

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (Sede en Las Palmas)***Sentencia 44/2020, de 20 de enero de 2020**Sala de lo Social**Rec. n.º 850/2018***SUMARIO:**

Aportación demográfica a la Seguridad Social. Complemento por maternidad. Derecho a su percepción por pensionista de jubilación viudo con cuatro hijos. La actual configuración del complemento por maternidad pretende compensar las desventajas laborales derivadas de la maternidad (cuidados y educación de los hijos/as). Por tanto, el concepto de maternidad utilizado por la LGSS refiere a una interpretación amplia del término e incluye a los hijos/as adoptivos/as, es decir trasciende de la maternidad biológica y se vincula a la práctica de los cuidados proyectados sobre los menores descendientes, siendo la situación protegida la pérdida de oportunidades laborales o inferior cotización que conlleva irremediablemente el tiempo dedicado al cuidado de hijos e hijas, pues tal trabajo carece de reconocimiento social o contributivo al sistema de la Seguridad social, excepto en los casos legales tasados en los artículos 235, 236 y 237 de la LGSS (protección a la familia). Compensar las desventajas sufridas en el desarrollo de la carrera profesional por las madres trabajadoras, por dedicarse a la crianza de sus hijos/as, constituye un objetivo legítimo de política social, pero la total e incondicional exclusión de los padres trabajadores, puede ser un incentivo al abandono femenino del mercado laboral para el cuidado de hijos/as, fomentando la segregación de roles de género. Además, esta bonificación está dando un trato desigual, por razón de sexo, ante situaciones comparables. Ello es así porque, aunque es cierto que estadísticamente las mujeres cuidan más que los hombres, y por tanto sufren en mayor medida las desventajas laborales anudadas a dicha práctica, no es menos cierto que aquellos hombres que se atreven a cuidar, acaban padeciendo esas mismas desventajas y pérdida de oportunidades laborales que las mujeres. Por ello, tratándose de situaciones comparables, no puede tratarse de forma diferente a uno u otro sexo. En virtud de lo expuesto, debe concluirse que el complemento de maternidad regulado en el art. 60 de la LGSS, incurre en discriminación directa por razón de sexo, al excluir a los padres varones pensionistas (jubilación, invalidez y viudedad contributivas) que puedan estar en una situación comparable a la de las madres trabajadoras. Tal conclusión, contenida expresamente en la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18 NSJ060632), es vinculante para este Tribunal, pues el hecho de reconocer eficacia jurídica a los actos legislativos nacionales incompatibles con las disposiciones del Derecho comunitario, equivaldría, de hecho, a negar el carácter efectivo de los compromisos incondicional e irrevocablemente asumidos por los Estados miembros, en virtud del Tratado, y pondría así en peligro los propios fundamentos de la Unión Europea, como Comunidad (STJCE de 9 de marzo de 1977- Asunto 106/77, Simenthal). Procede, por tanto, inaplicar la restricción por razón de sexo contenida en el art 60 de la LGSS.

PRECEPTOS:

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

PONENTE:*Doña Gloria Poyatos Matas.*

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín N°6 Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Seguridad Social en materia prestacional Nº proc. origen: 0000809/2017-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000850/2018

NIG: 3501644420170008198

Materia: Prestaciones

Resolución: Sentencia 000044/2020

Recurrente: Ismael;

Abogado: MARIA CANDELARIA PEREZ GONZALEZ

Recurrido: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Recurrido: TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SERVICIO JURÍDICO SEGURIDAD SOCIAL LP

SERVICIO JURÍDICO SEGURIDAD SOCIAL LP

En Las Palmas de Gran Canaria, a 20 de enero de 2020.

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 Iltrmos. 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. 0000850/2018, interpuesto por D. Ismael, frente a Sentencia 000141/2018 del Juzgado de lo Social Nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000809/2017 -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 D. Ismael contra el INSS.

Segundo.

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

PRIMERO.- Por resolución del INSS de 31/08/17 se reconoció al actor prestación de jubilación, con fecha de efectos económicos de 23/08/17, base reguladora de 1.718,55€ y porcentaje de la pensión de 74%.

SEGUNDO.- El actor es padre de cuatro hijos.

La esposa del actor falleció el 07/05/2003.

TERCERO.- Se interpuso reclamación administrativa previa que fue desestimada.

CUARTO.- En caso de estimarse la demanda el importe del complemento ascendería a 190,76€.

Tercero.

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

DESESTIMAR la demanda interpuesta por Ismael, absolviendo al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, de los pedimentos efectuados en su contra.

Cuarto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

En fecha 28 de mayo de 2018, el actor D. Ismael, interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 141/18 dictada el 27 de abril de 2018 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Las Palmas en los autos 809/17, en la que se desestima la demanda interpuesta por el mismo frente al INSS y la TGSS en materia de aplicación del complemento por maternidad (art. 60 LGSS) concurrente en la pensión de jubilación contributiva reconocida. El motivo de la desestimación se sustenta en el hecho de que el citado complemento se prevé exclusivamente para las mujeres que hayan tenido hijos/as.

Segundo.

En fecha 12 de noviembre de 2018 fue dictada providencia por esta Sala por la que se daba audiencia previa a las partes por un plazo de 10 días para que presentaran alegaciones, ante la posible colisión de la regulación del complemento de maternidad con la normativa de la UE.

Tercero.

En fecha 7 de diciembre de 2018 fue dictado Auto por esta Sala (Rec. 850/2018) en el que se planteaba cuestión prejudicial ante el TJUE con arreglo al art. 267 TFUE, que fue admitido por el TJUE, bajo el número C-811/18. Entre las preguntas planteadas por esta sala al alto Tribunal, se incluía la siguiente:

" ¿La prohibición de discriminación por razón de sexo establecida en el art. 4.1 de dicha Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 , relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe ser interpretada en el sentido que se opone a una norma nacional como el artículo 60 del Real Decreto legislativo 8/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social , que excluye de forma absoluta e incondicional de la bonificación que establece para el cálculo de pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, a los padres pensionistas que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as?"

Cuarto.

El pasado 26 de diciembre de 2019, tuvo entrada en esta Sala Comunicación procedente del Sr. Secretario del TJUE, en el que se nos notifica la sentencia dictada por el TJUE de fecha 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-450/18) y a la vez se recoge literalmente:

" el secretario le ruega informe a este Tribunal si, a la vista de dicha sentencia, mantiene las preguntas planteadas en el asunto"

En la STJUE de 12 de diciembre de 2019 referida, se resuelve cuestión prejudicial planteada por juzgado de lo social nº3 de Girona en fecha 9 de julio de 2018, en la que se cuestiona la compatibilidad del complemento de maternidad español, regulado en el art. 60 de la LGSS con la legislación europea, en base a la exclusión de los padres trabajadores, lo que podría ser discriminatorio por razón de sexo. El litigio planteado era el de un trabajador que habiendo accedido a la pensión de incapacidad permanente absoluta contributiva solicitó la aplicación de la bonificación del complemento por maternidad (5%), al tener dos hijas.

La STJUE de 12 de diciembre de 2019 (Caso C 450/18), resuelve la cuestión prejudicial declarando:

" La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión".

Quinto.

En fecha 10 de enero de 2020 fue dictado Auto por esta Sala en el que a la vista de la similitud entre el asunto C 450/18 resuelto por el TJUE y la cuestión prejudicial planteada por esta Sala mediante auto de fecha 7 de diciembre de 2018, se procede a desistir de la cuestión planteada, dejando sin efecto la suspensión de los plazos procesales acordada en su momento, entre ellos el plazo para dictar sentencia resolviendo el recurso planteado. En base a ello se procede a resolver el recurso de suplicación planteado por el actor. El recurso ha sido impugnado por la Entidad gestora demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

En el primer y único motivo del recurso, con amparo en el art. 193 c) de la LRJS , se denuncia la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia señalando como norma sustantiva infringida, el art. 60 de la LGSS, en relación con el art. 3 y 6 de la ley 372007 de igualdad efectiva de mujeres y hombres, entendiéndose que se produce una discriminación de género respecto al demandante y padre trabajador que es excluido del acceso al complemento de maternidad por ser hombre.

Entiende el recurrente que el actor debe tener derecho a acceder al complemento por maternidad reclamado, pues reúne el requisito de tener más de dos hijos, específicamente cuatro, y habiendo fallecido sus esposa y madre biológica de sus hijos, es evidente su aportación demográfica a la Seguridad Social.

El recurso fue impugnado por la representación procesal del INSS. La letrada de esta Entidad Gestora reitera su decisión administrativa, destacando que la literalidad del complemento por maternidad que se reclama es clara, al establecer su exclusividad solo para las mujeres y se añade que también una interpretación teleológica (su espíritu y finalidad), nos lleva a la misma conclusión pues en la enmienda aprobada por el pleno del Congreso de los Diputados, en la que tiene su origen el "complemento por maternidad" cuestionado, recoge literalmente que sus objetivos son:

" Reconocer, mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad. Valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres. Y eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, cumpliendo en este sentido también las Recomendaciones de la Unión Europea".

RESOLUCIÓN DEL RECURSO.

A)-Complemento Por maternidad. Redacción legal.

Mediante 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 (LGSS), se renumera el complemento por maternidad, que pasa a ser el artículo 60 (párrafo primero) de la actual LGSS con la siguiente redacción:

" Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.

1. Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.

Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala:

- a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.
- b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento.
- c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.

A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente. (...)"

B)- Requisitos genéricos.

En aplicación estricta de la norma reguladora del complemento por maternidad regulado en el actual art. 60 de la LGSS, se acota su aplicación exclusivamente a las mujeres, por motivo de "su aportación demográfica a la Seguridad Social", siendo los requisitos generales acumulativos para su aplicación, con las salvedades contempladas en los párrafos que van del segundo al sexto, los siguientes:

- Ser mujer.
- Ser beneficiaria de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad.
- Que hayan tenido hijos biológicos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente.
- Solo se computarán los "hijos nacidos" (biológicos)

C)- Finalidad del complemento.

La causa por la que se regula el complemento por maternidad, es literalmente "por la aportación demográfica" de las mujeres a la Seguridad Social, lo que parece justificar que se acote su reconocimiento exclusivamente respecto a las pensionistas mujeres. La norma pretende compensar, a modo de acción positiva, la aportación a la demografía realizada por las mujeres mediante la maternidad y el esfuerzo asociado a tal maternidad, suavizando así las históricas discriminaciones que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres y han sido generadoras de la brecha de género en las pensiones. Esta finalidad u objetivos del complemento

controvertido, se contiene de forma expresa en la enmienda aprobada por el pleno del Congreso de los Diputados en la que trae su origen esta bonificación, al que expresamente refiere el INSS en su escrito de impugnación del recurso de duplicación, se trata de la Enmienda nº 4.242 del Grupo Parlamentario Popular, en la que literalmente se dice:

" El complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social se fundamenta en la consecución de los siguientes objetivos principales:

- Reconocer, mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad.
- Valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres. "

Por tanto el concepto de "maternidad" utilizado por la norma refiere a una interpretación amplia del término e incluye a los hijos/as adoptivos/as, es decir trasciende de la maternidad biológica y se vincula a la práctica de los cuidados proyectados sobre los menores descendientes, siendo la situación protegida la pérdida de oportunidades laborales o inferior cotización que conlleva irremediablemente el tiempo dedicado al cuidado de hijos e hijas, pues tal "trabajo" carece de reconocimiento social o contributivo al sistema de la Seguridad social, excepto en los casos legales tasados en los arts. 235, 236 y 237 de la LGSS (protección a la familia), que reconocen cotizaciones ficticias por el parto, como hecho físico de la maternidad, reconociéndose por ello tal derecho exclusivamente a las mujeres (art. 235 LGSS). También se reconocen bonificaciones para compensar los defectos de cotización surgidos en torno al nacimiento, adopción o acogimiento de un menor, presumiblemente derivado del tiempo dedicado a su cuidado y por la posible repercusión en el mantenimiento del empleo, reconociéndose este beneficio a uno de los progenitores y en caso de controversia se otorgará a las mujeres (art.236 LGSS). Y, por último, en el art. 237 LGSS se reconocen bonificaciones durante ciertos periodos limitados temporalmente por cuidado de hijos/as y otros familiares, tanto para mujeres como para hombres (excedencias, reducción de jornada).

Compensar las desventajas sufridas en el desarrollo de la carrera profesional por las madres trabajadoras, por dedicarse a la crianza de sus hijos/as constituye un objetivo legítimo de política social, pero como se expondrá a continuación, nos suscita dudas interpretativas la total e incondicional exclusión de los padres, porque ello puede incentivar el abandono femenino del mercado laboral para el cuidado de hijos/as, fomentando la segregación de roles de género.

D)- Directiva 79/7, situación comparable y discriminación por razón de sexo. STJUE de 12 de diciembre de 2019 (caso -450/18)

En primer lugar debe analizarse si estamos, o no ante una situación comparable pues la jurisprudencia de la UE ha admitido que el principio de igualdad de retribución consagrado en el art. 157 TFUE (antiguo 141 CE), no solo se opone a la aplicación de disposiciones que establezcan discriminaciones directamente basadas en el sexo, sino también a la aplicación de disposiciones que mantengan diferencias de trato entre trabajadores y trabajadoras en virtud de criterios no fundados en el sexo, cuando tales diferencias de trato no puedan explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo (Sentencias Seymour-Smith y Pérez C-167/97-apartado 52- y Vob, C-300/06- apartado 25 y jurisprudencia citada). La jurisprudencia del TJUE ha venido admitiendo las acciones positivas a favor del sexo femenino, para la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte , y para la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y el parto (sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, Rec. p. 3047, apartado 25; de 14 de julio de 1994, Webb, C-32/93, Rec. p. I-3567, apartado 20; de 30 de junio de 1998, Brown, C-394/96, Rec. p. I-4185, apartado 17, y de 1 de febrero de 2005, Comisión/Austria, C-203/03, Rec. p. I-935, apartado 43).

La reciente sentencia del TJUE (Caso C-450/18), ha considerado que el complemento de maternidad español tiene naturaleza jurídica de pensión pública contributiva y por ende está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y

mujeres en materia de seguridad social, por cuanto forma parte de un Régimen legal de protección contra riesgos enumerados en la misma, como es la invalidez permanente, pero también la jubilación (vejez), a los que refieren expresamente el art. 3.1º. Seguidamente el TJUE, en aplicación del art. 4 de la Directiva 79/7, pone de manifiesto que existe una situación comparable entre hombres y mujeres (padres y madres).

Recuerda el TJUE en esta sentencia que: "El carácter comparable de las situaciones no debe apreciarse de manera global y abstracta, sino de un modo específico y concreto, teniendo en cuenta todos los elementos que las caracterizan, especialmente a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción controvertida y, en su caso, de los principios y objetivos del ámbito al que pertenezca dicha normativa nacional [sentencia de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C 451/16 , EU:C:2018:492 , apartado 42 y jurisprudencia citada].

En cuanto al objetivo perseguido por el artículo 60, apartado 1, de la LGSS , a saber, recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, procede señalar que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres.

Por consiguiente, la aportación demográfica a la Seguridad Social no puede justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión controvertido (...) (apartados 45 a 47, C- 450/18)"

Ello es así porque "el complemento por maternidad", como se ha expuesto, no se vincula a la maternidad biológica, el embarazo o el parto sino a la crianza de hijos/as y la práctica de cuidar, por ser un factor que redundan negativamente en la carrera profesional e ingresos salariales de las personas trabajadoras. Los cuidados de hijos/as han sido históricamente asumidos por las mujeres, no por una cuestión biológica o vinculada al sexo sino por razones culturales y sociales (género), al asignarse a las mujeres el rol de cuidadoras y a los hombres el de proveedores del hogar.

No obstante, la práctica de cuidar de "facto" puede ser desempeñada tanto por mujeres como por hombre. Promover socialmente la implicación de los padres en la crianza de hijos/as, es un avance hacia la corresponsabilidad y, por tanto, la igualdad real entre mujeres y hombres. Por ello, las situaciones de un trabajador y una trabajadora, padre y madre respectivamente de niños/as de corta edad, son comparables en relación con la necesidad en que pueden encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar del hijo/a (Sentencia Griesmar, apartado 56 y sentencia de 19 de marzo de 2002, Lommers, C-476/99, apartado 30, en relación con el acceso a servicio de guardería).

Por tanto, partiendo de la existencia de una situación comparable, entiende el Tribunal europeo en la sentencia comentada que el complemento por maternidad español incurre en una discriminación directa por razón de sexo y por lo tanto está prohibida por la Directiva 79/7, resumidamente por las siguientes razones:

1ª)-La jurisprudencia del TJUE reserva a los Estados miembros el derecho a adoptar disposiciones destinadas a garantizar la igualdad efectiva. El artículo 4.2 de la Directiva 79/7 les reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, en materia de protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo y también en materia de protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra

Pero el complemento de maternidad no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre su concesión 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.

2ª)- Según el artículo 7.1 b), de la Directiva 79/7, esta no obstará a la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos.

Pero complemento por maternidad tampoco se supedita a la educación de los hijos/as o la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a su educación, sino simplemente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido hijos/as biológicos o adoptados y sean receptoras de determinadas pensiones contributivas (invalidez, jubilación o viudedad), en cualquier régimen del sistema de la seguridad Social.

3ª) -La circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos/as porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma tales cuidados y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas

desventajas en su carrera (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 56).

4ª)- El artículo 157.4 del TFUE, establece que, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Sin embargo, esta disposición no puede aplicarse al controvertido complemento por maternidad, dado que se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión (jubilación, invalidez o viudedad contributiva), sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar las madres trabajadoras durante su carrera profesional y a criterio del TJUE:

" no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648 , apartado 65, y de 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13 , EU:C:2014:2090 , apartado 101)"

En base a las razones anteriores, el alto Tribunal europeo llega a la conclusión de que el complemento de maternidad (art. 60 LGSS): "constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por tanto, está prohibida por la Directiva 79/7.

E)- Aplicación al caso a resolver

En el presente caso, estos son los hechos relevantes contenidos en el relato fáctico.

-Mediante resolución del INSS de fecha 31 de agosto de 2017 se reconoció al actor pensión contributiva de jubilación, con efectos económicos de 23 de agosto de 2017 y una base reguladora de 1.718'55 euros y un porcentaje de la pensión del 74%.

- El actor es padre de cuatro hijos, habiendo fallecido su esposa en fecha 7 de mayo de 2003.

-El demandante solicitó la aplicación del complemento por maternidad en su pensión de jubilación que le fue denegada por el INSS mediante resolución del INSS de fecha de salida 19 de septiembre de 2017, por el siguiente motivo:

" la regulación de dicho complemento solo contempla la aplicación del mismo para las mujeres que hayan tenido hijos y sean beneficiarias en cualquier régimen de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente. La norma no regula en ningún caso la posibilidad de que dicho complemento pueda aplicarse a las pensiones de los cónyuges supérstites."

-Planteada por el actor reclamación previa frente a la anterior resolución, el INSS la desestimó mediante resolución de 19 de septiembre de 2017, en los siguientes términos:

" Único: Por no ser de aplicación, el complemento por maternidad.

Usted solicita que se le aplique el complemento por maternidad correspondiente, en este caso de cuatro o más hijos.", sin embargo, la regulación de dicho complemento solo contempla la aplicación del mismo para las mujeres que hayan tenido hijos y sean beneficiarias en cualquier régimen de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente. La norma no regula en ningún caso la posibilidad de que dicho complemento pueda aplicarse a las pensiones de los cónyuges supérstites. Artículo 60 del Real Decreto Legislativo, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social ".

- La sentencia del juzgado de lo social nº1 de Las Palmas, desestimó la demanda planteada por el actor, en base a la literalidad del precepto regulador del complemento por maternidad (art. 60 LGSS), que se acota exclusivamente para las madres trabajadoras, y, por tanto, se excluye a los varones.

Expuestos los hechos del litigio, esta Sala debe aplicar al caso los criterios jurisprudenciales contenidos en la Sentencia del TJUE de fecha 12 de diciembre de 2019 (C-450/18), que son plenamente aplicables al caso que ahora debemos resolver. En el presente caso, además, se añade también estos otros elementos:

1º)-El fallecimiento de la madre de los 4 hijos del actor en 2003, por lo que nunca pudo su esposa beneficiarse del cuestionado complemento.

2º)-Además, la muerte de la esposa exigió del padre y demandante que cuidara y educara a sus hijos en solitario, lo que le supuso, soportar las mismas desventajas laborales, anudadas a la práctica de cuidar a sus descendientes, que vienen soportando las madres trabajadoras (mayoritariamente).

Para resolver este recurso debemos aplicar necesariamente la jurisprudencia del TJUE contenida en la sentencia de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), a cuya fundamentación nos remitimos.

La actual configuración del Complemento por maternidad pretende compensar las desventajas laborales derivadas de la maternidad (cuidados y educación de los hijos/as).

Por tanto el concepto de "maternidad" utilizado por la norma refiere a una interpretación amplia del término e incluye a los hijos/as adoptivos/as, es decir trasciende de la maternidad biológica y se vincula a la práctica de los cuidados proyectados sobre los menores descendientes, siendo la situación protegida la pérdida de oportunidades laborales o inferior cotización que conlleva irremediablemente el tiempo dedicado al cuidado de hijos e hijas, pues tal "trabajo" carece de reconocimiento social o contributivo al sistema de la Seguridad social, excepto en los casos legales tasados en los arts. 235, 236 y 237 de la LGSS (protección a la familia). Compensar las desventajas sufridas en el desarrollo de la carrera profesional por las madres trabajadoras, por dedicarse a la crianza de sus hijos/as constituye un objetivo legítimo de política social, pero la total e incondicional exclusión de los padres trabajadores, puede ser un incentivo al abandono femenino del mercado laboral para el cuidado de hijos/as, fomentando la segregación de roles de género.

Además, esta bonificación está dando un trato desigual, por razón de sexo, ante situaciones comparables. Ello es así porque, aunque es cierto que estadísticamente las mujeres cuidan más que los hombres, y por tanto sufren en mayor medida las desventajas laborales anudadas a dicha práctica, no es menos cierto que aquellos hombres que se atreven a cuidar, acaban padeciendo esas mismas desventajas y pérdida de oportunidades laborales que las mujeres. Por ello tratándose se situaciones comparables, no puede tratarse de forma diferente a uno u otro sexo.

A lo anterior debe añadirse que el caso que nos ocupa tiene gran similitud al resuelto por la sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2001 (Caso Griesmar, C-366/99), que entró a valorar el eventual carácter discriminatorio que podía tener una norma francesa por la que se atribuía cotización ficticia a las funcionarias que hubieran sido madres en el momento en que accedieran a la pensión de jubilación. El beneficio de cotizaciones ficticias, era automático a las madres de hijos/as biológicos, aunque se ampliaba también a los hijos/as adoptados, si se cumplía el requisito de haberse dedicado a sus cuidados durante un periodo mínimo de 9 años. El Gobierno francés, al igual que sucede en el complemento por maternidad español, defendió la legalidad de la controvertida bonificación porque estaba destinada: "a compensar las desventajas a las que se enfrentan las funcionarias, con hijos en su vida profesional, aunque no hayan dejado de trabajar" (I-9435).

En el asunto Griesmar el TJUE se puso de manifiesto que la medida controvertida:

" no estaba destinada realmente, a pesar de las alegaciones del gobierno francés, a compensar las desventajas que sufren en su carrera las funcionarias, ayudándolas en su vida profesional. Por el contrario, esta medida se limita a conceder a las funcionarias que sean madres una bonificación de la antigüedad en el momento de su jubilación, sin aportar ningún remedio a los problemas que puedan encontrar durante su carrera profesional" (I-9438, 65)

Por tanto, el Tribunal europeo constató la existencia de una diferencia de trato por razón de sexo con respecto a los padres funcionarios que hubieran asumido efectivamente el cuidado de sus hijos/as y considera que la bonificación concedida a las madres funcionarias no constituye una medida destinada a ayudar a las mujeres en su vida profesional porque, al concederse en el momento del cese de la actividad, no es un remedio efectivo a los problemas a los que han tenido que enfrentarse las mujeres durante su carrera profesional, derivados de la práctica de cuidar. Las dificultades profesionales soportadas por las madres no se resuelven mediante el sistema de

bonificación previsto y, por tanto, la diferencia de trato por razón de sexo que establece la normativa francesa no se justifica y resulta discriminatoria para los hombres.

En conexión con la anterior sentencia, fue dictada posteriormente la sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014 (Caso Leone, C-173/13), siendo parte también el mismo Estado francés. En este caso se declara que determinadas ventajas concedidas al personal funcionario en materia de jubilación establece una discriminación indirecta por razón del sexo. Dicha desigualdad de trato, derivada de un requisito que cumplen sistemáticamente las funcionarias gracias al carácter obligatorio del permiso por maternidad, de modo que una madre, por el simple hecho de serlo accedía automáticamente al beneficio, pero no ocurría lo mismo en el caso de los padres funcionarios. Además se declaró también que la norma no estaba justificada, ya que no respondía verdaderamente al empeño en alcanzar el objetivo legítimo de política social invocado por Francia ni que dicha normativa se haya aplicado de manera congruente y sistemática desde este punto de vista.

Por último, debe destacarse también, en esta tendencia jurisprudencial de eliminar las normas que atribuyen exclusivamente a las madres determinados beneficios o ventajas relacionadas con el cuidado de los hijos/as, la sentencia del TJUE de fecha 30 de septiembre de 2010 (caso Roca Álvarez, C-104/09), que incorpora el concepto de corresponsabilidad como criterio de interpretación en la acomodación al derecho de la UE de la normativa española (permiso de lactancia). En esta sentencia se determinó que la preferencia materna de ciertos beneficios vinculados a los cuidados de hijos/as, puede implicar una perpetuación de roles de cuidado que puede dirigirse en contra de las mujeres. Y se calificó de discriminatoria la preferencia legal femenina, con posibilidad secundaria de disfrute por el padre, sobre un permiso parental (lactancia), ello en base a que la naturaleza del permiso, pese a su denominación, ha quedado desvinculada del amamantamiento por parte de la madre, considerándose en la actualidad un tiempo de cuidado a favor del hijo/a.

De igual modo, la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2015 (caso Maïstrellis , C- 222/2014), en su apartado 50 recuerda que un permiso parental condicionado en el caso del padre a que la madre trabaje, lejos de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional, puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental (véanse, en este sentido, las sentencias Lommers, C 476/99, EU:C:2002:183, apartado 41, y Roca Álvarez, C 104/09, EU:C:2010:561, apartado 36).

Por todo lo expuesto, debe concluirse que el complemento de maternidad regulado en el art. 60 de la LGSS, incurre en discriminación directa por razón de sexo, al excluir a los padres varones pensionistas (jubilación, invalidez y viudedad contributivas) que puedan estar en una situación comparable a la de las madres trabajadoras. Tal conclusión , contenida expresamente en la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C- 450/18), es vinculante para este Tribunal pues el hecho de reconocer eficacia jurídica a los actos legislativos nacionales incompatibles con las disposiciones del Derecho comunitario, equivaldría de hecho a negar, el carácter efectivo de los compromisos incondicional e irrevocablemente asumidos por los Estados miembros, en virtud del Tratado, y pondría así en peligro los propios fundamentos de la Unión Europea, como Comunidad (STJCE de 9 de marzo de 1977- Asunto 106/77, Simenthal).

Por tanto, procede estimar el recurso planteado e inaplicar la restricción por razón de sexo contenida en el art 60 de la LGSS, y reuniendo el demandante las otras dos condiciones para acceder al complemento, esto es, ser pensionista de jubilación contributiva y tener más de dos hijos/as, (en este caso cuatro hijos biológicos), procede la aplicación de la escala c) del art. 60.1º LGSS, esto es, debe aumentarse la cuantía inicial de la pensión de jubilación reconocida en un 15%, lo que se traduce, según se contiene en el hecho probado cuarto de la sentencia recurrida, que no se ha combatido, en la cantidad de 190'76 euros mensuales, con efectos económicos desde el 23 de agosto de 2017.

En consecuencia, el recurso debe ser estimado.

Segundo.

A tenor de lo previsto en el art. 235 de la LRJS, no procede la imposición de costas, conforme al art. 235 LRJS.

Tercero.

A tenor de lo previsto en el art. 218 de la LRJS frente a esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por D. Ismael frente a la sentencia nº 141/18 dictada el 27 de abril de 2018 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Las Palmas en los autos 809/17, que revocamos y estimando la demanda planteada declaramos el derecho del actor al complemento por maternidad en la escala del 15%, aplicable sobre la cuantía inicial de la pensión de jubilación contributiva reconocida, esto es, en la cantidad de 190'76 euros mensuales con efectos económicos del 23 de agosto de 2017, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por tal declaración y a su abono efectivo. 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 1 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 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 3537/0000/66/0850/18 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.