



**JDO. DE LO SOCIAL N. 5
OVIEDO**

SENTENCIA: 00385/2021

AUTOS 36/2021

SENTENCIA

En Oviedo, a veinticuatro de septiembre de dos mil veintiuno

Doña María Sol Alonso-Buenaposada Aspiunza, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social nº 5 de OVIEDO, por sustitución, tras haber visto los presentes autos nº 36/2021, sobre discriminación por razón de sexo en materia de PRESTACIONES SEGURIDAD SOCIAL- COMPLEMENTO POR MATERNIDAD, en el que ha sido parte como demandante D [REDACTED] que comparece representado por la letrada Doña Sara Pérez Gómez-Morán, y de otra, como demandado, el **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, que comparecen representados por el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Seguridad Social, Don David Castell Serrano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 21 de enero de 2021, tuvo entrada en este Juzgado demanda presentada por la parte actora contra el INSS, en la que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que creyó oportunos, terminó suplicando se dictare sentencia de acuerdo con los pedimentos vertidos en el suplico de la misma: *“el derecho a percibir, condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración y al pago de pensión de jubilación en cuantía inicial de 2.761,64 (pensión inicial de 2.683,34 euros más complemento de maternidad sobre base reguladora, más el 50% de complemento de maternidad en importe de 77,80€) más revalorizaciones legales y con efectos de 28 de octubre de 2020 ”.*

SEGUNDO.- Previa subsanación de los defectos procesales advertidos, por Decreto de 27 de enero de 2021 la demanda fue admitida a trámite y se señaló para la celebración del juicio el día 22 de septiembre de 2021.

TERCERO.- Abierto el acto de juicio, la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda. La demandada se opuso en los términos que constan en la grabación del acto que se dan por reproducidos. Practicada la prueba propuesta y admitida, consistente en la documental obrante en autos y expediente administrativo y, tras el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las oportunas prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- D. [REDACTED] nacido el 29 de enero de 1966, con [REDACTED] y [REDACTED] es padre de dos hijas nacidas en 1987 y 1990.

SEGUNDO.- El actor presentó solicitud de pensión de jubilación. Se dictó resolución del INSS el 28 de octubre de 2020 por la que se le reconocía la pensión mensual inicial de jubilación de 2.683,34 euros con efectos desde el 25/10/2020. (BR 3112,16€/mes)

TERCERO.- El 10 de diciembre de 2021 el actor presentó reclamación previa interesandola incorporación del complemento del 5%, por aportación demográfica a la Seguridad Social,





deconformidad con el art. 60 de la LGSS conforme a la interpretación en el sentido de no discriminación por razón de sexo de la sentencia dictada por el TJUE de fecha 12/12/2019.

CUARTO.- Se dictó resolución desestimatoria por el Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social y ello en aplicación del art. 60 de la LGSS que sólo contempla el complemento para mujeres que habiendo dos o más hijos biológicos o adoptados causen derecho a una pensión contributiva de jubilación.

QUINTO.- Agotada la vía previa, presentó demanda ante los Tribunales de lo Social cuyo conocimiento correspondió a este Juzgado por turno de reparto, que aquí se resuelve.

SEXTO.- La cuestión debatida afecta a un gran número de beneficiarios de la Seguridad Social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados se han obtenido de la valoración conjunta de la prueba practicada conforme a las reglas de la sana crítica, en concreto se ha valorado la documental que consta en autos y el expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se solicita por el actor que se reconozca el derecho al incremento de su pensión de jubilación con el complemento de maternidad y el pago de los atrasos desde la fecha de su jubilación en 28/10/2020. Se alega por el demandante, que tiene reconocida pensión de jubilación del 100% de una base reguladora de 3112,16 euros mensuales, pensión inicial de 2683,34 euros), y que tiene dos hijas con anterioridad al hecho causante. Considera que en aplicación del art. 7 y 60 de la LGSS, así como la STJUE asunto C- 450/18, de 12 de diciembre de 2019, tiene derecho al complemento interesado, y ello porque el TJUE concluye en esa sentencia el complemento en exclusiva para la mujer, no es conforme con la Directiva 79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de SS, y se considera que los hombres que en situación idéntica que al mujer no tienen derecho a ese complemento atenta al principio de igualdad entre hombres y mujeres, siendo una discriminación directa por razón de sexo prohibida por la Directiva.

La parte demandada se opuso, ratificando lo resuelto en vía administrativa.

TERCERO.- El art. 60 de la LGSS indica: "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. (...)"

Así pues, el art. 60 de la LGSS, según el tenor literal del mismo, sólo concede el complemento de maternidad a las mujeres que antes del hecho causante, esto es, de la pensión de jubilación, tengan dos o más hijos biológicos o adoptivos y causen derecho a una pensión contributiva, entre ellas la de jubilación. El INSS aplicando el tenor literal del precepto deniega el derecho al actor.

La parte actora, consciente de que el art. 60 de la LGSS tal y como está redactado, no ampara su derecho al complemento, pretende la aplicación de la STJUE C-450/18 de 12 de diciembre de 2019, la cual declara: *"La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a 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"*.

Tal sentencia del TJUE incide en dos errores contenidos en el art. 60 de la LGSS, no es un complemento que se dirija a proteger legalmente la maternidad, por lo que queda fuera del art. 4.2 de la Directiva, que reconoce una excepción basada en esta causa al principio de igualdad de trato; ni queda supeditado a la educación de los hijos o la existencia de periodos de interrupción de empleo debidos a tal trabajo de cuidar de los hijos, sino al dato demográfico, por tanto tampoco podría incluirse en el citado art. 7.1 de la Directiva que sí otorga a los Estados una facultad para establecer excepciones basadas en tal situación. Por otro lado, se indica que el complemento de pensión no tiene cobertura en el art. 158.4 del TFUE y ello porque se limita a conceder un plus de pensión en abstracto o genérico operativo sólo en el momento de reconocimiento de la pensión, sin medida alguna que pudiera afectar a la corrección de las desventajas que la mujer haya podido arrastrar a lo largo de su carrera. Todo ello supone la nulidad parcial del precepto en cuanto a tener por no puesto el sexo de la persona beneficiaria. Por lo que las mujeres seguirán disfrutando de él, si bien ahora también tienen derecho al complemento de los hombres. No es legítimo que la eficacia del derecho fuere el de la publicación de la sentencia, ya que le desajuste de la norma nacional se produce desde el primer día de la vigencia de la norma nacional, por tanto debe de tener efectos retroactivos. La STSJUE se refiere al ámbito de pensiones por incapacidad el mismo efecto debe de darse en todas pensiones que abarca el art. 60 de la LGSS. Las sentencias dictadas por los tribunales de justicia de la UE son de obligado cumplimiento desde su pronunciamiento, por tanto desde el 12 de diciembre de 2019, según el art. 91. 1 y art. 121 del Reglamento del Procedimiento del TJUE, así como el art. 4 bis de la LOPJ. Los tribunales españoles ya han aplicado esta doctrina así el TSJ de Canarias en sentencia 44/20 de 20 de enero de 2020, Rec. 850/2018 que se refiere al complemento de pensión de jubilación de un hombre viudo con 4 hijos, y ello en aplicación de la STJUE indicada, igualmente el Juzgado n1 8 de Murcia de 5 de febrero de 2020.



En aplicación de tal doctrina, el actor podría tener derecho a tal complemento al quedar sin efecto la referencia al sexo en ese art. 60 de la LGSS, siempre que estuviera en una situación comparable.

En este punto debemos estar a los argumentos de la citada Sentencia del TSJ de Canarias nº 44/20, de 20 de enero de 2020, rec. 850/18 que aplica la STSJUE de 12 de diciembre de 2019. Tal Sala había planteado en fecha 7 de diciembre de 2018 mediante Auto, 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 esa 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?"*. El 26 de diciembre de 2019, tuvo entrada en la Sala Comunicación procedente del Sr. Secretario del TJUE, notificando 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" la STJUE de 12 de diciembre de 2019 referida, se resuelve cuestión prejudicial planteada por juzgado de lo social nº 3 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". En fecha 10 de enero de 2020 se dictó Auto por esa 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 la 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".*

La STSJ de Canarias refiere: *"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 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). 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”.

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). El art. 91.1. del Reglamento del Procedimiento del TJUE dispone: "La sentencia será obligatoria desde el día de su pronunciamiento". El art. 4 bis de la LOPJ establece: "1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea". Por todo lo argumentado, en virtud del art. 91. 1 del Reglamento del Procedimiento del TJUE, así como el art. 4 bis de la LOPJ procede la aplicación obligatoria de la STJUE y consecuentemente, el reconocimiento del actor al complemento de maternidad.

En el litigio que nos ocupa, igualmente que en la del STJ de Canarias, no consta la dedicación y cuidado de sus hijos por el actor, lo que no evita que nos encontremos ante una situación comparable ya que le precepto exige tener más de dos hijos, tener derecho a prestación contributiva, ente otras, la de jubilación, y haber contribuido a la aportación demográfica a la Seguridad Social, hecho que como es razonable, también le corresponde al varón.

Por tanto, procede estimar la demanda planteada e inaplicar la restricción por razón de sexo contenida en el art 60 de la LGSS, y reuniendo el demandante las dos condiciones para acceder al complemento, esto es, ser pensionista de jubilación contributiva y tener más de dos hijos/as, (en este caso dos hijos biológicos), procede la aplicación de la escala a) del art. 60.1º LGSS, en los términos expresados en ese precepto, con el límite del apartado 60.2, esto es, debe aumentarse la cuantía inicial de la pensión inicial de jubilación reconocida, y en un 2,5%, 50% del 5%, de conformidad el citado precepto.

El Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, ha dado nueva redacción al artículo 60 de la Ley General de la Seguridad, cuya entrada en vigor se produjo el 4 de febrero de 2021. Así mismo ha incluido una nueva Disposición Transitoria trigésimo tercera, según la cual Quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prescrita en el artículo 60, estuvieron percibiendo el complemento de maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo.

CUARTO.- Siendo la cuestión discutida de notoria afectación general procede informar a las partes de su derecho a interponer Recurso de Suplicación contra la presente demanda, en virtud de lo establecido en el artículo 191.3 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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





FALLO

Que debo ESTIMAR Y ESTIMO la demanda presentada por D. [REDACTED] [REDACTED] contra el **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, declarando el derecho del actor a incorporar el complemento por maternidad en la base reguladora de su pensión de jubilación en cuantía de un 2,5% (50% del 5%) sobre la cuantía de la pensión inicial de 2.683,34 euros mensuales, con efectos de 25 de octubre de 2020. Se condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social demandado estar y pasar por esta declaración y a su cumplimiento y abono.

Incorpórese esta Sentencia al correspondiente libro, expídase certificación literal de la misma para su constancia en los autos de referencia.

Notifíquese esta sentencia a las partes advirtiéndole que contra ella podrán interponer Recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia, que deberá ser anunciado por comparecencia o mediante escrito en este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se practique la notificación.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

