

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo (España)
belendocampo@uvigo.es

Palabras clave: familia monoparental; maternidad; prestación por nacimiento; pensión de jubilación.

Palabras chave: familia monoparental; maternidade; prestación por nacemento; pensión de xubilación.

Keywords: single-parent family; maternity; childbirth allowance; retirement pension.

1. DOCTRINA JUDICIAL DEL TS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de noviembre de 2023 (recurso de casación para la u.d. núm. 3148/2022)

RESUMEN:

Denegación de la prestación de nacimiento y cuidado de menor que le hubiera correspondido al otro progenitor en familia monoparental, en aplicación de la normativa vigente que cumple las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea, de la Constitución y de acuerdos y tratados internacionales. Para el TS, en el mes de noviembre de 2023, es al legislador a quien corresponde determinar el alcance y contenido de la protección que debe dispensarse a este tipo de familias y tal reconocimiento no está previsto normativamente.

NORMAS APLICADAS:

Art. 177 LGSS.

Art. 48.4, 5 y 6 ET

La cuestión debatida en la presente Sentencia de la Sala de lo Social del TS se basa en determina si una madre que forma una familia monoparental tiene derecho a recibir una prestación adicional por el nacimiento y cuidado de su hijo, equivalente a la que correspondería al otro progenitor en una familia biparental. La controversia surge cuando la demandante, tras dar a luz a su hija en 2021, solicita al INSS una ampliación de su permiso retribuido por otras 16 semanas, que corresponderían al otro progenitor, en este caso inexistente. Al no obtener respuesta expresa en esta vía administrativa, la actora inicia la vía judicial. Primero en el Juzgado de lo Social de la ciudad de Lugo lo que continúa en la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. El Juzgado de lo Social de Lugo estima la demanda y le reconoce el derecho a disfrutar de esas 16 semanas adicionales, basándose en el principio de igualdad y el interés superior del menor. Sin embargo, esta resolución se revoca parcialmente por la Sala del TSJ de Galicia, que le reconoce solo 10 semanas adicionales, aceptando la interpretación del INSS de que las primeras 6 semanas son coincidentes entre ambos progenitores en una familia biparental. En cualquier caso, 10 o 16, lo determinante en que, tanto en la instancia como en vía de recurso de suplicación, la jurisdicción social reconoce a la trabajadora el disfrute de una prestación de Seguridad Social –la de nacimiento y cuidado de menor- en un supuesto de hecho no previsto en la normativa de aplicación, los arts. 177 ss. de la LGSS. El disfrute de esta prestación conlleva la consiguiente suspensión del contrato de trabajo de acuerdo con lo previsto en el art. 48 del ET. Como argumentación jurídica, en la sentencia ahora comentada, consta que el Juzgado de Lugo, haciendo suyos los argumentos recogidos en la STSJ del País Vasco de 6 de octubre de 2020 (recurso de suplicación núm. 941/2020), apela al interés superior del menor, y entiende que el art. 48 del ET introduce un elemento importante de discriminación respecto de la mujer en relación con la conciliación de la vida laboral y familiar, razonando que las familias monoparentales, mayoritariamente constituidas por mujeres, está perjudicándoles de manera indirecta porque no

pueden compartir el cuidado del menor, mermando sus posibilidades de atención al mismo. En cuanto a la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 9 de mayo de 2022 (recurso de suplicación núm. 1409/2022), debe destacarse que mantiene el derecho a ampliar las semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo, pero rechaza que su duración deba ser de 16 semanas. Reconoce a la parte demandante 10 semanas de permiso, acogiendo el criterio del INSS-TGGS sobre las primeras seis semanas coincidentes para ambos progenitores en familia biparental.

Expuestos estos antecedentes, se llega a la Sentencia del TS que ahora se comenta, de 29 de noviembre de 2023, y que niega el derecho de la demandante a disfrutar de ninguna semana adicional de prestación por el nacimiento y cuidado de menor, estimando así íntegramente el recurso de casación interpuesto por el INSS y TGSS por los argumentos que se pasan a exponer aquí, fundamentalmente, por continuar en la línea de la doctrina defendida en una Sentencia anterior de la misma Sala, dictada en Pleno, de 2 de marzo de 2023 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3972/2020), apelando con razón a “elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho”, de ahí la extensión a esta de los argumentos y solución desplegada en aquélla.

Y tales argumentos, los de la Sentencia del TS de 2 de marzo de 2023 y que se glosan en la que ahora se comenta, son los siguientes. En primer lugar, los efectos de la eventual ampliación del permiso a la relación laboral, que afectaría no solo a las prestaciones contributivas, sino también a la relación contractual con el empleador, lo que generaría efectos en la organización laboral, como la necesidad de modificar el régimen jurídico de la suspensión y las previsiones de sustitución de personal. Todo ello interferiría en el orden normativo establecido. En segundo lugar, la decisión del legislador, que pese a estar al tanto de la existencia de familias monoparentales, no ha querido modificar la normativa actual. En tercer lugar, y muy importante, la no vulneración del interés del menor, ya que el reconocimiento de prestación

adicional que se solicita depende, además, de requisitos de afiliación, alta y cotización que no se van a aplicar de la misma forma en las familias monoparentales. Por último, el respeto al principio de igualdad y la perspectiva de género, pues no se constata, en estos supuestos, discriminación alguna hacia las mujeres. Para el Pleno de la Sala de lo Social del TS, la interpretación con perspectiva de género, no consiste solo en "interpretar y aplicar el derecho", sino situarse también en el ámbito de su creación. Y en este caso, no se trata de un supuesto afectado por una situación de discriminación, sino ante un eventual déficit de protección concreto querido y consentido por el legislador.

Aunque el debate judicial sobre la cuestión planteada –los derechos en materia laboral y prestacional que les pueda corresponder a las familias monoparentales– ya había quedado zanjado con la Sentencia del TS de 2 de marzo de 2023, con la que ahora se comenta, la de 29 de noviembre de 2023, parece que la doctrina es definitiva, dentro de lo que puede interpretarse como definitiva en este ámbito. Desde luego, los argumentos parecen impecables, en particular, de la primera, la del mes de marzo, pues la de noviembre poco o nada añade al respecto. En síntesis, se apelaba a la capacidad del poder legislativo, correspondiendo a quien legisla —no a los jueces y Tribunales— modificar el régimen de la suspensión contractual y el régimen prestacional y más si ello puede “potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social”. Con todo, como es sabido, fueron varias las voces doctrinales contrarias, no tanto a esa interpretación, sino a sus consecuencias, pues la situación desigual de partida entre las familias monoparentales y biparentales existe y aplicar idéntica normativa a ambos supone asumir consecuencias discriminatorias hace el primer grupo de familias. Por otra parte, la propia Sentencia de 2 de marzo de 2023, contenía un voto particular firmado por dos magistrados.

La cuestión es tan controvertida que, casi un año después de la Sentencia de 29 de noviembre de 2023, el propio TS, pero esta vez, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, resuelve un conflicto similar, pero en sentido contrario, aunque, esta

vez en el contexto del empleo público. Se trata, en concreto, de la Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de octubre de 2024 que reconoce el derecho de las familias monoparentales a ampliar de 16 a 26 semanas el permiso por nacimiento de hijo biológico para empleados públicos. Entre otras razones, esta medida busca evitar la discriminación del recién nacido en comparación con los de familias biparentales. Es más, unos días después, ya fue publicado el criterio del TC al respecto, y ahora sí que se puede decir que la cuestión está definitivamente zanjada, pues en dicha Sentencia se declara la inconstitucionalidad de los art. 48.4, 5 y 6 ET y del art. 177 LGSS, en la medida en que no permiten a las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, la ampliación de su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de 16 semanas. Se trata de la mediática Sentencia del TC de 6 de noviembre de 2024, dictada en Pleno, por la que se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad elevada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña sobre la compatibilidad del marco de ordenación de la protección por nacimiento y cuidado de hijo o hija en el caso de familias monoparentales integradas únicamente por la madre biológica con nuestro sistema constitucional. La sentencia del TS que ahora se comenta es contraria al criterio del TC.

En definitiva, en un período inferior a dos años, en lo que se refiere a la extensión del permiso por nacimiento y cuidado de menor en el caso de progenitores monoparentales, se observó cómo el criterio del TS fluctuó en diversos sentidos, hasta que llegó el TC, que declara la inconstitucionalidad de los arts. 48.4, 5 y 6 ET y del art. 177 LGSS, en la medida en que no permiten a las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, la ampliación de su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de 16 semanas.

2. DOCTRINA JUDICIAL DEL TSJ DE GALICIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 13 de julio de 2023 (recurso de suplicación núm. 643/2023)

RESUMEN:

Derecho del autónomo a la pensión de jubilación activa y al complemento de maternidad por aportación demográfica. Determinación de la fecha del hecho causante de la prestación de jubilación activa: se ha de estar a la regla general de que se entiende causada cuando concurren todos los requisitos necesarios para su reconocimiento, que en el caso es la fecha indicada por el interesado en su solicitud. Normativa aplicable al caso de autos, la redacción del artículo 214 LGSS en versión anterior a la modificación por Ley 21/2021, de 28 de diciembre, y no sería de aplicación directa el RD 453/2022, pues la solicitud de la pensión se tramitó con anterioridad. El complemento del art. 60 LGSS se le reconoce a tenor de lo resuelto por la Sentencia TJUE de 12 de diciembre de 2019.

NORMAS APLICADAS:

Arts. 60, 212, 214 y Disp. Trans. Primera LGSS.

Art. 46 RD 84/1996, de 26 de enero.

Arts. 3 RD 453/2022, de 24 de junio.

El actor, Don Santos, trabajador autónomo, solicita pensión de jubilación activa y el reconocimiento del complemento de maternidad interesando el incremento del 10 por 100 por haber tenido 3 hijas. El INSS le reconoce la pensión de jubilación activa, con efectos económicos el 1 de marzo de 2021, pero le deniega el incremento del 10 por 100, porque el art. 60 LGSS, redacción 2015, sólo reconoce este derecho a las mujeres que tuviesen hijos biológicos o adoptados. Son 3 las hijas que tiene el actor.

No conforme con tal resolución, el actor inicia la vía judicial. En la instancia, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Pontevedra estima íntegramente sus pretensiones y le reconoce la pensión de jubilación activa con fecha de efectos de 31 de diciembre de 2020 y declara su derecho a percibir el complemento de maternidad del 10% y ello con efectos desde la fecha del reconocimiento de la pensión de jubilación, esto es, también el 31 de diciembre de 2020. Tal resolución, impugnada íntegramente por el INSS, es confirmada por la Sala de lo

Social del TSJ de Galicia, en la Sentencia de 13 de julio de 2023 objeto de la presente reseña.

Aunque los motivos del recurso son dos, la fecha de efectos de la pensión de jubilación y el derecho o no del actor –padre biológico– al complemento de maternidad –en este caso, de paternidad–, basta en esta sede con referirse únicamente al primero de ellos, pues en otras sentencias de este mismo número ya se alude al alcance y extensión del art. 60 LGSS.

En este sentido, el debate que plantean las partes es el siguiente.

- Para la Entidad Gestora el demandante es un trabajador autónomo que, al momento de solicitar la jubilación activa, sigue dado de alta en el RETA y ejerciendo la misma actividad. Según la interpretación conjunta de los artículos 90, 92 y 60 de la OM de 24 de septiembre de 1970, la fecha de causación de la pensión de jubilación no puede ser anterior a la presentación de la solicitud, siendo los efectos económicos a partir del primer día del mes siguiente al hecho causante. Añade también, aunque fue aprobado con posterioridad a la solicitud, el art. 3 del RD 453/2022 que dispone que la solicitud de pensión de jubilación activa puede presentarse con hasta tres meses de antelación al hecho causante –cese en el trabajo por cuenta propia–, pero no antes, como lo establece la sentencia de instancia en este caso.

- Para el demandante, que impugna el recurso presentado de contrario, la sentencia resuelve de forma ajustada a derecho, pues no es de aplicación en la presente litis lo dispuesto en el RD 453/2022, que, como se acaba de señalar, entró en vigor con posterioridad a la solicitud, sino el art. 214 LGSS, en su versión anterior a las modificaciones operadas por Ley 21/2021, de 28 de diciembre, lo que permite aplicar la retroactividad de los tres meses, puesto que la solicitud de 3 de febrero de 2021 señala como baja la del 8 de diciembre de 2020. Mucho más en este caso, cuando para el cálculo de la pensión, tal y como se consta en el expediente administrativo, el INSS toma como periodo de referencia del 1 de enero de 1997 al 31 de diciembre de 2020, es decir los 288 meses

inmediatamente anteriores a la resolución de jubilación sin tener en consideración ni febrero ni enero de 2021.

La Sentencia de la Sala de Galicia no es compleja, pero esto no le resta mérito, ya que lleva a cabo una interpretación tanto literal como temporalmente precisa y certera de los posibles preceptos aplicables a la presente controversia, que no son pocos, lo que no había hecho así la Entidad Gestora. Y todo ello a partir de una afirmación que reconoce incuestionable: "la noción de hecho causante es compleja e inequívoca, en mayor o menor grado según el ámbito prestacional en el que deba fijarse, proyectando distintas consecuencias para el devengo de la prestación no teniendo por qué coincidir el nacimiento del derecho con los efectos económicos del mismo" (FJ SEGUNDO).

En definitiva, los preceptos que se manejan son los siguientes: el art. 214 LGSS, en versión anterior a la modificación efectuada por Ley 21/2021, de 28 de diciembre y varios de la OM de 24 de septiembre de 1970. La Sala le da la razón al demandante cuando señala que no resulta de aplicación directa el RD 453/2022, ya que entró en vigor el 16 de junio de 2022, con posterioridad al 8 de diciembre de 2020, que es cuando el actor cumple con los requisitos para el acceso a la jubilación activa, y también al 3 de febrero de 2021, que es cuando formula su solicitud. Por último, menciona también el TSJ de Galicia, un precepto fundamental en situaciones como la descrita: la Disp. Trans. 1ª de la LGSS, que, en orden a determinar la norma aplicable en supuestos de sucesión normativa, señala que ha de atenderse al hecho causante de la prestación como determinante de la misma.

A partir del contenido de todos estos preceptos, la Sala gallega zanja la polémica que se le plantea y confirma la pretensión del demandante, sin ningún atisbo de dudas. Y ello porque, según dispone el art. 61.1 de OM de 24 de septiembre de 1970, "las prestaciones económicas de carácter periódico se devengarán desde el día siguiente a la fecha en que se entiendan causadas las mismas, siempre que la solicitud sea presentada dentro de los tres meses siguientes a la referida fecha. En otro caso, sólo se devengarán con una retroactividad

máxima de tres meses contados desde la fecha de la presentación de la solicitud". Precepto que ha de ser completado con el art. 92 de la misma OM, que establece que "el derecho al reconocimiento de la pensión por vejez es imprescriptible, si bien sólo surtirá efectos a partir de su solicitud sin perjuicio de la retroactividad en el devengo prevista en el art 61" y con su art. 90 que fija el hecho causante de la pensión de jubilación de la siguiente forma: a) para quienes se encuentren en alta, el día en que surta efectos la baja en el régimen especial como consecuencia del cese en el trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en RD 84/1996.

Y es en esto último, la baja en el correspondiente Régimen de Seguridad Social, en el que radica la clave del sentido del fallo de la Sentencia del TSJ de Galicia, pues al tratarse de una jubilación activa de un trabajador autónomo, regulada en el art. 214 LGSS, la referida baja no existe, pues de lo que se trata es de compatibilizar pensión con trabajo, en este caso, trabajo por cuenta ajena, siempre que se cumplan los requisitos del precepto regulador. Es por ello, que, acertadamente, indica la Sala de lo Social, el referido art. 90 de la OM de 24 de septiembre de 1970, no resulta de aplicación, al "no cesar el actor en la prestación de servicios ni darse de baja en el RETA". Y tampoco su art. 92, que se refiere a los efectos económicos de la prestación, y no cuando nace la misma, para lo cual ha de estarse a la regla general de que se entiende causada cuando concurren todos los requisitos necesarios para su reconocimiento, que en el caso de autos es el 8 de diciembre de 2020.

Con un enfoque sencillo, pero sin renunciar al rigor jurídico, la Sentencia de 13 de julio de 2023 resuelve con claridad de criterios una de las cuestiones más controvertidas y, en ocasiones, complejas del régimen jurídico de las prestaciones: la determinación de su hecho causante.

2.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 22 de septiembre de 2023 (recurso de suplicación núm. 4041/2022)

RESUMEN: prestación por nacimiento y cuidado de menor que ha nacido pero sin signos vitales tras el fallecimiento producido en el vientre materno. La prestación ha de reconocerse a los dos progenitores, pues la normativa no establece en estos supuestos distinción alguna por razón de sexo. Si legalmente el derecho a la licencia solo se condiciona al hecho del parto, esa misma regla debe aplicarse a ambos progenitores con independencia de su sexo. La conclusión no se altera por la remisión que para el progenitor distinto de la madre biológica efectúa el artículo 48.4 ET al cumplimiento de los deberes de cuidado del artículo 68 CC, pues la pérdida de un hijo origina una situación de especial vulnerabilidad necesitada de idéntica protección para los dos progenitores.

NORMATIVA

Arts. 177 y 178 LGSS.

Arts. 48.4 ET.

Art. 26.7 RD 295/2009, de 6 de marzo.

En la presente Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia se plantea un conflicto, por suerte, no muy habitual, pero llamativo, por su particularidad, y por la falta de previsión por parte del legislador, de ahí su elección para esta crónica. A saber, el eventual derecho del padre biológico a la prestación por nacimiento y cuidado de menor en el caso de parto de un feto abortado por causas naturales.

Dña. Sagrario, gestante de 40+4 semanas de embarazo, dio a luz un feto abortado por causas naturales. El padre del feto es el demandante. A la madre biológica le es concedida la prestación de nacimiento y cuidado de hijo durante del tiempo de suspensión de su contrato de trabajo. Nada consta expresamente en la Sentencia objeto del presente comentario, pero se puede presumir que la referida suspensión está justificada en el párrafo quinto del art. 48.4 ET: "En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo".

El actor, padre biológico del feto abortado, también solicita la prestación por nacimiento y cuidado de menor, que le fue denegada en vía administrativa por la Seguridad Social, de ahí su planteamiento en sede judicial. La Entidad Gestora alega la aplicación del Criterio de Gestión 10/2020 que tras una interpretación de diversos preceptos legislativos –LGSS y ET- y reglamentarios –RD 295/2009-, dispone que “en los casos de fallecimiento del hijo antes de su nacimiento no procederá reconocer el derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor al progenitor distinto a la madre biológica”. Para la Entidad Gestora, el permiso por nacimiento y cuidado de hijos del ET del progenitor distinto de la madre biológica, tras las modificaciones operadas ex RD-Ley 6/2019, se reconoce “para o cumplimiento dos deberes de cuidado previstos no artículo 68 do CC, que non poden ser outros que os de coidar o fillo”. De hecho, para confirmar este criterio, la Entidad Gestora alude al contenido del art. 26.7 RD 295/2009, que ordena que “no podrá reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso. Sin embargo, una vez reconocido el subsidio, éste no se extinguirá, aunque fallezca el hijo o menor acogido”. Como en este caso, el hijo ha fallecido antes del correspondiente permiso y de la correspondiente prestación, pues se dio a luz a un feto abortado, se debe denegar la prestación al progenitor que no sea la madre biológica.

Bajo este escenario, el actor inicia la vía judicial, y su pretensión, parece que, con una acertada interpretación jurídica, es estimada en la instancia –Juzgado de lo Social núm. 4 de Ourense, Sentencia de 9 de marzo de 2022- y en vía Suplicación –Sala de lo Social del TSJ de Galicia, Sentencia de 22 de septiembre de 2023-.

Para justificar el sentido de su fallo, la Sala gallega examina y relaciona unas con otras las disposiciones normativas que regulan las prestaciones económicas por maternidad y paternidad, en el caso de parto biológico. En concreto, los arts. 177 y 178 LGSS, el art. 48.4 ET, el art. 26.7 RD 295/2009 y el art. 30 CC. A partir de su contenido y bajo el contexto más amplio del principio de igualdad y no discriminación, justifica

la concesión de la prestación solicitada al demandante con los argumentos que se pasan a exponer a continuación: las prestaciones referidas están basadas en el hecho del parto y no en el sexo del progenitor. La normativa en cuestión no hace distinción entre la madre y el padre, en cuanto al acceso a las prestaciones, lo que implica que ambos progenitores tienen derecho a la misma protección legal en condiciones de igualdad. Se insiste mucho, por parte del TSJ de Galicia, en que la legislación vigente busca promover la igualdad de género y la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos. De hecho, trae a colación algún párrafo de la Exposición de Motivos del RD-Ley 6/2019, en el que se deja constancia de la equiparación de la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija para ambos progenitores, en cuanto paso importante para “la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, (en) la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y (en) el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos”. Y ello es así, recuerda el TSJ de Galicia, porque no pueden desatenderse las exigencias de los artículos 9.2 y 14 de la CE; de los artículos 2 y 3.2 del TUE; y de los artículos 21 y 23 de la CDFUE.

Pero hay un argumento más, muy importante, que debe destacarse aquí y que también se infiere de los razonamientos proporcionados por la Sala de Galicia. Se trata de las razones por las que el legislador mantiene el derecho a la suspensión del contrato de trabajo y a la prestación económica por nacimiento y cuidado de hijo, aún habiendo fallecido el hijo. La sentencia no lo dice expresamente, pero como se ha explicado por la doctrina, en esta decisión del legislador han pesado razones humanitarias. Entre ellas, ofrecer una protección adicional en situaciones delicadas, permitiendo a los afectados gestionar su duelo sin tener que enfrentarse a la presión de reincorporarse inmediatamente al trabajo. Se busca, por lo tanto, preservar los derechos laborales de los trabajadores en un momento extremadamente difícil,

ofreciendo un período temporal para recuperarse o tomar decisiones relacionadas con la reincorporación al trabajo, a menos que se decida regresar al puesto de trabajo tras las primeras seis semanas de descanso obligatorio. Y ello porque la legislación laboral y de Seguridad Social, no solo responde a las necesidades prácticas relacionadas con el trabajo y la protección social, sino que debe, además, enfocarse en proteger los derechos humanos y la dignidad de las personas trabajadoras en circunstancias extremas, como sucede frente a este luctuoso suceso.

Y la observancia de esta finalidad es la que se infiere cuando la Sala de lo Social del TSJ de Galicia señala que el cumplimiento de los deberes de cuidado del art. 68 CC, *“interpretado a la luz del principio de corresponsabilidad como integrante del de igualdad entre hombres y mujeres que inspira la reforma laboral y de Seguridad Social, no puede entenderse solo referido a la atención del hijo recién nacido, sino que ha de extenderse al cumplimiento corresponsable del resto de deberes que el Código Civil impone a ambos miembros de la pareja respecto a descendientes, ascendientes y demás personas a su cargo y a la asunción compartida de todas las cargas familiares, en un momento en que la pérdida de un hijo origina una situación de especial vulnerabilidad necesitada de idéntica protección para los dos progenitores”*. En definitiva, con una interpretación humanitaria de la normativa aplicable –europea e interna– el TSJ de Galicia resuelve un conflicto jurídico en una situación dramática concluyendo que la normativa debe extenderse por igual a ambos progenitores, ya que la situación de duelo y vulnerabilidad derivada de la pérdida de un hijo requiere la misma protección para ambos.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 30 de octubre de 2023 (recurso de suplicación núm. 3601/2021)

RESUMEN:

Complemento a la pensión de jubilación por haber sido padre de varios hijos. La resolución del INSS que denegó tal

complemento no solo vulneró el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, sino también produjo otra discriminación relativa a los requisitos procedimentales, pues a pesar de que este complemento está reconocido por los tribunales europeos también para los varones, ellos se ven obligados a iniciar un procedimiento judicial para cobrarlo, lo que conlleva un plazo más largo y también gastos adicionales. Por otra parte, la indemnización para resarcir los daños sufridos, debe incluir también las costas de y honorarios de abogado.

NORMAS APLICADAS:

Art. 60 LGSS.

Interesante cuestión se resuelve en la presente Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de 30 de octubre de 2023. A saber, el régimen jurídico del complemento de paternidad por aportación demográfica, en la actualidad derogado por el complemento de brecha de género. Pero su selección para esta crónica ha sido no tanto por la cuestión de fondo en sí, que también, sino, sobre todo, por el recorrido judicial que ha tenido que seguir la cuestión debatida y que ha llevado, con un criterio muy acertado, a la Sala de lo Social gallega al fallo del que se dará cuenta a continuación.

La controversia es la siguiente: el demandante, padre de dos hijos, tiene reconocida desde el 9 de octubre de 2019 una prestación de incapacidad permanente absoluta sobre una base reguladora de 1.972'87 €. En el mes de noviembre de 2020 interesa de la Entidad Gestora el complemento de maternidad previsto en el art. 60 de la LGSS, redacción 2015, actualmente derogado, consistente en el incremento de un 5% de la prestación, siendo denegado dicho complemento en resolución administrativa de 17 de noviembre de 2020.

Tras su introducción por Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado, el calificado como complemento de maternidad por aportación demográfica quedaba incorporado a la acción protectora de la Seguridad Social y tras su ubicación, ese mismo año, en el texto refundido de la LGSS de 2015, su régimen jurídico quedaba

previsto en su art. 60. Su objetivo último se situaba en conseguir una reducción de la brecha de género en las pensiones y con ello abordar una de tantas innumerables desigualdades y desequilibrios que sufría –y sufre– el colectivo femenino respecto del masculino en las relaciones laborales y en el sistema de protección social. Se trataba, por lo tanto, de una medida diseñada para las mujeres que abandonaban la vida activa e iniciaban la percepción de una prestación contributiva del sistema de la Seguridad Social. Y se dice expresamente “medida diseñada para las mujeres”, porque solo ellas aparecían como beneficiarias del referido complemento. En concreto, en su apartado 1 que disponía lo siguiente: “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”. En los otros apartados del precepto, se ordenaban el resto de requisitos exigidos para su percepción. Entre ellos, su naturaleza jurídica, número de hijos, porcentaje del complemento, límites, cuantía mínima y concurrencia de pensiones.

Ahora bien, aunque su finalidad era muy loable –reducir la brecha de género en las pensiones–, los cuestionamientos acerca de la adecuación del contenido del precepto a la normativa europea pronto salieron a la luz, entre ellos, como no, el de una eventual transgresión del principio de la no discriminación por razón de sexo. Las directivas que se suponían eventualmente vulneradas, la 79/7/CEE, de 19 de diciembre, y la 2006/54, de 5 de julio. La solución llegó de la mano de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18) que, efectivamente, declaró que el Derecho de la Unión se opone a una norma que reconoce a las mujeres, en las condiciones previstas en el precepto español objeto de examen, un complemento económico en el ámbito de la Seguridad Social, mientras que lo niega a los hombres que se encuentren en idéntica situación. Entre otras muchas razones, se objeta que el complemento no contenga ningún elemento

que establezca una conexión entre su concesión y el previo disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto. En definitiva, que no exige en ningún lugar que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos, con lo que se podría beneficiar, también, cualquier mujer que hubiese dado a luz antes de acceder al mercado laboral. Por lo tanto, no se justifica el que no se reconozca a los varones que hubiesen tenido descendientes.

Como no podía ser de otra manera, la referida doctrina judicial comunitaria comenzó a ser aplicada por los órganos judiciales españoles, entre ellos, también, por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. En concreto, en la Sentencia de 11 de mayo de 2021 (recurso de suplicación núm. 3745/2020). En cualquier caso, una de las cuestiones más debatidas en las distintas resoluciones de suplicación era la fecha de efectos de la Sentencia europea. De algunas de estas cuestiones se ha dado cuenta en números anteriores de esta sección de la RGDS.

Y así se llegó a la aprobación del RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero, que derogó, por discriminatorio el aludido “complemento por maternidad” ordenando, en su lugar, en la nueva redacción del art. 60 LGSS, el ahora bautizado como “complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, que, entre otras muchas novedades, dio entrada a la posibilidad de que el complemento lo percibiesen los “hombres” –así se prevé en el segundo párrafo del nuevo art. 60.1 LGSS-, siempre que concurriesen alguna de las siguientes razones justificativas: la primera, causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor –en alusión a la madre- por los hijos o hijas en común. La segunda, haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción del hijo o hijos. Eso sí, la percepción del nuevo complemento por parte del segundo progenitor –que además de un hombre, puede ser otra mujer, según el propio art. 60.1 LGSS- excluye, siempre y en todo caso, el de la madre. Es obvio, cuando se trata de complementar la pensión de viudedad. Pero también en los

demás supuestos en los que permite la solicitud al otro progenitor, pues así se indica expresamente en la norma: “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 (...). Antes de dictar la resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor se dará audiencia al que viniera percibiendo el complemento”. Por otra parte, como cuestión indubitada de la nueva ordenación, hay que referir su fecha de efectos, señalando expresamente la norma de urgencia que el nuevo complemento se reconocerá a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor del RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero, esto es, el 4 de febrero de 2021 (vid. disp. adic. primera y disp. final tercera del RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero).

Siguiendo con la historia de la evolución del contenido del art. 60 LGSS, no hay que olvidar su última modificación ex RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo. Con todo, el sentido de esta última reforma no altera ni afecta a la controversia planteada en la demanda que dio lugar a la Sentencia ahora comentada. Pues la reforma afecta, fundamentalmente, al modo de cálculo del complemento en el caso de los hombres y al modo de cálculo de la de los respectivos progenitores para determinar cuál de ellas es más alta a efectos de acreditar los requisitos exigidos para obtener el complemento.

Llegados a este punto, retomamos la cuestión inicial que conforma el debate de la Sentencia de 30 de octubre de 2023 y que es la petición, en el año 2020, del complemento de maternidad del art. 60 LGSS, redacción 2015, por un padre de dos hijos, beneficiario de una pensión de incapacidad permanente, petición que fue desestimada en vía administrativa a finales de 2020.

Teniendo en cuenta el contexto expuesto con anterioridad, los datos que deben manejarse para entender la controversia y el modo de solución son los siguientes:

- En el momento de la solicitud del demandante –octubre de 2020, todavía estaba vigente la redacción original del art. 60 LGSS, que únicamente reconocía el complemento de

maternidad por aportación demográfica a las mujeres que hubieran sido madres.

- Sin embargo, en esa misma fecha –octubre de 2020- ya había sido dictada la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18) que declaraba la incompatibilidad del art. 60 LGSS con el Derecho de la Unión pues atenta contra el principio de igualdad y no discriminación. Pese al fallo europeo, la Entidad Gestora de las prestaciones, desestima la petición del solicitante. Aunque no se tiene acceso a los motivos, se presume que se acoge al contenido literal del art. 60 LGSS, redacción 2015. De hecho, a raíz del fallo del asunto C-450/18, a principios de 2020, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social había aprobado el siguiente Criterio de Gestión relativo al complemento de maternidad, que le fue asignado el número 1/2020 y que indicaba lo siguiente: “en tanto no se llevase a cabo la correspondiente modificación legal del artículo 60 del TRLGSS, se seguiría reconociendo por las entidades gestoras únicamente a las mujeres que cumpliesen los requisitos exigidos en dicho artículo, sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconociesen el citado complemento de pensión a los hombres”.

Bajo este escenario y ante la petición del demandante, la Sala gallega no se limita a dictar sentencia reconociéndole su derecho en virtud del contenido de la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), sino que llega más allá, para plantear cuestión prejudicial ante el TJUE para que se pronuncie sobre si la práctica de la Entidad Gestora recogida en el Criterio de Gestión 1/2020 de denegar siempre el complemento litigioso a los varones y obligarlos a reclamar en vía judicial, se debe considerar un incumplimiento administrativo de la Directiva 79/7/CEE. Por otro lado, pregunta si ese incumplimiento administrativo constituye una discriminación por razón de sexo, ante el que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir disposiciones tanto legislativas como administrativas contrarias al principio de igualdad de trato. También,

atendiendo a la respuesta que se le dé a la anterior cuestión, se solicita aclaración sobre la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento. Por último, sobre si procede o no indemnización y sobre el alcance de la misma, esto es, si ha de tener eficacia reparadora de los daños y perjuicios y, en su caso, disuasoria, por considerar que aquellos no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento.

La Sentencia del TJUE resolviendo la cuestión prejudicial planteada por la Sala gallega fue dictada el 14 septiembre de 2023 (asunto C-113/2022) y entre sus argumentos, en lo que se refiere a la práctica de la Entidad Gestora con el Criterio de Gestión que trata de sortear el contenido de la Sentencia TJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), dispone, resumidamente, *lo siguiente: una vez que se ha constatado la existencia de una discriminación contraria al Derecho de la Unión y mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada. En ese supuesto, el órgano jurisdiccional nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo desfavorecido el mismo régimen del que disfrutaban las personas incluidas en la otra categoría.* Es más, Semejante obligación incumbe, por lo demás, no solo a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino también a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas nacionales encargadas de aplicar ese régimen. Todas estas afirmaciones vienen respaldadas por las correspondientes sentencias resolviendo asuntos similares (Sentencia de 21 de junio de 2007, Jonkman y otros, C-231/06 a C-233/06; Sentencia de 9 de marzo de 2017, Milkova, C-406/15; Sentencia de 10 de marzo de 2022, Grossmania, C-177/20). Teniendo en cuenta la Sentencia del TJUE de 14 septiembre de 2023, resolviendo su cuestión prejudicial, y la de 12 de diciembre de 2019 que declaraba la incompatibilidad entre el

reconocimiento del complemento por aportación demográfica solo a las mujeres con la normativa europea, la Sala gallega, dicta, el 30 de octubre de 2023, una sentencia resolviendo, en derecho, todas y cada una de las cuestiones que se le plantean en los distintos recursos de todas las partes, de la forma que se expone a continuación:

- En primer lugar, sobre los efectos retroactivos de las sentencias del TJUE, recuerda que son *ex tunc* y, por lo tanto, pueden y deben ser aplicadas a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de su publicación, si se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma. Solo en casos excepcionales, puede el propio TJUE limitar la aplicación de una sentencia, pero para ello es necesario que concurren dos criterios esenciales: a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves" (Sentencia TJUE 26 octubre 2021, asunto C-109/20).

- En segundo lugar, sobre la fecha de efectos del complemento, se indica que será la de publicación en el DOUE de la citada Sentencia de 12 diciembre 2019, en este caso, en el que la petición del demandante es anterior, eso sí, siempre que se cumplan los restantes requisitos del art. 60 LGSS, redacción 2015.

- Por último, sobre la indemnización solicitada por el demandante, a la *vista de la vulneración que se ha producido en su derecho a no ser discriminado por razón de sexo*, la Sala gallega a raíz de la doctrina del TJUE, establece que la indemnización debe compensar íntegramente los perjuicios sufridos y debe ser suficiente para garantizar la igualdad de trato. Además, se deben considerar los gastos judiciales, incluidos los honorarios de abogado, como parte de la reparación. El TJUE también resalta que no basta con corregir la discriminación material, que se logra con la concesión retroactiva del complemento, sino que también se debe reparar la discriminación procedimental sufrida por los hombres, quienes han tenido que recurrir a la vía judicial. Además, señala que no es necesario probar específicamente el perjuicio causado por la discriminación, ya que el derecho a la

no discriminación conlleva una reparación automática. En cuanto a la cuantía de la indemnización, se toma como referencia el criterio utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ajustado a las circunstancias del caso, señalando los 1500 €, como cantidad suficiente para compensar los perjuicios y los gastos judiciales derivados de la discriminación.

Una vez más, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia resuelve un conflicto interno en base a la doctrina del TJUE tras el planteamiento de una cuestión prejudicial. Sin embargo, en esta ocasión, lo novedoso radica en que el análisis no se centra en la adecuación de la normativa interna a la comunitaria, sino en la evaluación de la actuación de un órgano administrativo frente a las disposiciones del Derecho de la Unión.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 13 de diciembre de 2023 (recurso de suplicación núm. 6892/2022)

RESUMEN:

Importe de la pensión de viudedad en un supuesto en que en el convenio regulador del divorcio se fijó una pensión compensatoria de cuantía variable, en función de si la ex cónyuge residía o no en el que fuera domicilio conyugal, del que es copropietaria, lo que acontece en años alternos. Para el TSJ de Galicia, la valoración del desequilibrio económico resulta del promedio de los dos importes de la pensión compensatoria, y se fija en 750 euros mensuales. La alegación de la gestora de que la muerte del causante extingue la necesidad de compensar las anualidades en las que no usa la vivienda, es una cuestión de Derecho privado no admisible para resolver la cuestión planteada.

NORMAS APLICADAS:

Art. 220 LGSS.

En la presente resolución de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de 13 de diciembre de 2023, se debate acerca del alcance de la pensión compensatoria de divorcio en el cálculo de la cuantía de la pensión de viudedad en aquellos supuestos

en los que la compensatoria no es una cantidad fija, sino que varía en función del período en el que la persona beneficiaria tiene el uso y disfrute del que había constituido el domicilio conyugal.

Los hechos acaecidos son los siguientes: Don Borja y Doña Florencia habían contraído matrimonio el 6 de mayo de 1978, que fue disuelto posteriormente por sentencia de divorcio dictada el 21 de julio de 2020. Durante la tramitación del divorcio, los excónyuges firmaron un convenio regulador en el que se establecía, entre otras cuestiones, lo siguiente: el uso alterno del domicilio familiar por períodos anuales y una pensión compensatoria a favor de Doña Florencia de 600 euros cuando el uso del domicilio le correspondía a ella y de 900 euros cuando correspondía a Don Borja. El primer período anual de reparto del domicilio, del 17 de agosto de 2020 a 16 de agosto de 2021, fue atribuido a Don Borja. Pocos días después de iniciada esta anualidad, en concreto, el 24 de agosto de 2020, Don Borja fallece. Por resolución del INSS de 15 de octubre de 2020, a Doña Florencia se le reconoce una pensión de viudedad equivalente al 52% de una base reguladora de 2.571,60 euros, limitada a un importe mensual de 709,21 euros, desglosados en las siguientes cantidades: 514,29 euros de pensión inicial, 169,21 euros por mínimos y 25,71 euros como complemento de maternidad. Doña Florencia es madre de tres hijos, todos mayores de edad. Como es fácil presumir, la pensión de viudedad reconocida por el INSS fue calculada teniendo en cuenta la pensión compensatoria mínima de 600 euros y no la de 900 euros, que tendría derecho a percibir Doña Florencia en determinados períodos anuales.

No conforme la beneficiaria con el modo de calcular su pensión de viudedad, pues según se infiere de los autos, la compensatoria que debe ser tenida en cuenta es la de 900 euros, inicia la vía judicial, ante el Juzgado competente de la ciudad de Vigo, que es el número 3, en el que se dicta sentencia con el siguiente fallo: "que estimando la demanda interpuesta por Doña Florencia, debo declarar y declaro que la pensión de viudedad ha de fijarse teniendo en cuenta una

pensión compensatoria de 900 euros mensuales, debiendo las demandadas estar y pasar por dicha declaración, con los efectos económicos que le son inherentes". Dicha sentencia fue recurrida en suplicación ante el TSJ de Galicia, recurso impugnado de contrario, y cuyos argumentos pasan aquí a analizarse.

Con todo, antes de proceder a dicho análisis es necesario reparar por un momento en el contenido del art. 220.1 LGSS: "En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, concurriendo los requisitos en cada caso exigidos en el artículo 219, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última".

En fin, el debate se plantea en el modo de calcular la referida pensión de viudedad, cuando la pensión compensatoria del art. 97 CC es variable, en este caso, en función del uso y disfrute de un piso de titularidad compartida entre los ex-cónyuges. Para la Entidad Gestora, al haber fallecido uno de los propietarios de la referida vivienda, el uso y disfrute del inmueble pasa a ser íntegramente de la actora, por lo que según sus propios términos "se extingue la necesidad de que se vea compensada por tener que pagar un alquiler porque ella ya puede usar la vivienda de la que es copropietaria todos los meses". Por lo tanto, para la Entidad Gestora la cuantía de la pensión compensatoria que ha de modular la de la pensión de viudedad, es la de 600 euros/mensuales. Para la actora, la cuantía será la de 900 euros o, subsidiariamente, el promedio de los dos importes de la compensatoria, o sea 750 euros mensuales.

Con base en estos hechos, la Sala gallega comienza con un relato sencillo, que justifica en el Derecho privado de las posibles relaciones que pudieran existir entre la viuda y los herederos del 50 por 100 de la propiedad. Según la Sala, no se puede entrar en la forma de organizar la residencia de la actora, cuando no lo hace en la referida propiedad, ya sea alquilando un piso o residiendo en la vivienda de un familiar o donde le convenga, dado que no tiene que dar explicación alguna. Pero aquí no justifica el sentido del fallo. Sino que lo hace en otro argumento, que, aunque también sencillo, justifica perfectamente su parecer y que conecta directamente con la finalidad de la pensión compensatoria del art. 97 CC, que, según trae a colación la Sala, trata de subsanar los "perjuicios derivados del divorcio en el ex - cónyuge que, a resultas de él, padece un desequilibrio económico". Lo destacable es cómo valora la Sala el referido desequilibrio económico en este caso. Y lo hace teniendo en cuenta, exclusivamente, su carácter variable, de este modo la "pensión compensatoria alcanzaba 600 euros mensuales en el primero de los casos –cuando reside el que fuera el domicilio conyugal y se incrementaba a 900 euros mensuales en el segundo de ellos –cuando no lo haga–". Desequilibrio que permanece con independencia del "destino fatídico de su excónyuge" y que no puede cifrarse ni en 600 euros ni en 900 euros. La solución más atinada, confirma la Sala, es la formulada como petición subsidiaria de la demanda rectora de la instancia y traducida en el promedio de los dos importes de la pensión compensatoria dispuesta en el convenio regulador, o sea, 750 euros mensuales. *In melio virtus*, declara el adagio latino, y nunca más atinado porque en esta sede se compensa el año con excedente, 900 euros, por el año que no lo causa, 600 euros.

Con un argumento sencillo, pero atinado, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en la Sentencia comentada dispone una acertada proyección del sentido y significado de la pensión compensatoria a la pensión de viudedad de los ex – cónyuges.