



Roj: **STS 416/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:416**

Id Cendoj: **28079149912020100003**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **29/01/2020**

Nº de Recurso: **3097/2017**

Nº de Resolución: **79/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 131/2017,**
STS 416/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3097/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 79/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D.^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a. María Luz García Paredes

D.^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 29 de enero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), ambas representadas y asistidas por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 2 de mayo



de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) en recurso de suplicación nº 1237/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de julio de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Las Palmas de Gran Canaria, en autos núm. 365/2016 seguidos a instancia de D^a. Estibaliz contra las ahora recurrentes.

Ha comparecido como parte recurrida D^a. Estibaliz, representada por el procurador D. Victorio Venturini Medina y asistida por el letrado D. José Ramón Pérez Meléndez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D^a María Lourdes Arastey Sahún.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de julio de 2016 el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Con fecha de 30-1-16 doña Estibaliz, nacida el NUM000 -62 solicitó prestación en favor de familiares por el fallecimiento de su progenitora Doña Gregoria el 18-1-16. Por resolución del INSS de 22-3-16 se denegó por carecer de los requisitos de "tener condición de pensionista de jubilación o incapacidad contributiva".

SEGUNDO.- La parte actora es titular de una prestación contributiva de viudedad y de una de jubilación SOVI.

TERCERO.- La base reguladora de la prestación se fija en la suma de 6,85 euros; el porcentaje a aplicar, el del 72% y la fecha de efectos de la pensión, el día 1-2-2016. Si se considerara que deriva de la viudedad se fija en la suma de 501,32 euros y el porcentaje a aplicar, el del 72%.

CUARTO.- Se agotó la vía previa."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda interpuesta por doña Estibaliz contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos efectuados en su contra."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Estibaliz ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas), la cual dictó sentencia en fecha 2 de mayo de 2017, en la que consta el siguiente fallo:

"Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Estibaliz contra sentencia nº 281/16 de 26 de julio de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, que revocamos y, estimamos la demanda interpuesta por la misma frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, reconociendo su derecho a percibir prestaciones a favor de familiares, con una base reguladora de 6'85 euros, porcentaje de pensión del 72%, con efectos del 1 febrero de 2016. Sin costas."

TERCERO.- Por la representación del INSS y de la TGSS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), las recurrentes proponen como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de febrero de 2016, (rollo 684/2015).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 8 de noviembre de 2017 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Presentado escrito de impugnación por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 27 de noviembre de 2019, y, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, de conformidad con el art. 197 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), se acordó el debate del asunto por el Pleno de la Sala, señalándose nuevamente para votación y fallo el 18 de diciembre de 2019; acto que fue suspendido por Providencia de 16 de diciembre de 2019, señalándose para nueva votación y fallo por el Pleno el 22 de enero de 2020, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- 1. Recurre el INSS la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/ Las Palmas que, revocando la sentencia de instancia, estima la pretensión de la demandante y le reconoce el derecho a percibir prestaciones en favor de familiares, causada por la muerte de su madre, en los términos antes transcritos.

Es objeto del litigio la determinación del acceso a la indicada prestación para el supuesto de que la persona causante de la misma no sea beneficiaria de pensiones de jubilación o incapacidad contributiva, pero sí de una pensión de vejez SOVI.

2. Con el fin de dar cumplimiento al requisito del art. 219.1 LRJS, la Entidad Gestora invoca la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 febrero 2016 (rollo 684/2015), con la que, en efecto, hemos de afirmar que existe la contradicción exigida en dicho precepto.

Se trataba también allí de un procedimiento seguido para el reconocimiento del derecho a lucrar prestación en favor de familiares tras el fallecimiento de la madre de la actora, quien, en el momento del óbito, era preceptora de pensión de invalidez SOVI. Igual que sucede en este caso, la causa de la denegación en vía administrativa era la de no hallarse la causante en la situación de ser pensionista de jubilación o incapacidad permanente.

3. Pese a la evidente analogía de circunstancias fácticas, fundamentos y pretensiones, las sentencias comparadas llegan a soluciones opuestas. Mientras que la sentencia recurrida lleva a cabo una interpretación normativa amplia y admite la posibilidad de acceso a la prestación desde la situación de pensionista SOVI, la sentencia referencial se ciñe a la literalidad de la legislación para concluir que, dado que el régimen SOVI no tenía establecida este tipo de prestación, no resulta posible que una pensionista del mismo pueda ser causante de aquélla; negando, además, que con ello esté en riesgo el respeto al principio de igualdad entre mujeres y hombres.

SEGUNDO.- 1. El recurso de la Entidad Gestora denuncia la infracción de los arts. 217 y 226 de la Ley General de la Seguridad Social -RDLeg 8/2015- (LGSS-2015) y la incorrecta aplicación del art. 14 de la Constitución (CE), así como la Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) con las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social y el art. 14.6 de la LO 3/2007, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH).

El desarrollo argumental del recurso se ciñe a reproducir los razonamientos de la sentencia de contraste, que, a su vez, se limitan, casi en exclusiva, a reiterar literalmente lo razonado en el ATC 306/2008.

2. Conviene precisar que el indicado Auto del Tribunal Constitucional no aborda la cuestión de la eventual desigualdad que pudiera derivarse del sistema de pensiones SOVI, ni tampoco analiza una diferencia de trato entre mujeres y hombres. Se limita el mismo a recordar la jurisprudencia constitucional sobre las facultades del legislador para establecer diferencias ante supuestos dispares en relación a la aplicación temporal de las modificaciones normativas en materia de incapacidad permanente, cuya cuantía se veía afectada allí en atención a la norma a aplicar según la fecha del reconocimiento de la situación.

Lo que aquí se dilucida es si la exclusión de quien era pensionista del SOVI como causante de la prestación solicitada puede ser contraria a la interdicción de la discriminación por razón de **género**. Por lo que, aun cuando, los jueces y tribunales -y esta Sala entre ellos- deban partir de aquellos criterios del Tribunal Constitucional (TC), lo cierto es que el debate es ahora mucho más complejo y extenso que el que se suscitaba en el Auto del TC en cuestión.

3. Empecemos por recordar que el art. 226 LGSS-2015 determina los sujetos que pueden ser beneficiarios de la prestación en favor de familiares. No existe en el presente caso controversia sobre la eventual concurrencia de tal posible condición en la persona de la demandante, siendo el único núcleo del debate litigioso el relativo a la naturaleza de la pensión que percibía la madre fallecida. En definitiva, lo que niega el INSS es que las pensiones del SOVI puedan ser consideradas a tal efecto.

4. Es el art. 217.1 c) LGSS el que establece que podrán causar las prestaciones por muerte y supervivencia -entre las que se halla la aquí controvertida (art. 216.1 e) LGSS-2015)-, "Los titulares de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente".

En el texto vigente de la LGSS, las prestaciones del SOVI se hallan contempladas en la Disp. Trans. 2ª, cuyo apartado 1 dispone: "Quienes en 1 de enero de 1967, cualquiera que fuese su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez o que, en su defecto, hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, con excepción de las pensiones de viudedad de las que puedan ser



beneficiarios; entre tales pensiones se entenderán incluidas las correspondientes a las entidades sustitutorias que han de integrarse en dicho sistema, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria vigésima primera".

5. Hemos de recordar que en las STS/4ª de 10 diciembre 1992 (rcud. 832/1992) y 19 noviembre 1993 (rcud. 1436/1993) se analizaron supuestos análogos relativos a la pretensión de prestaciones en favor de familiares por la muerte de los correspondientes progenitores de las allí actoras, quienes habían fallecido siendo beneficiarios de pensión de vejez SOVI. En dichas sentencias se negaba que un causante de dichas características pudiera ser equiparado a un pensionista de jubilación del Régimen General de la Seguridad Social con el argumento de que, "lo contrario sería dar efectos retroactivos" a la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y de Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, que fue la que creó e implantó la prestación en favor de familiares, sin incluir precepto de Derecho intertemporal en dicho sentido.

En suma, lo que se deduce de dichas sentencias es que, si el SOVI no contemplaba la prestación en favor de familiares, no cabía completar dicho régimen con prestaciones creadas *a posteriori* sin expresa inclusión de éstas en aquél.

TERCERO.- 1. En la medida en que pueda estar en juego la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres -como a continuación se explicitará-, la Sala se ve en la coyuntura de revisar los criterios seguidos en esas dos sentencias puesto que los mismos han sido superados por la evolución normativa experimentada, tanto en nuestro ordenamiento jurídico, como en el Derecho Europeo e internacional al que el español está estrictamente conectado y vinculado.

2. Es cierto que la conclusión a la que llegaban nuestras sentencias guardaba relación con la doctrina inveterada de esta Sala IV del Tribunal Supremo que ha sostenido siempre que la literalidad de las normas transitorias -tanto de la Ley 24/72, como de las sucesivas LGSS (TR de 1974 y TR de 1994)-, llevaba a afirmar que "las normas que regulan el otorgamiento de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social y la doctrina que esta Sala ha construido en su aplicación e interpretación" no son aplicables a la pensión SOVI (STS/4ª de 16 junio 2006 -rcud. 3995/2004-).

También lo es que, como expresamente señalamos en la STS/4ª/Pleno de 21 diciembre 2009 (rcud. 201/2009), esta valoración y calificación diferencial del SOVI respecto de las prestaciones del Régimen General continúa plenamente vigente. Mas ello no impide, ni puede eludir la necesaria aplicación también a tal extinto régimen de los principios fundamentales esenciales que constituyen un pilar estructural de nuestro sistema de derechos fundamentales.

3. Precisamente en dicha sentencia del Pleno de esta Sala el Tribunal Supremo acudía por vez primera a llevar a cabo un enjuiciamiento guiado por la perspectiva de **género** mediante el examen de la transversalidad del principio de igualdad a través de una interpretación normativa que fuera acorde con los postulados impuestos por la LOIEMH, la cual supone un hito normativo que compele a los jueces y tribunales a incorporar tal criterio de hermenéutica normativa.

La evolución experimentada por el ordenamiento jurídico, a la que antes nos hemos referido, es fruto de la incorporación del concepto de "gender mainstreaming" elaborado en IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas (Beijing, 1995) y que, en el Derecho español, tiene su primera plasmación en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de **género** en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Tras inspirar la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de **género**, halla su plasmación con alcance general en la LOIEMH, en la que se positiviza la configuración del principio de igualdad efectiva, superando el de igualdad formal, a todas luces insuficiente.

De ahí que el análisis de los supuestos como el presente no pueda ya quedar relegado a la mera constatación de la diferencia entre el SOVI y el Régimen General de la Seguridad Social para, desde la clara literalidad de la distinción, rechazar una interpretación que pudiera llevar a solución distinta; y que, como pondremos de relieve a continuación, no sólo sigue siendo una interpretación factible dentro del marco legal aplicable, sino que resulta la más adecuada y congruente con los postulados básicos de nuestro Ordenamiento jurídico en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres.

4. Así, a tenor del art. 4 LOIEMH, "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". Además, el art. 15 LOIEMH dispone que "El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. (...)".



Ninguna duda cabe, pues, sobre la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de **género** en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas. Así lo hemos sostenido también en las STS/4ª de 26 septiembre 2018 (rcud. 1352/2017) y 13 noviembre 2019 (rcud. 75/2018).

5. Nos vemos, pues, en la tesitura de interpretar el requisito del art. 217. 1 c) LGSS-2015 y examinar si la aplicación de su literalidad -"pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente"- con exclusión de pensiones de vejez e invalidez, que, como las del SOVI, eran también contributivas, puede tener un impacto negativo superior sobre las mujeres.

Sobre esa naturaleza contributiva, ya hemos señalado que "(...) las pensiones SOVI tienen un carácter que puede calificarse de contributivo (precisaban de prestación de servicios, inscripción, afiliación y cotización), diferenciadas de las que hoy no requieren ningún tipo de aportación al sistema, (...)" (STS/4ª/Pleno de 21 diciembre 2009 -rcud. 201/2009-, citada).

6. Ninguna duda cabe de que el precepto es neutro y no encierra un trato desfavorable ex art. 6 LOIEMH. Ahora bien, tampoco es posible dudar del mayor número de mujeres entre quienes integran el colectivo de pensionistas del SOVI. La propia Ley 9/2005, invocada en el recurso, partía de esa realidad para justificar la mejora de la situación de dichas pensionistas, afirmando en su Exposición de Motivos que "(...) no es menos cierto que, las pensiones del SOVI son las más bajas de nuestro sistema de protección social contributiva y que, tal como vienen afirmando diversos informes, desde mediados de los años noventa se está configurando en nuestro país una importante bolsa de pobreza formada por personas mayores, principalmente mujeres. Por todo ello, y, en aras de avanzar en la mejora de nuestro sistema de protección social, se entiende necesario flexibilizar el régimen de incompatibilidades al que están sujetas las pensiones SOVI. Su carácter residual, y el hecho de ser estas pensiones el principal medio de subsistencia de un importante colectivo de personas mayores, justifican su compatibilidad con las pensiones de viudedad de cualquiera de los regímenes del actual Sistema de la Seguridad Social o del Régimen de Clases Pasivas".

Es incontestable la abrumadora feminización de las pensiones de vejez del SOVI. Los datos constatados por el propio Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social revelan que, en el mes de octubre de 2019 -por no ir más atrás-, 234.853 pensiones de dicha naturaleza eran percibidas por mujeres, frente a 26.563 que lo eran por hombres.

Sabido es que la doctrina del TJUE ha consagrado el criterio de que la discriminación indirecta pueda ser demostrado por cualquier medio, incluidos los datos estadísticos, siempre que éstos no se refieran a fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y, además, de manera general, resulten significativos (STJUE de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C-167/97; y, más recientemente, STJUE de 8 mayo 2019, Villar Laíz, C-161/18; y 3 octubre 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18; y ATJUE de 15 octubre 2019, AEAT C- 439/18 y C-472/18; entre otras). Tal criterio es perfectamente coincidente con el que sostiene el Tribunal Constitucional que ha indicado que para abordar el análisis de la discriminación indirecta hay que ir "necesariamente a los datos revelados por la estadística" (STC 128/1987, 253/2004 y 91/2019).

Por ello, la interpretación estricta y literal del precepto aquí aplicable puede generar un impacto de **género**, una discriminación indirecta, al desplegar efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino. El principio de igualdad de trato exige eliminar, no sólo la discriminación abierta, sino también toda forma de discriminación encubierta que, por la aplicación de otros criterios, lleve, de hecho, al mismo resultado. Y tal eliminación resulta aquí factible mediante la utilización de criterios interpretativos finalistas que, partiendo de la indudable concurrencia de la existencia de una pensión de características análogas (vejez/jubilación) y ganada por la contribución al sistema, abarque también a aquella obtenida en un régimen precedente al actual.

7. Restaría, no obstante, examinar si ese impacto desfavorable halla una justificación en un objetivo legítimo cuya consecución sea razonablemente factible mediante la interpretación normativa pretendida por la parte recurrente.

Ningún elemento de los que puedan estar en juego en la controversia litigiosa apunta a una justificación razonable y nada se alega al respecto por lo que la Sala no puede efectuar ningún juicio de ponderación sobre ello.

8. Nos encontramos aquí ante un supuesto de discriminación refleja o transferida porque, a la conclusión anterior de que determinada interpretación de la norma pudiera derivar en una discriminación indirecta por excluir a un sistema de pensiones que, en la práctica, se caracteriza porque sus beneficiarias son mujeres, ha de añadirse que las consecuencias negativas son sufridas sobre quien resulta la beneficiaria por su conexión directa, aun cuando no sea la persona que sufre la discriminación inicial, sino una discriminación por asociación.



La aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de la discriminación no queda limitada únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada, sino que la protección que del mismo se desprende debe ser aplicable también a quien sufra un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurriría la situación de discriminación. Acogemos de este modo el concepto de discriminación por asociación, delimitado por las STJUE de 17 julio 2008 Coleman -C-303/06- y 16 julio 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD - C-83/14-, recogido en nuestro Derecho positivo en el art. 63 del RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y también seguido, por ejemplo, en la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre Pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del Código Penal (CP), que contempla la figura de la discriminación por asociación en relación con la interpretación de la agravante del art. 22.4 CP.

9. En todo caso, y por último, la Sala no puede dejar de poner de relieve que la circunstancia ya analizada de la afectación ampliamente femenina, que el sistema de pensiones del SOVI presenta, se reitera igualmente en relación con las prestaciones en favor de familiares, las cuales se generan en número también significativamente superior por parte de personas beneficiarias de sexo femenino (los datos estadísticos de la Seguridad Social del mes de octubre de 2019 arrojan un total de 29.450 mujeres, frente a 13.330 hombres).

Todo ello nos lleva a la conclusión de que el art. 217.1 c) LGSS debe ser interpretado en línea con el mandato antes visto y, en suma, a compartir la decisión de la sentencia recurrida.

CUARTO.- 1. La Sala debe, por todo lo expuesto, desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina de la Entidad Gestora.

2. En virtud de lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS y art. 2 de la Ley 1/1996, no procede la condena en costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de fecha 2 de mayo de 2017 (rollo 1237/2016) recaída en el recurso de suplicación formulado por D^a. Estibaliz contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de los de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 26 de julio de 2016 en los autos núm. 365/2016, seguidos a instancia de dicha parte contra las ahora recurrentes. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesús Gullón Rodríguez D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana D^a Rosa María Virolés Piñol

D^a María Lourdes Arastey Sahún D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. M^a. Luz García Paredes D^a. Concepción R. Ureste García

D. Juan Molins García-Atance D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio García-Perrote Escartín