

Juzgado de lo Social

**JS de Bilbao (Comunidad Autónoma del País Vasco) Sentencia num. 374/2022
de 5 septiembre
JUR\2022\290950**

Sanidad. Jubilación y sus prestaciones. Invalidez permanente y sus prestaciones.
Prestaciones por muerte y supervivencia.

Jurisdicción:Social

Procedimiento 745/2021

Ponente:Ilmo. Sr. D. Fernando Breñosa Alvarez de Miranda

En Bilbao, a 5 de septiembre de 2022.

Vistos por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a-Juez del Juzgado de lo Social n.º 10 D./D.ª FERNANDO BREÑOSA ALVAREZ DE MIRANDA los presentes autos número 745/2021, seguidos a instancia de xx contra FREMAP, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre COMPLEMENTO DE MATERNIDAD.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N.º 374/2022

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 12 de julio de 2021 tuvo entrada demanda formulada por xx contra FREMAP, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y admitida a trámite se citó de comparecencia a las partes asistiendo xxx representado por el letrado Diergo Lahuerta Canales, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y ... TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL representadas por la letrada xx FREMAP representada por el letrado xx abierto el acto de juicio por S. S. las comparecidas manifestaron cuantas alegaciones creyeron pertinentes en defensa de sus derechos practicándose seguidamente las pruebas que fueron admitidas según queda constancia en el acta correspondiente, y finalmente manifestaron por su orden sus conclusiones.

En la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO

El demandante, D. xx, D.N.I. xx nacido el XX/1974, figura afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con número xx.

SEGUNDO

Por resolución del INSS de 13/07/2020, se reconoció al demandante prestación de **incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo** conforme a una base reguladora de 2.069,55 euros, porcentaje de pensión del 55 % y con efectos al 9/07/2020 a cargo de la Mutua FREMAP.

TERCERO

El demandante, con fecha 22/03/2021 presentó solicitud interesando la aplicación del complemento maternidad, [artículo 60 LGSS \(RCL 2015, 1700y RCL 2016, 170\)](#), siendo denegada.

CUARTO

El demandante es padre de dos hijos nacidos el XX/2005 y el XX/2007.

QUINTO

El complemento solicitado asciende a 50,01 euros para 2.020; 51,26 euros para el año 2.021 y 52,54 euros para el año 2.022.

SEXTO

Interpuesta reclamación previa, la misma fue denegada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Los hechos declarados probados resultan de la valoración conjunta de la prueba practicada en el plenario consistente en prueba documental aportada por las partes y expediente administrativo valorada conforme a las reglas de la sana crítica ([artículo 97 LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#)).

SEGUNDO

El [art. 60](#) de la [LGSS \(RCL 2015, 1700y RCL 2016, 170\)](#) señala:

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

Seguridad Social.

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

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

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

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

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

Asimismo, si la cuantía de la pensión reconocida alcanza el límite establecido en el artículo 57 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento. En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento. (...)

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

....”.

La [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo \(RCL 2007, 586\)](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres dispone: "El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por

razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil".

El art. 6.1 de la LO indicada: " 1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable ".

Asimismo, el art. 14 del mismo Texto Legal establece:

"A los fines de esta Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos:

1. El compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres.

2. ...

7. La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia".

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

El demandante, consciente de que el [art. 60](#) de la LGSS tal y como está redactado, no ampara su derecho al complemento pretende la aplicación de la STJUE C-450/18 de 12 de diciembre de 2019, la cual declara:

"La [Directiva 79/7/CEE \(LCEur 1979, 7\)](#) del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión".

Por consiguiente, a la luz de tal doctrina, el actor ostenta el derecho a tal complemento al quedar sin efecto la referencia al sexo en ese [art. 60](#) de la LGSS, siempre que estuviera en una situación comparable.

La doctrina autonómica en interpretación de la norma ha señalado:

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

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

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

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

A lo anterior debe añadirse que el caso que nos ocupa tiene gran similitud al resuelto por la sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2001 (Caso Griesmar, C-366/99), que entró a valorar el eventual carácter discriminatorio que podía tener una norma francesa por la que se atribuía cotización ficticia a las funcionarias que hubieran sido madres en el momento en que accedieran a la pensión de jubilación. El beneficio de cotizaciones ficticias, era automático a las madres de hijos/as biológicos, aunque se ampliaba también a los hijos/as adoptados, si se cumplía el requisito de haberse dedicado a sus cuidados durante un periodo mínimo de 9 años. El Gobierno

francés, al igual que sucede en el complemento por maternidad español, defendió la legalidad de la controvertida bonificación porque estaba destinada: "a compensar las desventajas a las que se enfrentan las funcionarias, con hijos en su vida profesional, aunque no hayan dejado de trabajar" (I-9435).

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

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

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

Por último, debe destacarse también, en esta tendencia jurisprudencial de eliminar las normas que atribuyen exclusivamente a las madres determinados beneficios o ventajas relacionadas con el cuidado de los hijos/ as, la sentencia del TJUE de fecha

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

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

Por todo lo expuesto, debe concluirse que el complemento de maternidad regulado en el [art. 60](#) de la LGSS, incurre en discriminación directa por razón de sexo, al excluir a los padres varones pensionistas (jubilación, invalidez y viudedad contributivas) que puedan estar en una situación comparable a la de las madres trabajadoras. Tal conclusión, contenida expresamente en la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C- 450/18), es vinculante para este Tribunal pues el hecho de reconocer eficacia jurídica a los actos legislativos nacionales incompatibles con las disposiciones del Derecho comunitario, equivaldría de hecho a negar, el carácter efectivo de los compromisos incondicional e irrevocablemente asumidos por los Estados miembros, en virtud del Tratado, y pondría así en peligro los propios fundamentos de la Unión Europea, como Comunidad (STJCE de 9 de marzo de 1977-Asunto 106/77, Simenthal). » (STSJ de Canarias n° 44/20, de 20 de enero de 2020).

Asimismo, nuestra doctrina autonómica (STSJ de la CA del País Vasco 26/01/2021), ha recogido el mismo criterio; Otro tanto, otros Tribunales Superiores de Justicia (SSTSJ Murcia 30/04/2020, Rec. 911/2019, 26/05/2020, RS 879/2019 y 1/07/2020, Rec. 314/2019; STSJ Galicia 24/11/2020; Rec. 2907/2020...).

Por tanto, las sentencias examinadas coligen la finalidad de la medida de la justificación que acompañó la propuesta de enmienda durante la tramitación parlamentaria de la Ley 48/2005. La Directiva 79/7/CE admite que los Estados

miembros puedan establecer, a los efectos de la pensión de vejez, a las personas que han educado hijos, así como la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos. Según dicha Enmienda las razones que justificaban la oportunidad de la medida fueron las siguientes: A)-Reconocer, mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad; B) - Valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres.

La sentencia indica que, pese a que la medida puede tener un objetivo legítimo de política social, se suscitan dudas en relación a la total y absoluta exclusión de los padres porque puede incentivar el abandono femenino del mercado laboral para el cuidado de hijos/as fomentando la segregación de roles de género. La sentencia diferencia entre sexo (factor biológico) y género (factor social y cultural) señalando cómo una medida basada exclusivamente en el sexo puede contribuir a la (negativa) perpetuación de roles de género. Asimismo, realiza un extenso recorrido de la jurisprudencia comunitaria sobre la discriminación por razón de sexo y los distintos elementos en los que se sustenta y finalmente declara el derecho del recurrente al complemento por maternidad, y ello al inaplicar la restricción por razón de sexo contenida en el [art60](#) de la LGSS, y al reunir el demandante las otras dos condiciones para acceder al complemento, esto es, " ser pensionista de jubilación contributiva y tener más de dos hijos/as ".

TERCERO

En definitiva, en aplicación de la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, debe de tenerse por no puesto el requisito del sexo femenino para el reconocimiento del complemento, y siendo que el actor reúne el resto de requisitos, procede reconocerle el complemento de pensión de jubilación denominado de "maternidad".

Dichos requisitos lo son:

1.- " Su aportación demográfica a la Seguridad Social ", hecho que también compete a los hombres, no sólo a las mujeres. La STJ de Canarias disponía en relación con ello: " Recuerda el TJUE en esta sentencia que: "El carácter comparable de las situaciones no debe apreciarse de manera global y abstracta, sino de un modo específico y concreto, teniendo en cuenta todos los elementos que las caracterizan,

especialmente a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción controvertida y, en su caso, de los principios y objetivos del ámbito al que pertenezca dicha normativa nacional [sentencia de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C 451/16, EU:C:2018:49, apartado 42 y jurisprudencia citada]. En cuanto al objetivo perseguido por el artículo 60, apartado 1, de la [LGSS \(RCL 2015, 1700y RCL 2016, 170\)](#), a saber, recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, procede señalar que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres. Por consiguiente, la aportación demográfica a la Seguridad Social no puede justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión controvertido (...) (apartados 45 a 47, C- 450/18)" Ello es así porque "el complemento por maternidad", como se ha expuesto, no se vincula a la maternidad biológica, el embarazo o el parto sino a la crianza de hijos/as y la práctica de cuidar, por ser un factor que redundan negativamente en la carrera profesional e ingresos salariales de las personas trabajadoras. Los cuidados de hijos/as han sido históricamente asumidos por las mujeres, no por una cuestión biológica o vinculada al sexo sino por razones culturales y sociales (género), al asignarse a las mujeres el rol de cuidadoras y a los hombres el de proveedores del hogar. No obstante, la práctica de cuidar de "facto" puede ser desempeñada tanto por mujeres como por hombres. Promover socialmente la implicación de los padres en la crianza de hijos/as, es un avance hacia la corresponsabilidad y, por tanto, la igualdad real entre mujeres y hombres. Por ello, las situaciones de un trabajador y una trabajadora, padre y madre respectivamente de niños/as de corta edad, son comparables en relación con la necesidad en que pueden encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar del hijo/a (Sentencia Griesmar, apartado 56 y sentencia de 19 de marzo de 2002, Lommers, C-476/99, apartado 30, en relación con el acceso a servicio de guardería). "

2.- Haber tenido dos o más hijos biológicos o adoptados, hecho acreditado con el libro de familia.

3.- Ser beneficiario de la pensión contributiva de incapacidad permanente, hecho conforme.

En su consecuencia procede reconocer al actor el complemento solicitado. Complemento que se condena a su pago a la MUTUA FREMAP, como responsable del pago de la prestación de incapacidad permanente total reconocida y derivada de accidente de trabajo, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS y TGSS en el supuesto de insolvencia de la Mutua

CUARTO

Por último y en relación a los efectos de tal reconocimiento, el demandante lo fija en la fecha del reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente mientras que la demandada, en todo caso, se atiene a la fecha citada de los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, 22/12/2020.

Pues bien debemos estar a la fecha del reconocimiento de la pensión de jubilación y es que la doctrina judicial a través de un obiter dicta entiende no aplicable el [art. 53.1 LGSS \(RCL 2015, 1700y RCL 2016, 170\)](#), por ello la declaración de efectos lo es desde el 09/07/2020 (STS 16/02/2022, RCU 3379/21).

QUINTO

Reclama, por ultimo los intereses por mora, lo que debe ser rechazado y ello de conformidad con lo dispuesto en el [art. 24 LGP \(RCL 2003, 2753\)](#)

SEXTO

Se considera que concurre el presupuesto de afectación general de la letra b) del apartado 3 del [artículo 191](#) de la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#), a la luz de número de beneficiarios que pudieran resultar afectados que reviste los caracteres de afectación masiva o general

FALLO

Que estimando la demanda presentada por D. xx frente a INSS y TGSS y MUTUA FREMAP, se reconoce al actor el derecho a percibir un complemento del 5% de su pensión de jubilación en cuantía de 50,01 euros para 2.020; 51,26 euros para el año 2.021 y 52,54 euros para el año 2.022, y con efectos al 09/07/2020, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y a la MUTUA FREMAP al pago del complemento y al INSS y TGSS como responsable subsidiario en el supuesto de insolvencia de la Mutua.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, debiendo anunciarse tal propósito mediante comparecencia o por escrito en este Juzgado en el plazo de **cinco días** a contar desde la notificación.

De recurrir la entidad gestora, al anunciar el recurso, deberá presentar en el Juzgado certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación y que lo seguirá puntualmente durante la tramitación del recurso hasta el límite de su responsabilidad, lo que si no cumple efectivamente pondrá fin al trámite del recurso.

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

