

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34007980

NIG: 28.079.00.4-2022/0090861

Procedimiento Recurso de Suplicación 333/2023 Secc. 2

M

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 04 de Madrid Seguridad social 834/2022

Materia: Jubilación

RECURRENTE: D./Dña. XXXX

RECURRIDO: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Dirección Provincial de Madrid

Ilmos/as. Sres/as.

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

D./Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D./Dña. RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA

En Madrid, a **13/09/2023**, habiendo visto las presentes actuaciones esta Sección de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado el siguiente

AUTO

En el procedimiento número Recurso de Suplicación 333/2023, seguidos a instancia de D./Dña. XXXX contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en materia de prestación de jubilación y siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D./Dña.

RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO.- D. XXXX presentó el 16 de septiembre de 2022 demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social manifestando que el día 6 de abril de 2022 le había sido notificada resolución dictada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social reconociendo pensión de jubilación con efectos de 11 de enero de 2022. En dicha resolución, según el interesado, se había calculado erróneamente la pensión y por otra parte no se había tenido en cuenta el “complemento por paternidad” (sic) regulado en el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social, por lo que presentó reclamación previa, que no había sido resuelta. En relación con el complemento regulado en el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social manifestaba que había tenido tres hijos, nacidos sucesivamente en los años 1979, 1984 y 1986. Por todo ello en el suplico de su demanda pedía que se aplicase a su pensión el “complemento de paternidad” y además el reconocimiento de una base reguladora de 3.514,20€, desde la fecha del 11 de enero de 2022. Posteriormente amplió la demanda para reclamar también “el complemento de demora en pago de una cantidad a tanto alzado de conformidad con el artículo 210.2.b de la Ley General de la Seguridad Social”.

SEGUNDO.- La demanda fue turnada al Juzgado de lo Social número 4 de Madrid, tramitándose bajo el número de autos 834/2022, siendo resuelta por sentencia de 15 de febrero de 2023 en sentido íntegramente desestimatorio. En relación con el complemento del artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social la sentencia señala que la pensión de jubilación es posterior a la reforma del indicado artículo 60 por el Real Decreto-ley 3/2021. Dice el Juzgado que como consecuencia de dicha reforma se modificó el complemento por aportación demográfica convirtiéndolo en una medida eficaz para reducir la brecha salarial. Dice el Juzgado que la Sentencia del TJUE de fecha 12/12/2019, dictada en el asunto WA, C-450/18 (ECLI: EU:C:2019:1075), estableció en su parte dispositiva que "La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, 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." Añade la sentencia que el art. 60 LGSS, en su redacción original, establecía una discriminación directa por razón de sexo y, por lo tanto, prohibida por la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Sin embargo esa norma ha sido reformada y el nuevo texto del artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social exige que el interesado acredite “que se haya “interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción”, lo que no quedó acreditado en el caso del actor, por lo que su demanda en este punto es desestimada.

TERCERO.- La sentencia del Juzgado de lo Social ha sido recurrida en suplicación ante esta Sala por el letrado D. José Alejandro Méndez de la Cuesta en nombre y representación de D. XXXX. En el recurso se alega un único motivo en el que se denuncia “la infracción del

artículo 14 de la Constitución Española, la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 y la doctrina jurisprudencial sobre el complemento regulado en el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social, que es de obligada aplicación por virtud de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18) en virtud de la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social establecido en la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, y de conformidad con la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2022”. Sostiene el recurso que la diferencia de trato entre hombres y mujeres que contenía el artículo 60 LGSS en su redacción original, al excluir a los padres varones pensionistas de la percepción del complemento, declarada contraria a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, se mantiene en la actual redacción del artículo 60 LGSS, puesto que “la exigencia de haber interrumpido su carrera profesional no se exige a la mujer, pero sí al varón”.

CUARTO.- Para resolver el recurso es preciso interpretar y aplicar:

- a) La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social;
- b) Los artículos 20, 21, 23 y 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

De conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede pronunciarse, con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden pedir, mediante cuestión prejudicial, al Tribunal que se pronuncie en tal sentido, si estiman necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Esta Sala, conforme al artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, acordó suspender la tramitación del procedimiento y dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días alegasen lo que a su derecho conviniera sobre la pertinencia de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ambas partes han formulado alegaciones.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Tratado y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

El artículo 4 bis, número 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice que “cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes”.

SEGUNDO.- En el presente supuesto es preciso para resolver el litigio determinar la compatibilidad entre la regulación española del complemento previsto en el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social tras su reforma por el Real Decreto-ley 3/2021 (no siendo de aplicación al caso *ratione temporis* la reforma introducida por el Real Decreto-ley 2/2023), complemento que ahora se denomina “complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, con el derecho de igualdad y la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social establecidos en el Derecho de la Unión por 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, así como con los artículos 20, 21, 23 y 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en tanto en cuanto la regulación del citado complemento incluye una diferencia de trato entre hombres y mujeres en el acceso al complemento de la pensión por razón de los hijos que haya tenido el beneficiario, exigiendo a los hombres acreditar unos determinados requisitos que no se exigen a las mujeres. Hay que tener en cuenta que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019 en el asunto C-450/18 declaró que la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como era la contenida en el mismo artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social antes de su reforma por el Real Decreto-ley 3/2021, que establecía el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hubieran tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y fuesen beneficiarias de pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encontrasen en una situación idéntica no tenían derecho a tal complemento de pensión.

A la vista de todo lo cual,

LA SALA ACUERDA

Suspender la tramitación del recurso de suplicación número 333/2023 para elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial:

PETICIÓN DE CUESTIÓN PREJUDICIAL QUE ELEVA LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, SECC 2ª, ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

I. HECHOS DEL PROCEDIMIENTO.

A D. XXXX le fue notificada el día 6 de abril una resolución dictada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social reconociéndole el derecho a una pensión de jubilación con efectos desde el 11 de enero de 2022. La pensión fue reconocida sin el complemento regulado en el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social.

D. XXXX presentó una reclamación previa ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social pidiendo que le fuera reconocido el complemento regulado en el artículo 60 de la Ley

General de la Seguridad Social por cuanto el pensionista había tenido tres hijos, nacidos sucesivamente en los años 1979, 1984 y 1986.

La reclamación no fue respondida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, por lo que D. XXXX presentó el 16 de septiembre de 2022 una demanda judicial contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social solicitando que se le reconociera dicho complemento.

Dicha pretensión fue desestimada por sentencia de 15 de febrero de 2023 del Juzgado de lo Social número 4 de Madrid, dictada en los autos 834/2022, en base a los siguientes fundamentos:

- a) La norma aplicable para decidir sobre el complemento reclamado no era el texto inicial del artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social, que reservaba el derecho a ese complemento exclusivamente a las mujeres y que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 12 de diciembre de 2019 en el asunto C-450/18, declaró incompatible con la Directiva 79/7/CEE, sino el texto del citado artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social reformado por Real Decreto-ley 3/2021, que permite reconocer el derecho al complemento también a los hombres y no solamente a las mujeres.
- b) La nueva norma legal requiere a los hombres, para tener derecho al complemento reclamado, que acrediten que se haya interrumpido o haya visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción de los hijos y esto no quedó acreditado en el caso de D. XXXX, aunque hubiera tenido los tres hijos que alegó, nacidos en 1979, 1984 y 1986.

II. MARCO JURÍDICO

A) DERECHO DE LA UNIÓN

Directiva 79/7/CEE

A tenor de los considerandos segundo y tercero de 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 (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174):

«considerando que es conveniente aplicar el principio de igualdad de trato en materia de seguridad social, en primer lugar en los regímenes legales que garanticen una protección contra los riesgos de enfermedad, de invalidez, de vejez, de accidentes de trabajo, de enfermedad profesional y de paro, así como en las disposiciones relativas a la ayuda social en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes anteriormente mencionados o a suplirlos;

considerando que la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por causa de maternidad y que, dentro de este ámbito, los Estados miembros podrán adoptar disposiciones específicas en favor de la mujer con el fin de superar las desigualdades de hecho».

El artículo 1 de esta Directiva dispone:

«La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo “principio de igualdad de trato”.»

El artículo 2 de dicha Directiva establece:

«La presente Directiva se aplicará a la población activa, incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, así como a los trabajadores inválidos.»

El artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva dispone:

«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;
- [...]».

El artículo 4 de la Directiva 79/7 tiene el siguiente tenor:

«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.»

El artículo 7 de esta Directiva establece:

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

[...]

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;

[...]

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.»

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea dice que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

El artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice:

“Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley.”.

El artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice:

“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...”.

El artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice:

“Igualdad entre mujeres y hombres. La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

El artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice:

“Seguridad social y ayuda social. 1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”.

B) NORMATIVA ESPAÑOLA

El artículo 60, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE n.º 261, de 31 de octubre de 2015; en lo sucesivo, «LGSS»), establecía en su redacción inicial de 2015 lo siguiente:

«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.»

En sentencia de 12 de diciembre de 2019 en el asunto C-450/18, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional como la contenida en el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social citado, que establecía el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hubieran tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y fuesen beneficiarias de pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encontrasen en una situación idéntica no tenían derecho a tal complemento de pensión.

Tras dictarse esta sentencia los tribunales españoles comenzaron a reconocer a los pensionistas de género masculino el complemento de pensión previsto en el citado artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social en los mismos términos que la Ley lo reconocía para las pensionistas de género femenino. En sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2022 (recurso 3192/2021) se fijó como doctrina jurisprudencial que el complemento había de reconocerse a los hombres con efectos económicos desde el mismo momento de los efectos económicos de la pensión de jubilación o incapacidad permanente contributiva a la que complementa.

El artículo 1.1 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, modificó la redacción del artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social, que pasó a ser la siguiente:

“Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

1. Las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres. El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

a) Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.

b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

1.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

2.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

3.ª Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

4.ª El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma.

2. El reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor y producirá efectos económicos el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado este plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes.

Antes de dictar la resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor se dará audiencia al que viniera percibiendo el complemento.

3. Este complemento tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva.

El importe del complemento por hijo o hija se fijará en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. La cuantía a percibir estará limitada a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo o hija y será incrementada al comienzo de cada año en el

mismo porcentaje previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para las pensiones contributivas.

La percepción del complemento estará sujeta además a las siguientes reglas:

a) Cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento.

A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía, únicamente se computarán los hijos o hijas que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados.

b) No se reconocerá el derecho al complemento al padre o a la madre que haya sido privado de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Tampoco se reconocerá el derecho al complemento al padre que haya sido condenado por violencia contra la mujer, en los términos que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, ejercida sobre la madre, ni al padre o a la madre que haya sido condenado o condenada por ejercer violencia contra los hijos o hijas.

c) El complemento será satisfecho en catorce pagas, junto con la pensión que determine el derecho al mismo.

d) El importe del complemento no será tenido en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones previsto en los artículos 57 y 58.7.

e) El importe de este complemento no tendrá la consideración de ingreso o rendimiento de trabajo en orden a determinar si concurren los requisitos para tener derecho al complemento por mínimos previsto en el artículo 59. Cuando concurren dichos requisitos, se reconocerá la cuantía mínima de pensión según establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. A este importe se sumará el complemento para la reducción de la brecha de género.

f) Cuando la pensión contributiva que determina el derecho al complemento se cause por totalización de períodos de seguro a prorrata temporis en aplicación de normativa internacional, el importe real del complemento será el resultado de aplicar a la cuantía a la que se refiere el apartado anterior, que será considerada importe teórico, la prorrata aplicada a la pensión a la que acompaña.

4. No se tendrá derecho a este complemento en los casos de jubilación parcial, a la que se refiere el artículo 215 y el apartado sexto de la disposición transitoria cuarta.

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

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1. En consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento. No obstante, cuando en el momento de la suspensión o

extinción de dicha pensión la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra distinta, de entre las previstas en el apartado 1, el abono del complemento se mantendrá, quedando vinculado al de esta última.

6. Los complementos que pudieran ser reconocidos en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social serán incompatibles entre sí, siendo abonado en el régimen en el que el causante de la pensión tenga más periodos de alta”.

Esa norma es la que es aplicable al presente caso, dado que la pensión contributiva del demandante se causó cuando ya estaba vigente.

El Real Decreto-ley 3/2021 también introdujo las disposiciones adicionales trigésima sexta y trigésima séptima en la Ley General de la Seguridad Social con el siguiente texto:

“Financiación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. La financiación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género del artículo 60, se realizará mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social”.

“Alcance temporal del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

1. El derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas, para la reducción de la brecha de género, previsto en el artículo 60 se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 por ciento.

2. A los efectos de esta ley, se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres.

3. Con el objetivo de garantizar la adecuación de la medida de corrección introducida para la reducción de la brecha de género en pensiones el Gobierno de España, en el marco del Diálogo Social, deberá realizar una evaluación periódica, cada cinco años, de sus efectos.

4. Una vez que la brecha de género de un año sea inferior al 5 por ciento, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para derogar el artículo 60, previa consulta con los interlocutores sociales”.

El mismo Real Decreto-ley también introdujo una disposición transitoria trigésima tercera en la Ley General de la Seguridad Social con el siguiente texto:

“Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.

Quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo.

La percepción de dicho complemento de maternidad será incompatible con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro.

En el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 de esta ley o de la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta.”

Posteriormente se ha dictado el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, que introduce algunas modificaciones en dichos preceptos, pero dicha norma no es objeto de la cuestión prejudicial porque no es aplicable al litigio por razones de vigencia temporal.

III. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN QUE SE SUSCITAN PARA RESOLVER EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN Y JUSTIFICAN LA CUESTIÓN PLANTEADA.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció en su sentencia de 12 de diciembre de 2019 en el asunto C-450/18 que la diferencia de trato entre hombres y mujeres que contenía el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción de 2015, que solamente confería a las mujeres que hubieran tenido dos o más hijos el derecho al complemento de las pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente o viudedad, excluyendo por completo de tal derecho a los hombres, suponía una norma discriminatoria por razón de sexo incompatible con la Directiva 79/7/CEE.

El legislador español reaccionó ante dicha sentencia modificando el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social y cambiando el nombre del complemento, que pasó de ser “complemento por maternidad” a “complemento para la reducción de la brecha de género”. El nuevo complemento se devenga por haber tenido uno o más hijos, aunque la cuantía varía según el número de hijos.

Por otra parte se estableció que el complemento dejará de estar vigente y no se reconocerá en lo sucesivo cuando el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres (“brecha de género”) deje de ser superior al 5 por ciento.

Además permitió a los hombres acceder a dicho complemento, pero exigiendo unos requisitos adicionales que no se exigen a las mujeres:

- A) O bien son titulares de una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, exigiéndose además que alguno de los hijos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad (teniendo en cuenta que la pensión de orfandad no se reconoce o se extingue cuando el hijo cumpla 23 años, salvo que sea persona con discapacidad);
- B) O bien interrumpieron o vieron afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción según unas concretas condiciones legales que son diferentes para los hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994 (tener 120 días no cotizados dentro de un determinado periodo) y los nacidos y adoptados con posterioridad (reducción superior a un 15% del promedio de bases de cotización en dos periodos determinados antes y después del nacimiento o adopción).

Esos requisitos no se exigen a las mujeres, de manera que estas tienen derecho al complemento automáticamente si han tenido uno o más hijos. Estos requisitos se exigen siempre a los progenitores de sexo masculino y no a los de sexo femenino, independientemente del sexo del otro progenitor, que puede ser coincidente o no.

Cuando la Ley introduce una diferencia de trato por razón de sexo, factor peculiarmente odioso de diferenciación, es preciso que el legislador justifique suficientemente la misma en base a objetivos destinados a compensar desigualdades sociales de base, de manera que no se limite a declarar que la finalidad de la medida es restaurar la igualdad material, sino que además quede probado de manera rigurosa y seria que el impacto de la misma es adecuado para alcanzar dicha finalidad y además que el sacrificio impuesto al derecho formal de igualdad es proporcionado al objetivo buscado. Por tanto no basta con la mera finalidad, sino que también es necesario configurar la medida de manera idónea y proporcionada.

En este caso, la justificación de la diferencia de trato por razón de sexo en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2021 se limita a decir que el diseño de la norma “persigue configurar el complemento como una palanca para la reducción de la brecha de género, que es el reflejo de esa situación de subordinación de las mujeres en el mercado de trabajo al haber asumido históricamente un papel principal en la tarea de los cuidados de los hijos”, “pero se hace dejando la puerta abierta a que aquellos padres que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de esas tareas de cuidados tengan acceso al complemento”, “es decir, “que se combina una acción positiva en favor de las mujeres (si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el complemento lo percibe la mujer) con la previsión de una puerta abierta para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable”. Sin embargo esta justificación aparece insuficiente a juicio de esta Sala:

Por una parte la afirmación de que “si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el complemento lo percibe la mujer” no es cierta, puesto que cuando no haya una mujer que perciba el complemento (por no tener derecho a pensión que complementar, por no solicitarlo o porque ninguno de los progenitores sea mujer) los progenitores de sexo masculino siguen estando obligados a acreditar un perjuicio en su carrera profesional para acceder al complemento. Solamente se exceptúa el supuesto de que exista pensión de viudedad, pero exigiendo además que alguno de los hijos perciba pensión de orfandad, lo que lo convierte en un supuesto muy restringido. Además cuando un progenitor sea de sexo masculino y otro femenino, si el primero acredita perjuicio y el segundo no resulta que se sigue reconociendo a la mujer salvo que “la suma de las cuantías

de las pensiones reconocidas al hombre sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer”.

En segundo lugar la concreta configuración del perjuicio en la carrera profesional que se exige a los hombres ofrece serias dudas. La Sala no conoce los estudios de impacto que pueda haber manejado el legislador para configurar esos requisitos. Prima facie parece que, tal y como están diseñados, impiden de facto acceder al complemento a la mayor parte de los hombres y muy probablemente impedirían acceder al complemento a gran parte de las mujeres si les fueran exigidos. De esta manera dichos requisitos pudieran tener como finalidad restaurar la diferencia de trato entre hombres y mujeres que fue considerada contraria al Derecho de la Unión por la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, privando de facto a los hombres en la inmensa mayoría de los casos de la posibilidad de acceder al complemento, aunque formalmente parezca que se les permite causar el derecho. Además, tal y como están configurados, no parece existir ninguna relación entre el “perjuicio” producido a la carrera profesional y el impacto sobre la cuantía de la pensión compensado mediante un determinado porcentaje. Por otra parte la no exigencia de estos requisitos a las mujeres supone que el complemento destinado a compensar el perjuicio en la carrera profesional se concede incluso a aquellas mujeres que no hayan visto afectada su carrera profesional. Hay que tener en cuenta que el complemento está configurado como un porcentaje de la pensión, por lo que beneficia más a las personas con mejores niveles retributivos (y por tanto con mejores pensiones), pese a que puede pensarse que dentro de ese grupo social es donde menos perjuicios produce para la carrera profesional de los progenitores la crianza de hijos, al tener la posibilidad de pagar por recursos externos a la familia para ello. En el caso extremo de los progenitores con trabajos poco remunerados a los que la crianza de hijos les haya separado del mercado de trabajo puede ocurrir que no causen pensión alguna, con lo cual no tendrán derecho tampoco al complemento. Se trata de consideraciones en absoluto marginales cuando el volumen de recursos públicos que implica el pago del complemento es ciertamente importante.

Por otra parte hay que destacar que los complementos de ambos progenitores son incompatibles y en caso de que ambos tengan derecho al complemento:

- A) Si los dos progenitores son mujeres se reconoce a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía;
- B) Si los dos progenitores son hombres se reconoce a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía;
- C) Si un progenitor es mujer y otro hombre solamente se le reconoce al hombre si la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas al hombre es inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

En el presente supuesto no se plantea problema alguno de concurrencia y compatibilidad de complementos, sino solamente el derecho del hombre al complemento, debido a que se le exigen unos requisitos que él no cumple y que no se exigen a las mujeres para acceder al complemento. Sin embargo sí nos parece relevante el dato de que la Ley ahora establece la incompatibilidad del complemento de la pensión de los dos progenitores, de manera que cuando los dos causen el derecho opte siempre por complementar la pensión de menor cuantía. En ese sentido, dado que la brecha de género se define legalmente como la diferencia entre la cuantía media de las pensiones de hombres y mujeres, cabría preguntarse si para alcanzar el objetivo de igualdad fijado por la Ley (hasta una brecha que no supere el

5%) bastaría con reconocer solamente el complemento a las pensiones de menor cuantía, independientemente del sexo del progenitor.

La cuestión por tanto es si dichos requisitos, que introducen una diferencia según el sexo del beneficiario, pueden considerarse compatibles con el principio de igualdad entre hombres y mujeres, en cuanto “el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado” (artículo 23 de la Carta) o bien pueden considerarse una exclusión del principio de igualdad amparada en el artículo 7.1.b de la Directiva 79/7/CEE.

IV. CUESTIONES QUE SE FORMULAN AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

A la vista de todo lo anterior esta Sala considera que debe someterse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por vía de cuestión prejudicial, la siguiente pregunta:

¿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 y los artículos 20, 21, 23 y 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de la pensión para los beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación que hayan tenido hijos biológicos o adoptados, pero que se concede automáticamente a las mujeres, mientras que a los hombres se les requiere, o bien que sean titulares de una pensión de viudedad por el fallecimiento del otro progenitor y que alguno de los hijos sea pensionista por orfandad, o bien que hayan visto interrumpida o perjudicada su carrera profesional (en los términos previstos legalmente y anteriormente descritos) con ocasión del nacimiento o adopción del hijo?

Notifíquese esta resolución a las partes a las que se comunica que contra la misma cabe recurso de reposición ante esta Sala, que deberá interponerse en el plazo de cinco días, expresando la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente (artículos 186 y 187 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social).

Procédase a remitir la presente cuestión a la Secretaría del Tribunal de Justicia, preferentemente por vía electrónica mediante la aplicación e-Curia:

https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_78957/es/

o por vía postal a Greffe de la Cour de Justice, rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Luxemburgo.

En la remisión deben indicarse los datos de contacto exactos de las partes del litigio principal y de sus eventuales representantes.

Enviéanse los autos del asunto principal o una copia de los mismos por vía electrónica o por vía postal.

Enviése también una versión de esta petición de decisión prejudicial en formato «Word» a la siguiente dirección electrónica: DDP-GreffeCour@curia.europa.eu.

Así, por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado, y se procede a su notificación a los interesados por los medios y con los requisitos establecidos en los artículos 53 a 62 de la L.R.J.S. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.