido del documento a través del que se pretende evidenciar el error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador de instancia no puede ser contradicho por otros medios de prueba y ha de ser literosuficiente o poner de manifiesto el error de forma directa, clara y concluyente. Además, ha de ser identificado de forma precisa concretando la parte del mismo que evidencie el error de hecho que se pretende revisar, requisito este último que se menciona de manera expresa en el Art. 196.3 LRJS al exigir que en el escrito de formalización del recurso habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados el concreto documento o pericia en que se base el motivo e) Fijar de modo preciso el sentido o forma en el que el error debe ser rectificado requiriendo expresamente el apartado 3 del Art. 196 LRJS que se indique la formulación alternativa que se pretende. f) Que la rectificación, adición o supresión sean trascendentes al fallo es decir que tengan influencia en la variación del signo del pronunciamiento de la sentencia recurrida. g) La mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho". En base a lo expuesto, debe desestimarse la modificación propuesta, en primer lugar por cuanto no se especifica con claridad y concreción la pertinencia y fundamentación de la modificación propuesta, y en segundo lugar por cuanto la citada modificación carece de trascendencia para variar el sentido del fallo. La pensión de viudedad (al contrario que las pensiones contributivas de jubilación o Incapacidad) no se incluye entre los requisitos exigidos para acceder a la prestación a favor de familiares. Por ello se desestima este primer motivo.

Tercero.

En el segundo motivo del recurso se denuncia, con amparo en lo previsto en el art. 193 c) de la LRJS, la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia específicamente se denuncian las siguientes infracciones: - Art. 9.2 de la Constitución Española (CE) - Art. 14 de la CE -LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su art. 14.6º y Exposición de Motivos. - Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social. - Art. 226 de la LGSS - Jurisprudencia (STS 7/12/2010 - R. 1046/2010 ; STS 27/03/2011- R. 1821/2014 ; STS 20/09/2011 -R. 4.752/2010) Se denuncia por la recurrente que excluir la pensión de jubilación contributiva de la que era perceptora la causante, del requisito legal exigido en el art. 226 de la LGSS para acceder a la prestación a favor de familiares, supone dar un trato peor o desfavorable a las personas receptoras de pensiones de jubilación SOVI, que recae mayoritariamente en personas del sexo femenino, por lo que supone una discriminación indirecta de género⁴ prohibida por la normativa referida y especialmente por la ley Orgánica de Igualdad 3/2007. Por parte de la Entidad Gestora impugnante se mostró oposición en base a la propia argumentación jurídica contenida en la sentencia, destacando que no estamos ante discriminación alguna por razón de sexo, porque el análisis no debe recaer sobre las pensiones SOVI sino sobre los beneficiarios de las prestaciones a favor de familiares, los cuales, sean hombres o mujeres, no podrán acceder a este derecho cuando el causante sea pensionista de jubilación SOVI, siendo el trato que dispensa la Ley para hombres y mujeres exactamente igual.

A)- Prestaciones a favor de Familiares: El actual redactado del art. 226 de la LGSS establece: "Artículo 226- Prestaciones a favor de familiares: 2. En todo caso, se reconocerá derecho a pensión a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez, en quienes se den, en los términos que se establezcan en los Reglamentos generales, las siguientes circunstancias: a) Haber convivido con el causante y a su cargo. b) Ser mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos. c) Acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante. d) Carecer de medios propios de vida. (...)"

B)- El Régimen SOVI y su impacto de género. El SOVI es un régimen residual que se aplica a aquellas trabajadoras y trabajadores y sus derechohabientes que, reuniendo los requisitos exigidos por la legislación del extinguido régimen, no tengan derecho a pensión del actual sistema de la Seguridad Social, con excepción de las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarios. Este antiguo sistema ofrecía la cobertura para jubilación, invalidez y viudedad, se sigue aplicando hoy en día para aquellos trabajadores y trabajadoras con cotizaciones previas a 1967 siendo incompatible con prestaciones que deriven directamente del actual sistema de la Seguridad Social. Las pensiones originadas por este antiguo seguro se dirigen a aquellas personas que trabajaron antes del año 1967 y que posteriormente o no han generado o no tienen derechos sobre otras prestaciones. El perfil típico de persona con derecho a pensión SOVI es mayoritariamente el de mujeres que trabajaron previamente al año 1967 y posteriormente abandonaron sus empleos tras contraer matrimonio, siendo

éste el destino social para el que eran educadas las mujeres de la España franquista. De hecho el SOVI es una de las pocas soluciones para obtener una pensión de jubilación por parte de estas mujeres que no cotizaron posteriormente al régimen de la Seguridad social. Las pensiones SOVI son, además, las más bajas en comparación con las 5 derivadas del actual sistema de pensiones contributivas de la Seguridad Social. La publicación de la Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del SOVI con las pensiones de viudedad del Sistema de la Seguridad Social (BOE 07/06), ha permitido flexibilizar el estricto régimen de incompatibilidades al que estaban sometidas las pensiones de dicho régimen. La propia Exposición de Motivos de la ley 9/2005 recoge lo siguiente: "(...)La justificación a la existencia de dicho régimen de incompatibilidad se basa en el hecho de que las pensiones del SOVI sólo se reconocen para compensar el que no se pueda acceder a otras pensiones del sistema y cualquier compatibilidad carecería de sentido. Sin embargo, no es menos cierto que, las pensiones del SOVI son las más bajas de nuestro sistema de protección social contributiva y que, tal como vienen afirmando diversos informes, desde mediados de los años noventa se está configurando en nuestro país una importante bolsa de pobreza formada por personas mayores, principalmente mujeres. Por todo ello, y, en aras de avanzar en la mejora de nuestro sistema de protección social, se entiende necesario flexibilizar el régimen de incompatibilidades al que están sujetas las pensiones SOVI. Su carácter residual y el hecho de ser estas pensiones el principal medio de subsistencia de un importante colectivo de personas mayores justifican su compatibilidad con las pensiones de viudedad de cualquiera de los regímenes del actual Sistema de la Seguridad Social o del Régimen de Clases Pasivas(...)" En base a lo anterior, está fuera de toda duda que las pensiones SOVI son percibidas mayoritariamente por mujeres.

C)- Integración de la Dimensión de género en la Impartición de justicia. Juzgar con perspectiva de género. C- 1º- El artículo 4 de la LO 3/2007 de 22 de marzo de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, cuya rúbrica es "integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas", supone la concreción del principio y del derecho fundamental a la igualdad efectiva: "La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". Esta Ley incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Posteriormente la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, vino a refundir las Directivas 76/207/CEE; la 86/378/CEE; la 75/117/CEE y la 97/80/CE. En la Exposición de Motivos de la LO 3/2007 se recoge: "El artículo 14 de la Constitución española proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Por su parte, el artículo 9.2 consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos(...) El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres (...) Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla(...)" La interpretación social del Derecho con perspectiva de género exige la contextualización y la actuación conforme al principio pro persona, que se configura en este ámbito como un criterio hermenéutico que obliga a los órganos jurisdiccionales a adoptar interpretaciones jurídicas que garanticen la mayor protección de los derechos humanos, en especial los de las víctimas. Los estereotipos presumen que todas las personas que forman parte de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares o tienen roles específicos. Los estereotipos de género contribuyen y alimentan la discriminación contra las mujeres y se unen a otros estereotipos negativos para aumentar la desigualdad de ciertos grupos de mujeres. Su presencia en los sistemas de justicia tiene consecuencias perjudiciales para los derechos de las mujeres, particularmente para las víctimas y supervivientes de diferentes formas de violencia, pudiendo impedir el acceso a una tutela judicial efectiva. Los

estereotipos de género han de ser erradicados en la interpretación y aplicación judicial. El principio de integración de la dimensión de género en la actividad jurídica vincula a todos los Poderes del Estado: al Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial. La vinculación de la actividad jurisdiccional del Judicial -dada su independencia- se deriva de su sumisión al imperio de la ley (artículo 117 de la CE). Tal afirmación se encadena con la existencia de un amplio derecho antidiscriminatorio, con amparo constitucional en el art. 14 de la CE , que debe desplegarse en tres fases judiciales concretas: a)- En la tramitación del procedimiento a través de un nutrido conjunto de cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de género que, con carácter general, tienden a flexibilizar el rigor procesal y a garantizar la tutela de las víctimas.

b)-En la valoración de la prueba -distribución de la carga de la prueba de la discriminación, relevancia de la declaración de la víctima-. c)-En la aplicación de las normas sustantivas específicamente dirigidas a la mayor efectividad de la igualdad de trato y oportunidades - prohibición de discriminación directa e indirecta, medidas de acción positiva, democracia paritaria e igualdad de oportunidades, derechos de maternidad y conciliación, protección frente a la violencia de género. C.2º)- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujeres (CEDAW) La CEDAW es un es uno de los Tratados internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas más operativo en la conquista de la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, también llamado "la carta internacional de los derechos humanos de las mujeres". Fue aprobada por la Asamblea General en 1979 y entró en vigor en 1981, siendo ratificada por España en 1.984. La propia Convención creó "el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la mujer" que examina los progresos realizados por los diferentes Estados Parte en la aplicación de la Convención y también el estudio de comunicaciones/denuncias de particulares, aunque ello sólo resulta aplicable a los Estados Firmantes del protocolo facultativo de la CEDAW, entre los que se incluye España. La recomendación nº 25 del Comité CEDAW, pone de relieve lo siguiente: "El género se define como los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos. Es un producto ideológico y cultural aunque también se reproduce en el ámbito de las prácticas físicas; a su vez, influye en los resultados de tales prácticas. Afecta a la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, la adopción de decisiones y el poder político, y el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. Pese a las variantes que existen según las culturas y la época, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda. Así pues, el género produce estratos sociales y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad de las personas según su género y la estructura desigual del poder vinculada a la relación entre los sexos". Juzgar con perspectiva de Género debe ser una labor judicial que conlleve: - Utilización de criterios de sustitución o de comparación hipotética para verificar si, en una situación dada, un hombre habría sido tratado de la misma manera en que lo ha sido una mujer -Consideración de la situación de marginalidad real o potencial, o de victimización secundaria, en la cual se puede encontrar la mujer a la hora de valorar su conducta - Integración del valor de igualdad de los sexos en la aplicación de una norma que, debiendo considerarlo, no ha considerado ese valor, o laguna axiológica, evitando determinados efectos perversos. D)- La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala General) de fecha 21 de diciembre de 2009 (RJ 2010/446) . El Alto Tribunal Supremo ya ha tenido la ocasión de analizar las restricciones de las perceptoras de pensiones SOVI, con perspectiva de género, en la8 sentencia referida, dictada en Sala General en resolución de recurso de unificación de doctrina. La cuestión resuelta en esta sentencia versaba sobre la acreditación de cotizaciones en el SOVI, a efectos de completar el período mínimo de carencia que se exigía para la adquisición del derecho a pensión, computándose como cotizados, asimilados por parto, los 112 días de bonificación establecidos en la Disposición Adicional Cuadragésimo Cuarta de la LGSS, introducida por la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Pues bien, en esta sentencia se llega a la conclusión de hacer extensivo este derecho más allá del actual sistema de la Seguridad social, incluyendo también a las mujeres perceptoras de SOVI, mediante un análisis interpretativo que integraba la perspectiva de género buscando conseguir la igualdad real que no se ha logrado con la igualdad formal. En la sentencia, que finalmente hace extensivo este derecho también a la demandante cotizante en el sistema SOVI, se cita a la Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991, de 14 de noviembre en la que se afirma: " la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico - inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho- no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino

asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2 , que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva ". Y, en relación a la LOIMH señala la STC 12/2008, de 29 de enero (RTC 2008, 12) , que "el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material " Y también se recoge lo siguiente en su fundamentación jurídica: "La Ley sirve al objetivo de paliar los efectos de la situación de discriminación ya producida y la que puede surgir, es en este sentido una medida de acción positiva querida por el legislador que no puede obviar el dato de que el colectivo afectado (pensionistas de SOVI) está integrado fundamentalmente por mujeres y que, a mayor abundamiento, si no acreditan ulteriores trabajos y cotizaciones bajo la vigencia del sistema de Seguridad Social es, también mayoritariamente, porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y ulterior maternidad. Negar el beneficio a los pensionistas SOVI supone una negación que afectará fundamentalmente a mujeres que, además, abandonaron sus carreras laborales y de seguro en razón de la circunstancia biológica de la femineidad."

E)- Resolución del Recurso: El sistema de previsión SOVI no acogía más prestaciones que las de vejez, la de invalidez a partir del Decreto de 18-4-1947, la de viudedad introducida por el Decreto Ley de 2-9-1955. La sentencia recurrida desestima la petición de la actora porque la causante no cumplía el requisito de ser pensionista jubilación del actual sistema de Seguridad Social (establecido por Ley de 21/04/1966 y que entró en vigor el 01/01/1967), y entiende que no se incluye en el precepto transcrito la pensión de jubilación SOVI de la que era perceptora la causante (madre de la actora). En la fundamentación jurídica de la sentencia se hace referencia al Auto del Tribunal Constitucional nº306/2008 por el que se inadmite una cuestión de inconstitucionalidad planteada en un supuesto de cambio normativo que tenía diferente afectación a tenor de una fecha determinada, estableciéndose que "la diferenciación normativa entre sujetos debida a una sucesión legislativa, no puede considerarse por sí sola, generadora de discriminación". Pero en el presente caso nos hallamos ante una resolución del INSS denegatoria que hace una interpretación de la norma que se traduce en un trato desigual a pensiones de jubilación derivadas de sistemas diferentes SOVI y las derivadas del actual sistema de la Seguridad Social, excluyéndose para el acceso de prestaciones a favor de familiares, en este caso, a la pensión de jubilación SOVI . Hay que añadir, además, que es un elemento notorio y conocido socialmente que las personas perceptoras de las pensiones SOVI son mayoritariamente mujeres, tal dato queda corroborado por el propio reconocimiento que hace la Ley 9/2005 de 6 de junio en su Exposición de motivos , que refiere a las pensiones SOVI como "las más bajas de nuestro sistema de protección social" configurándose en nuestro país una "importante bolsa de pobreza formada por personas mayores, principalmente mujeres" y también se refiere en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009 . Ello es así porque el extinto Seguro de Vejez (SOVI), creado en 1.947 , procedía del seguro Obligatorio de vejez (1939 - y este a su vez del antiguo Retiro Obrero obligatorio de 1919), que a partir de 1.955 fue ampliado con la pensión de viudedad. Se trata de un Sistema de protección genérico que integraba distintos seguros sociales en una época en la que las mujeres españolas debían asumir obligatoriamente el rol doméstico y los cuidados familiares, siendo inexistente la corresponsabilidad lo que las obligaba a abandonar el mercado laboral precipitadamente, para ocuparse de un "trabajo invisible" socialmente, el de los cuidados carente de valoración social, económica o curricular. A ello debemos añadir la existencia de un conjunto de leyes incuestionablemente discriminatorias que durante el periodo posterior a la guerra civil española (1936-1939), y hasta bien entrados los años setenta, restringieron notablemente los derechos de las mujeres españolas, sobre todo de las mujeres casadas, como el Fuero del Trabajo de 1.938, que fue una de las leyes fundamentales del franquismo derogada expresamente por la Constitución Española de 27 de diciembre de 1.978, y en cuya declaración Segunda se prohibía eufemísticamente el trabajo remunerado a la mujer casada literalmente: " El Estado se compromete a ejercer una acción constante y eficaz en defensa del trabajador, su vida y su trabajo. Limitará convenientemente la duración de la jornada para que no sea excesiva, y otorgará al trabajo toda suerte de garantías de orden defensivo y humanitario. En especial prohibirá el trabajo nocturno de las mujeres y niños, regulará el trabajo a domicilio y liberará a la mujer casada del taller y de la fábrica." De este modo, el Fuero del trabajo enunció por primera vez la prohibición del trabajo nocturno de mujeres y niños y del trabajo de la mujer casada, cerrando brutalmente el camino de las mujeres hacia la emancipación, la igualdad y la ciudadanía y bajo una consigna10 proteccionista forzó legislativamente un cambio en la situación de la mujer: - Mediante una educación diferenciada para hombres y mujeres, en la que ellas eran preparadas para la institución

del matrimonio cristiano y hacia la maternidad. - Y aumentando su dependencia económica del esposo, mediante las prohibiciones laborales y limitaciones retributivas de la mujer casada. Con el contexto legislativo y social expuesto, puede aseverarse que las mujeres casadas de la España franquista, tenían menos derechos que nuestros menores de hoy en día y severas limitaciones de su capacidad de obrar y también de trabajar, pasando a depender de la tutela del padre a la del esposo para llevar a cabo actos esenciales para la persona, entre otros, los que se detallan a continuación: -La mujer casada no podía abrir una cuenta corriente, sin "licencia marital", esto es autorización expresa del marido. -La mujer no podía ejercer el comercio o trabajar o desplazarse sin "licencia marital" -La mujer no podía ausentarse del hogar ni viajar sin "licencia marital"... La licencia marital no fue derogada hasta que fue promulgada La Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de Comercio respecto de la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges, que tenía como objetivo principal eliminar las tradicionales restricciones que afectaban a la capacidad de obrar de la mujer casada. Además, en nuestro país el divorcio no fue legalizado hasta la promulgación de la Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Las anteriores limitaciones impidieron a un gran número de mujeres españolas casadas poder continuar en el mercado de trabajo, y por tanto lograr una nutrida carrera de cotizaciones más allá del surgimiento del actual Sistema de la Seguridad Social (1.967). Resultando así, que la mayoría de las pensiones SOVI de jubilación son percibidas por mujeres, es claro que existe un impacto de género en la interpretación excluyente analizada, que afecta mayoritariamente a las mujeres por lo que podemos hablar de una decisión que tiene un efecto de "discriminación indirecta", de acuerdo con lo previsto en el art. 2 de la Directiva 2006/54 /CEE del Parlamento Europeo y del Consejo , relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres, que derogó y refundió, entre otras directivas, 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. El caso de las pensiones SOVI, cuyas perceptoras son mayoritariamente mujeres guarda cierta similitud con una herramienta contractual que ha sido también usada históricamente por las mujeres, por su versatilidad y compatibilidad con la conciliación de la vida laboral y familiar: El contrato a tiempo parcial. La sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 22 de noviembre de 2012 (Asunto C-385/11 - Asunto Isabel Elbal Moreno), e11n relación a la pensión contributiva de jubilación derivada de contratos a tiempo parcial utilizados mayoritariamente por las mujeres, se recoge lo siguiente (fundamentación jurídica): "(...)A este respecto, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe discriminación indirecta en el sentido del artículo 4 de la Directiva 79/7 cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres (véase, en particular, la sentencia Brachner, antes citada, apartado 56). Pues bien, por un lado, según se desprende del auto de remisión y, en particular, de las explicaciones del Juzgado remitente referidas en el apartado 17 de la presente sentencia, una normativa como la controvertida en el litigio principal perjudica a los trabajadores a tiempo parcial tales como la demandante en el litigio principal, que durante mucho tiempo han efectuado un trabajo a tiempo parcial reducido, puesto que, a causa del método empleado para calcular el período de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación, dicha normativa priva en la práctica a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener tal pensión. Por otro lado, el propio Juzgado remitente estima estadísticamente probado que una normativa como la controvertida en el litigio principal afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres, por cuanto en España al menos el 80 % de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. De ello se sigue que tal normativa es contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 , a menos que esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.(...) Por consiguiente, procede responder a la cuarta cuestión que el artículo 4 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.(...)"

Al respecto, también la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 253/2004 aclara que: "(...) cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta...que exista...una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado

mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas...En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. (...). En suma...para que quepa considerar vulnerado el derecho...antidiscriminatorio...debe producirse un trato distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho."

El Artículo 6 de la LO 3/2007 , define el concepto de discriminación directa "Art. 6-Discriminación directa e indirecta: (...) 2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados."

En base a lo anterior, se puede concluir que la exclusión de la pensión de jubilación SOVI a efectos de poder acceder a las prestaciones a favor de familiares, supone una desventaja respecto de las mujeres en relación con las personas del otro sexo, que no padecieron las limitaciones legales ni debieron asumir los roles sociales establecidos en el siglo pasado y durante el periodo de vigencia del SOVI. Por ello tal exclusión, a los efectos de lo previsto en el artículo 226 de la LGSS , debe calificarse de discriminación indirecta, de conformidad con el artículo 2 de la Directiva 2006/54 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 , relativa a la igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y el art. 4 y 6.2º de la LO 3/2007 de 22 de marzo de igualdad efectiva de mujeres y hombres. El impacto de género de la exclusión de las pensiones SOVI (jubilación en este caso), para el acceso a las prestaciones a favor de familiares no queda desvirtuado, como manifiesta la impugnante, por el hecho de que la prestación que se lucre pueda recaer por igual en hombres y mujeres, pues los beneficiarios (ellos y ellas), ya no se verían afectados por el Sistema SOVI, al estar incluidas las prestaciones a favor de familiares dentro del actual sistema de la seguridad social. A criterio de esta Sala sigue existiendo una discriminación en relación a las personas receptoras de pensión jubilación SOVI (mayoritariamente mujeres), pues sus familiares, (en el presente caso hija), se verían privados del acceso a las prestaciones, por la vía de discriminación por asociación o por vinculación, es decir una discriminación transferida o refleja padecida por personas vinculadas a la persona perteneciente al colectivo vulnerable. Así lo ha recogido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 17 de julio de 2008 C-303/06 (Asunto Coleman), en la que se dice: "Nos encontramos ante una discriminación en la que la circunstancia personal o social que motiva el trato peyorativo no concurre en el trabajador, sino en alguno de sus allegados o persona «asociada». Se ha «transferido» o «reflejado» el factor personal (discapacidad) de un individuo hacia el trabajador, que es quien sufre el trato discriminatorio por parte de la empresa. Así, para apreciar la discriminación ya no se atiende solo a un sujeto sino a dos, el perteneciente al colectivo vulnerable y el represaliado(...)" A lo anterior, debe añadirse otro elemento importante, pues entre los requisitos para acceder a la prestación a favor de familiares se incluye "acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante" El concepto de dedicación prolongada al cuidado del causante ha sido interpretado por esta Sala, entre otras, en STSJ Catalunya núm. 7410/2004 de 25 octubre JUR 2005\17393,13 en la que se recoge: " El concepto de cuidado a términos más generales, como los utilizados por el Código Civil en la regulación del Derecho de Familia, referido a cuestiones tales como velar por su bienestar, tener al causante en su compañía, atenderle en sus necesidades, tanto físicas, como emocionales, etc., sin que sea imprescindible la existencia de una enfermedad o alteración de la salud para que ese cuidado y dedicación se realice(...)" La vinculación entre el cuidado prolongado del causante y el acceso a la prestación que nos ocupa, colocaría en peor situación a las personas receptoras de pensión de jubilación SOVI (mayoritariamente mujeres), si quedan excluidas de las prestaciones a favor de familiares desalentando que éstos dediquen "un tiempo prolongado a sus cuidados". En base a lo expuesto, y la normativa referida, podemos concluir que debe realizarse una interpretación conforme al derecho de la Unión Europea, contextual e integradora de la dimensión de género y a tenor del injustificado impacto negativo (desventaja) existente entre las personas receptoras de la pensión de jubilación SOVI (mayoritariamente mujeres) debe igualarse con las pensiones de jubilación contributivas derivadas del actual Sistema de la Seguridad Social, a los efectos de tener por cumplido el requisito establecido en el art. 226.2º de la LGSS . Esta interpretación no contraviene, a criterio de esta Sala, los criterios contenidos en las Sentencias dictadas en los años noventa por la Sala Social del Tribunal Supremo (por todas, STS de 10 de diciembre de 1992 - RJ 1992/10068-), pues las mismas son anteriores a la vigencia de la actual art. 4 de la LO 3/2007 , que obliga a integrar el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas. Por todo lo

anteriormente expuesto debe estimarse este segundo motivo de censura jurídica y con él el recurso de suplicación planteado, con revocación de la sentencia y estimación de la demanda planteada, reconociéndose el derecho de la actora a acceder a las prestaciones a favor de familiares a tenor de un porcentaje del 72% sobre una base reguladora de 6'85 euros, con efectos 1 de febrero de 2016, tal y como se contiene en el relato contenido en el hecho probado tercero de la sentencia recurrida, que no se ha combatido.

Cuarto.

A tenor de lo previsto en el art. 235 de la LRJS , no procede la imposición de costas . Vistos los preceptos legales citados y de más de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a Esther contra la Sentencia nº 281/16 de 26 de julio de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria , que revocamos y, Estimamos la demanda interpuesta por la misma frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, reconociendo su derecho a percibir las prestaciones a favor de familiares, con una base reguladora de 6'85 euros, porcentaje de la pensión del 72 %, con efectos del 1 de febrero de 2016. Sin costas

Notifíquese la Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias. Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes. ADVERTENCIAS LEGALES Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social . Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/1237/16 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social. Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.