



Roj: **ATSJ ICAN 6/2018 - ECLI:ES:TSJICAN:2018:6A**

Id Cendoj: **35016340012018200003**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **07/12/2018**

Nº de Recurso: **850/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **GLORIA POYATOS MATAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº 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

Intervención: Interviniente: Abogado:

Recurrente Damaso MARIA CANDELARIA PEREZ GONZALEZ

Recurrido INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Recurrido TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**AUTO**

Ilmos. /as Sres. /as SALA Presidente

D./Dª. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ

Magistradas

D./Dª. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ

D./Dª. GLORIA POYATOS MATAS (**Ponente**)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 7 de diciembre de 2018. Dada cuenta;

SERVICIO JURÍDICO SEGURIDAD SOCIAL LP

SERVICIO JURÍDICO SEGURIDAD SOCIAL LP

**I-ANTECEDENTES PROCESALES**

**Recurso.** En fecha 28 de mayo fue presentado recurso de suplicación ante esta Sala, frente a la Sentencia de 27 de abril de 2018 dictada por el juzgado de lo social nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria (autos 809/2017). El



recuso se impulsa por la parte demandante siendo impugnado por la demandada mediante escrito presentado el 13 de julio de 2018.

### Representación de las partes y datos del contacto.

Parte demandante y recurrente: Don Damaso

Letrada parte demandante: D<sup>a</sup> María Candelaria Pérez González con domicilio en C/ sociedad de Pastos, 52, Ingenio, teléfono 666139845 y correo electrónico: macanpg@hotmail.com.

Parte demandada e impugnante: Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)

Letrado demandada: Gabriela Elena Serrano San Cristóbal. Jefe del Servicio Jurídico de la Seguridad Social, D. Angel Muñoz, con domicilio en C/ Perez del Toro, nº 89, 35004, Las Palmas de Gran Canaria y teléfono 928440794 y correo electrónico: angel- vicente.munoz@seg-social.es.

## II- HECHOS

**1-** En fecha **30 de octubre de 2017** fue presentada demanda ante el juzgado decano de Las Palmas por Don Damaso , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social de España (en adelante INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS), en la que se reclamaba el derecho a que se le aplicara un incremento del 15% sobre la pensión de jubilación, (reconocida por resolución de fecha de salida 31 de agosto de 2017), en concepto de complemento por maternidad, regulado en el 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).

**2-** La demanda se presentaba frente a resolución del INSS de fecha de salida **19 de septiembre de 2017**, que denegaba el derecho del Sr. Damaso a la bonificación reclamada 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."*

**3-** Admitida a trámite la demanda por el juzgado de lo social nº 1 de Las Palmas, bajo el número de autos 809/2017, se señaló para la celebración del acto del juicio el 26 de abril de 2018. En fecha **27 de abril de 2018** fue dictada sentencia, en cuyo fallo se decide:

*" Desestimar la demanda interpuesta por Don Damaso , absolviendo al Instituto Nacional de la Seguridad Social de los pedimentos efectuados en su contra"*

**4-** El Sr. Damaso aportó junto a la demanda y obra en el expediente administrativo del INSS, copia del libro de familia en que consta que tiene **4 hijos** (folios 7, 8 y 20 a 23) :

- Eugenio , nacido el NUM000 de 1980
- Eulalia , nacida el NUM001 de 1982
- Fermina , nacida el NUM002 de 1989
- y Gema , nacida el NUM003 de 1.998

La esposa del Sr. Damaso y madre de sus hijos, D<sup>a</sup> Mariana , **falleció el 7 de mayo de 2003**.

**5-** En fecha **28 de mayo de 2018 fue formalizado recurso de suplicación** frente a citada sentencia por Don Damaso , en el que se alega discriminación del demandante, por razón de sexo, al impedírsele acceder a la bonificación solicitada, por razón de su sexo, lo que a su criterio: *"de mantenerse el complemento únicamente a favor de las madres es evidente la discriminación de género, lo que es incompatible con el Derecho Comunitario, pues únicamente se reconoce a las madres y no a los padres, una teórica compensación por el tiempo dedicado a la educación y cuidado de los hijos.*

**6-** El recurso fue impugnado por la representación procesal del INSS, mediante escrito presentado el 13 de junio de 2018. 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".

### III-FUNDAMENTOS JURÍDICOS

#### III.1º-Objeto del litigio principal.

1- El INSS mediante resolución de fecha de salida **31 de agosto de 2017** (folio 3) reconoció al demandante pensión de jubilación contributiva, a tenor de un 74% de porcentaje sobre una base reguladora de 1.718'55 euros, lo que resulta una pensión ascendente a 1.271 euros mensuales, con efectos de fecha 23 de agosto de 2017.

2- El Sr. Damaso, presentó en fecha **11 de septiembre de 2017**, ante la Entidad Gestora de las pensiones (INSS) reclamación previa (folio 4) frente a la anterior resolución en la que solicitaba se le aplicase un incremento del 15% sobre la pensión reconocida, en aplicación del complemento de maternidad regulado en el art. 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre (en adelante LGSS), al haber tenido 4 hijos biológicos (folios 7 y 8) y dada su condición de viudo, al haber fallecido su esposa en fecha en fecha 7 de mayo de 2003 (folio 6).

3- Por parte demandada, INSS, se resolvió la reclamación planteada por el Sr. Damaso mediante resolución de fecha de salida **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 "*

4- En su demanda, el Sr. Damaso impugna tal resolución alegando -hecho tercero y cuarto - :

*" se ha cometido un error al no haber aplicado, en el caso concreto del hoy actor, el incremento del 15% por los hijos nacidos del solicitante ( son cuatro hijos) que establece el art. 60 de la LGSS . Como se probó en su momento, el hoy actor es viudo de la madre de dichos hijos y, en momento alguno tal porcentaje le fue aplicado a la fenecida, siendo por lo que, siendo imposible que la mima pueda acogerse a tal incremento (dado su fallecimiento), el mismo debe aplicarse al otro progenitor(...)En el presente caso, por el INSS, sin tener en cuenta los requisitos concretos del presente caso, realiza discriminación por razón de sexo.(...)"*

5- En la Fundamentación jurídica se invoca el artículo 14 de la Constitución Española y artículos 3 y 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y Hombres.

6- El objeto del litigio, se centra en la aplicación del complemento por maternidad regulado en el art. 60 de la LGSS a padre VARÓN pensionista de jubilación contributiva, con 4 hijos biológicos, al haber fallecido en 2003 la esposa y madre de sus 4 hijos.

7- La Entidad demandada se opuso a la demanda de acuerdo con su resolución de 19 de septiembre de 2017.

#### III.2º-Normativa y Jurisprudencia aplicable.

##### A)- Derecho de la Unión Europea

##### 1- Artículo 157.1 º , 2 º y 4º del TFUE (antiguo 141 TCE):

*" 1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.*

*2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.*

*La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:*

1. que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;
2. que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.(...)
4. 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."

**El artículo 21.1º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE** (2000/ C 364/01) dispone: "No discriminación 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

**3- Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1.978**, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad, de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, en su art. 3.1º a), 4 y 7 disponen:

" Artículo 3

1 . La presente Directiva se aplicará

a ) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos:

- enfermedad,
- invalidez,
- vejez,
- accidente laboral y enfermedad profesional,
- desempleo (...)"

" Artículo 4

1 . El 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 lo relativo a:

- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,
- la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,
- el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo , y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

2 . El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad "

" Artículo 7

1 . La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:

- a ) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación , y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones;
- b ) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos ; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos;
- c ) la concesión de derechos a prestaciones de vejez o invalidez en razón de los derechos derivados de la esposa;
- d ) la concesión de aumentos de las prestaciones de larga duración de invalidez, de vejez, de accidente laboral o de enfermedad profesional por la esposa a cargo;
- e ) las consecuencias que resultaren del ejercicio, antes de la adopción de la presente Directiva , de un derecho de opción con objeto de no adquirir derechos o de no contraer obligaciones en el marco de un régimen legal.

2 . Los Estados miembros examinarán periódicamente las materias excluidas en virtud del apartado 1, a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social en la materia, si está justificado mantener las exclusiones de las que se trata."

4- **Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976**, 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, que en sus artículos 1.1º, 2 y 5 establecen lo siguiente:

" Artículo 1

1. *La presente Directiva contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y, en las condiciones previstas en el apartado 2, a la seguridad social. Este principio se llamará en lo sucesivo "principio de igualdad de trato". (...)*

" Artículo 2

1. *El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.*

(...)

3. *La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.*

4. *La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1."*

" Artículo 5

1. *La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.*

2. *Para ello, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:*

a) *se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato;*

b) *se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas, así como en los estatutos de las profesiones independientes;*

c) *se revisen aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser; que, para las disposiciones convencionales de esa misma naturaleza, las partes sociales sean invitadas a proceder a las revisiones que sean convenientes(...).*

5- La Directiva 76/207/CEE fue modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 que modifica el redactado original de la Directiva 76/207/CEE:

"Artículo 2

1. *A efectos de las disposiciones siguientes, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.*

2. *A efectos de la presente Directiva se entenderá por:*

- *'discriminación directa': la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo,*

- *'discriminación indirecta': la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios (...)"*

6- 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, refundió las **Directivas 76/207/CEE**; la 86/378/CEE; la 75/117/CEE y la 97/80/CE.

**B)- Derecho Nacional**



**1- Artículo 14 de la Constitución Española** (BOE nº 311 de 29/12/78):

" Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

**2- Artículos 3, 6 y 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres** -en adelante LOIEMH- (BOE nº 71 de 23/03/07):

**Artículo 3.** *El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.*

*El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.*

**Artículo 6.** *Discriminación directa e indirecta.*

*1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.*

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.

*3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo.*

**Artículo 11.** *Acciones positivas.*

*1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.*

*2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley".*

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.

**3- Disposición Final 3ª de la Ley 48/2015, de 29 de octubre** de Presupuestos Generales del Estado para 2016 (BOE nº 260 de 30/10/2015) que establece lo siguiente:

" *Disposición final tercera. Entrada en vigor del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.*

*El complemento por aportación demográfica a la Seguridad Social, que se regula en el artículo 50 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, será aplicable, cuando concurren las circunstancias previstas en el mismo, a las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente que se causen a partir de 1 de enero de 2016 y **cuya titular sea una mujer**".*

**4- El artículo 50 bis del Real Decreto legislativo 1/1994**, de 20 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dispone:

" *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 naturales o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen de Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad e 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:

- *En el caso de 2 hijos: 5 por 100.*



- En el caso de 3 hijos: 10 por 100.
- En el caso de 4 o más hijos: 15 por 100.

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.

2. En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente supere el límite establecido en el artículo 47 sin aplicar el complemento, la suma de la pensión y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por 100 del complemento asignado.

Asimismo, si la cuantía de la pensión reconocida alcanza el límite establecido en el artículo 47 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por 100 de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.

En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento.

Si la pensión a complementar se causa por totalización de períodos de seguro a prorrata temporis, en aplicación de normativa internacional, el complemento se calculará sobre la pensión teórica causada y al resultado obtenido se le aplicará la prorrata que corresponda.

3. En aquellos supuestos en que la pensión inicialmente causada no alcance la cuantía mínima de pensiones que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, se reconocerá dicha cuantía, teniendo en cuenta las previsiones establecidas en el artículo 50. A este importe se sumará el complemento por hijo, que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada.

4. El complemento de pensión no será de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial, a los que se refieren, respectivamente, los artículos 161 bis. 2.B) y 166.

No obstante lo anterior, se asignará el complemento de pensión que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.

5. En el caso de concurrencia de pensiones del sistema de la Seguridad Social, se reconocerá el complemento por hijo solamente a una de las pensiones de la beneficiaria, de acuerdo con el siguiente orden de preferencia:

1.º A la pensión que resulte más favorable.

1

2.º Si concurre una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, el complemento se aplicará a la de jubilación.

En el supuesto de que la suma de las pensiones reconocidas supere el límite establecido en el artículo 47 sin aplicar el complemento, la suma de las pensiones y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por 100 del complemento asignado.

Asimismo, si la cuantía de las pensiones reconocidas alcanza el límite establecido en el artículo 47 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por 100 de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.

En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la suma de las pensiones concurrentes el importe del límite máximo vigente en cada momento.

6. El derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización."

5- 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) (BOE nº 261 de 31/10/95), se renumera el complemento por maternidad, que pasa a ser el artículo 60 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.*

**2.** *En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente supere el límite establecido en el artículo 57 sin aplicar el complemento, la suma de la pensión y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado.*

*Asimismo, si la cuantía de la pensión reconocida alcanza el límite establecido en el artículo 57 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.*

*En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento.*

*Si la pensión a complementar se causa por totalización de períodos de seguro a prorrata temporis, en aplicación de normativa internacional, el complemento se calculará sobre la pensión teórica causada y al resultado obtenido se le aplicará la prorrata que corresponda.*

**3.** *En aquellos supuestos en que la pensión inicialmente causada no alcance la cuantía mínima de pensiones que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, se reconocerá dicha cuantía, teniendo en cuenta las previsiones establecidas en el artículo 59. A este importe se sumará el complemento por hijo, que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada.*

**4.** *El complemento de pensión no será de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial, a los que se refieren, respectivamente, los artículos 208 y 215.*

*No obstante lo anterior, se asignará el complemento de pensión que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.*

**5.** *En el caso de concurrencia de pensiones del sistema de la Seguridad Social, se reconocerá el complemento por hijo solamente a una de las pensiones de la beneficiaria, de acuerdo con el siguiente orden de preferencia:*

*1.º A la pensión que resulte más favorable.*

*2.º Si concurre una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, el complemento se aplicará a la de jubilación.*

*En el supuesto de que la suma de las pensiones reconocidas supere el límite establecido en el artículo 57 sin aplicar el complemento, la suma de las pensiones y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado.*

*Asimismo, si la cuantía de las pensiones reconocidas alcanza el límite establecido en el artículo 57 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.*

*En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la suma de las pensiones concurrentes el importe del límite máximo vigente en cada momento.*

**6.** *El derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización".*

Artículo 235 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 (LGSS):

*" Períodos de cotización asimilados por parto*





A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple".

### C)- Jurisprudencia de la Unión Europea aplicable

1- Sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2001( *Caso Griesmar*, C-366/99 ).

- Sentencia de 17 de julio de 2014 ( *Caso Leone*, C- 173/13 ).

- Sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2010 ( *caso Roca Álvarez*, C-104/09 ).

- Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2015 ( *Caso Maïstrellis*, C-222/14 ).

### III.3º)- Razones que fundamentan el planteamiento de la cuestión prejudicial.

1.- *Complemento por maternidad español. 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.

Los requisitos generales para el acceso al complemento **excluyen** por tanto, a los pensionistas **varones**.

2- *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 grabado más intensamente a las mujeres que a los hombres y han sido generadoras de la brecha de género en las pensiones. Por ello se excluye incondicionalmente a los pensionistas varones configurando este precepto como una especie de acción afirmativa a favor del colectivo femenino, por ser tradicionalmente cuidadoras de hijos/as y no tanto por razones vinculadas estrictamente a la maternidad biológica. 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 suplicación, 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 irremediamente 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.

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).

No obstante, *"el complemento por maternidad"* español, 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).

### 3- *Exclusión incondicional de los varones pensionistas. Ausencia de clausula de salvaguarda.*

La literalidad en la redacción de la bonificación analizada, presume en todos los casos, que tal crianza recaerá exclusivamente en las madres trabajadoras.

Limitar el ámbito subjetivo exclusivamente al colectivo femenino, presupone legalmente que los varones no cuidan a los hijos/as y por tanto se les niega legalmente su *"aportación demográfica"*. Y aunque estadísticamente los cuidados recaigan mayoritariamente sobre las mujeres, no por ello podemos excluir a los padres de forma tan absoluta y radical.

Tal **exclusión, sin clausula de salvaguarda alguna**, destierra del acceso al complemento a aquellos hombres que como en el caso del demandante, puedan probar que han asumido en solitario el cuidado de sus hijos/as y por tanto han hecho una contribución demográfica. Aportación, que se hace más evidente al haber fallecido la esposa y madre de los hijos del Sr. Damaso en 2003. Y también se excluyen del acceso a la bonificación, otras situaciones similares, por ejemplo familias monoparentales de hombres, parejas homosexuales, adopciones de hijos o hijas realizadas por varones o casos en los que por otras razones, pudiera demostrarse que los cuidados y crianza de descendientes biológico o adoptivos, ha recaído de forma exclusiva en los padres.

*La duda interpretativa.*



La duda de esta Sala, que suscita el planteamiento de la presente cuestión es si esta exclusión absoluta e incondicional de los padres trabajadores al acceso al complemento por maternidad, puede considerarse una diferencia de trato por razón de sexo injustificada, y discriminatoria, en determinadas circunstancias excepcionales, como en el caso de los padres viudos que habiendo dedicado tiempo y esfuerzo a la crianza de sus hijos/as quedan excluidos del citado complemento.

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).

5-A continuación se detallan las *similitudes entre el presente caso y el caso Griesmar*:

**a)**- En el caso *Griesmar* como en el presente, la bonificación o complemento no se vincula al parto ni el permiso de maternidad, sino a la educación o crianza de los hijos/as. Ello queda más claro en el caso español porque el art. 235 de la LGSS regula expresamente una cotización ficticia a favor de las mujeres madres pensionistas por razón de cada parto natural, con el siguiente tenor literal:

*" Artículo 235 Periodos de cotización asimilados por parto.*

*A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple".*

**b)**- Además en ambos casos, el legislador/a nacional, parte de la presunción de que tanto los hijos/as naturales como adoptivos/as son cuidados en el hogar, exclusivamente por las madres.

**c)**- Las situaciones de padres y madres pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos/as, porque aunque ciertamente las mujeres asumen estadísticamente más esta tarea o "trabajo", ello no puede excluir incondicionalmente la posibilidad de comparación de su situación con la de los hombres que asuman el cuidado de sus hijos/as y que por esa razón hayan podido sufrir las mismas desventajas en su carrera.

**d)**- En ambos casos, tanto la norma francesa como la española no permiten al padre pensionista, que se encuentre en tal situación, beneficiarse de la bonificación, aún cuando pudiera probar que ha asumido efectivamente el cuidado de sus hijos/as, o incluso en los casos de ausencia de las madres (biológica o adoptiva) durante la crianza, por fallecimiento.

**e)**- 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.

Lo relevante de la regulación francesa, al igual que ahora ocurre con el art. 60 de la LGSS española es la total exclusión de los padres trabajadores, aunque efectivamente se hubiesen dedicado a cuidar de sus hijos/as. Es por ello, sustancialmente, por lo que se determina que la atribución exclusiva de la cotización ficticia a la madre funcionaria vulneraba el principio de igualdad de retribución en la medida en que excluye de la bonificación



que establece para el cálculo de pensiones de jubilación a los funcionarios que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos.

En el caso español, "el complemento por maternidad", debiera llevarnos a idéntica consideración contenida en el caso Griesmar, es decir, que el objetivo del cuestionado complemento, resulta inadecuado en relación a las medidas adoptadas, pues no aporta ningún remedio a los problemas que puedan encontrar las trabajadoras durante su carrera profesional.

6- 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.

7- 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.

8- 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).

### III.4º)- Planteamiento de la cuestión prejudicial.

1- En base a lo expuesto, se generan a esta Sala dudas interpretativas en relación al art. 60 de la LGSS, específicamente si tal medida, tal y como está redactada vulnera el principio de igualdad de retribución ( art. 157 TFUE) en la medida en que excluye incondicionalmente de la bonificación/complemento que establece para el cálculo de las pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente a los pensionistas y padres que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as, por haber fallecido la madre o por otras razones excepcionales. Y si tal bonificación es una discriminatoria por razón de sexo a tenor de las Directivas 79/7/CEE y 76/207/CEE, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE referencia anteriormente.

2- Este Tribunal entiende que el complemento analizado puede vulnerar la Directiva 79/7/CEE (art. 4.1º), respecto a las condiciones de acceso al complemento por maternidad, al excluirse de forma incondicional a los padres, incluso en los casos en los que se pueda demostrar que se han ocupado de la crianza de los hijos de forma exclusiva, como es el caso del demandante, tras el fallecimiento de la madre biológica de sus 4 hijos.

Es cierto que en el caso Griesmar/Leone no fue analizada específicamente esta Directiva, pues se trataba de un caso de discriminación retributiva, pero creemos que dicha Doctrina es perfectamente aplicable al presente caso porque procede directamente del TFUE, porque entra en el análisis de conceptos, y porque aunque en la Directiva 79/7, admite solo diferencias por razón de sexo de carácter temporal, la obligación principal es la de remover las diferencias. Efectivamente, el art. 7 de la Directiva 79/7 admite diferencias de trato en materia de seguridad social entre hombres y mujeres por razón del cuidado de hijos, pero lo hace solamente con carácter transitorio, estableciendo expresamente la obligación de que los Estados miembros eliminen progresivamente las diferencias entre hombres y mujeres que pudieran existir en el momento en que se aprobó la Directiva ( art. 7.2 de la Directiva 79/7), de lo que se infiere que la misma no admite la generación *ex novo* de tratamientos diferenciados en materia de seguridad social por razón del cuidado de los hijos.

3- También creemos que puede vulnerar la Directiva 76/207/CEE (art. 2.2º.3º y 4º), de acuerdo con la interpretación dada por el TJUE, que establece que los tratos beneficiosos exclusivamente atribuidos a mujeres



tan solo caben en materia de embarazo y maternidad , pero no pueden trascender al cuidado de hijos/as. Por tanto, existe una vinculación entre las responsabilidades en la práctica del cuidado y la discriminación por razón de sexo, porque la exclusión absoluta de los padres en el acceso a bonificaciones vinculadas a esta finalidad, en los casos en que pueda probarse que han cuidado en exclusiva a sus hijos, por fallecimiento de la madre biológica, perpetúa la asignación de roles de género y con ello las discriminaciones por razón de sexo.

### III.5º)-Alegaciones de las partes

Se dio trámite de alegaciones a las partes mediante providencia de fecha 12 de noviembre de 2018.

En su escrito de alegaciones, **la parte demandante** entiende que el complemento por maternidad español resulta discriminatorio por razón de sexo y contrario al derecho comunitario, destacando que al fallecer la esposa del Sr. Damaso y madre biológica de sus cuatro hijos, el actor tuvo que dedicarse en exclusiva a su crianza ( con edades de 22, 20, 14 y 4 años). Se hace referencia también, a las Sentencias del TJUE de 29/11/01 ( *caso Griesmar* ) y de 17/7/14 ( *Caso Leone*), en las que se analiza supuesto similar , entendiéndose el TJUE que bonificaciones similares al complemento por maternidad español son discriminatorias por razón de sexo y además al concederse en el momento del cese de la actividad, no aportan un remedio a los problemas que hubieran podido encontrar las mujeres durante su carrera.

**La Entidad gestora demandada, INSS**, también presentó escrito de alegaciones en el que destaca el carácter mixto del complemento por maternidad, con el que se pretende luchar contra la desigualdad entre hombres y mujeres, reduciendo la brecha de pensiones existente en España, y tiene en cuenta el hecho biológico de la maternidad, embarazo y parto, para por un lado, reducir las consecuencias negativas que para la vida laboral y la carrera profesional de las mujeres puede suponer la maternidad, y por otro "premiar" tal aportación demográfica, buscando así el complemento ser una medida que venga a paliar la problemática del envejecimiento de la población española y su incidencia negativa en el sistema de pensiones. Igualmente entiende que no es aplicable al caso que nos ocupa los criterios aplicados en el "*caso Griesmar*" y el "*caso Leone*" porque limitaban su aplicación a funcionarias, y no a todas las mujeres, y además no se trataba de mejoras de Seguridad social sino retributivas. En el presente caso, al tratarse de una prestación de Seguridad social, procede la aplicación de medidas excepcionales (ventajas) protectoras de las mujeres, que en este caso se traduce en "beneficios por cuidado de hijos".

Igualmente entiende no aplicable al caso la jurisprudencia contenida en los casos "Maïstrellis" o "Roca Álvarez", en materia de disfrutes de permisos parentales.

Además, según la demandada, existen otras medidas en la normativa española que protegen a las mujeres por razón de la maternidad, como se dispone en el actual artículo 235 LGSS (antigua Disposición Adicional 44 de la LGSS), en el que se reconocen periodos de cotización asimilados al parto. El complemento por maternidad por tanto, no es contrario al derecho de la UE y los pronunciamientos existentes no serían aplicables a este caso concreto.

Acaba sus alegaciones la demandada recordando que se ha limitado a aplicar la ley española y que el órgano judicial está facultado para apartarse de la norma interna si la considera contraria al Derecho Europeo, o en su caso, plantear la cuestión prejudicial si alberga dudas sobre la adecuación de una norma interna que ha de aplicar para resolver un caso concreto y el derecho de la UE.

### III.6º)- Criterio de este Tribunal.

Este Tribunal ha ido exponiendo su criterio interpretativo en los Apartados III.3º y 4º.

En base a los hechos, las consideraciones expuestas, y artículos citados y aquellos otros de general y pertinente aplicación;

## ACORDAMOS

**PRIMERO.-** Plantear en trámite de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con arreglo a lo previsto en el art. 267 TFUE, las siguientes preguntas:

**1ª)-¿El artículo 157 TFUE** debe interpretarse en el sentido de que el "complemento por maternidad" concurrente en las pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, como el controvertido en el asunto principal que excluye de forma absoluta e incondicional a los padres pensionistas que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as , es causa de **discriminación en materia de retribución**, entre trabajadoras- madres y trabajadores- padres?

**2ª)-¿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?

**3º) ¿ El artículo 2 (párrafos 2º, 3º y 4º) y artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida como la controvertida en el litigio principal, 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?**

**4º) ¿La exclusión del demandante, del acceso a la bonificación derivada del "complemento por maternidad" español, se opone al mandato de no discriminación contenido en el artículo 21.1º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2000/ C 364/01)?**

**SEGUNDO.**- Suspender las presentes actuaciones mientras se resuelven tales cuestiones.

Se acuerda remitir testimonio de esta resolución, con testimonio de todas las actuaciones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a quien se solicita que remita acuse de recibo de todo ello.