|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 106/2018 |
| Fecha | de 2 de octubre de 2018 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Juan José González Rivas, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón. |
| Núm. de registro | 3623-2018 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 3623-2018 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 26 de junio de 2018 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal un oficio del Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia al que se acompaña, junto con el testimonio del procedimiento núm. 565-2016 que se tramita ante dicho Juzgado, el Auto de 28 de marzo de 2018, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 60 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante LGSS), por vulneración del artículo 14 CE.

2. Los antecedentes relevantes para el examen de la cuestión son los siguientes:

a) Por resolución de 26 de mayo de 2016 del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) le fue reconocido a don A.P.G. el derecho a percibir una pensión de jubilación en cuantía inicial de 2.342,87 € mensuales (resultado de aplicar el porcentaje del 97,53 por 100 sobre una base reguladora mensual de 2.402,20 €), con efectos económicos de 20 de mayo de 2016. Contra esta resolución interpuso reclamación previa, solicitando que le fuese reconocida la pensión de jubilación en cuantía inicial de 2.642,42 € mensuales, en aplicación del complemento de pensión regulado en el artículo 60 LGSS.

b) Desestimada la reclamación previa mediante resolución del INSS de 30 de junio de 2016, don A.P.G. interpuso demanda (cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia) para reclamar una pensión de jubilación en cuantía inicial de 2.642,42 € mensuales, al entender que la resolución del INSS no resultaba ajustada a derecho, al no haberle aplicado el complemento de pensión por haber tenido hijos regulado en el artículo 60 LGSS. De serle aplicado, le correspondería un complemento de pensión del 10 por 100 de la cuantía inicial de pensión reconocida, si bien, al percibir la pensión máxima, tal incremento habría de serlo del 50 por 100 de la cantidad correspondiente, ascendiendo a 240,22 € mensuales el importe del complemento que consideraba debería ser adicionado a la pensión de jubilación inicial.

La demanda argumentaba que la regulación del complemento por maternidad en el artículo 60 LGSS, cuya finalidad se dice que es compensar a las mujeres por su aportación demográfica a la seguridad social, es discriminatoria para los hombres, pues es difícil encontrar una causa que justifique el diferente trato, al ser la aportación demográfica común al hombre y a la mujer. En consecuencia, en el otrosí segundo de la demanda se instaba al órgano judicial a plantear cuestión de inconstitucionalidad. Se alegan que el fondo del asunto se refiere a la violación del derecho fundamental a no sufrir por discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), que se produce en una norma de rango de ley (art. 60 LGSS), por lo que el fallo a dictar depende de la validez de dicha norma, que se considera inconstitucional.

c) Celebrada la vista y concluso el procedimiento, por providencia de 7 de marzo de 2018 el Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia acordó conferir a las partes y al Ministerio Fiscal un plazo de diez días, conforme previene el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), a fin de que alegaren lo que estimasen pertinente sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 60 LGSS. Se entiende que el precepto legal, aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo a dictar, puede ser contrario al artículo 14 CE por ser discriminatorio por razón de sexo.

d) En el trámite de audiencia del artículo 35.2 LOTC el demandante reiteró su solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, señalando que en asunto idéntico el mismo Juzgado ya ha procedido a plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 60 LGSS, por posible vulneración del artículo 14 CE. El Ministerio Fiscal no se opuso al planteamiento de cuestión. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social no consideró pertinente que se plantease la cuestión —por entender que el artículo 60 LGSS no incurre en ninguna de las discriminaciones prohibidas por el artículo 14 CE—; atiende a la consecución real de la igualdad que dicho precepto reclama, lo que en ocasiones puede obligar a dar cierto trato desigual para recomponer las consecuencias de prácticas sociales y legislativas que han supuesto obstáculos históricos para alcanzar la igualdad, como es el caso entre hombre y mujeres, en la esfera de la protección del sistema de Seguridad Social.

3. Mediante Auto de 28 de marzo de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 60 LGSS.

Tras reproducir íntegramente el precepto legal cuestionado, el Auto de planteamiento razona así sobre la duda y su relevancia para resolver el litigio (fundamento jurídico tercero):

“De la dicción de dicho precepto, qué duda cabe que lo regulado es un complemento por maternidad (aplicable sólo a las mujeres) en las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad de carácter contributivo, tanto en el Sistema de Clases Pasivas del Estado como en el Sistema de Seguridad Social, cuya constitucionalidad por vulneratorio al principio de igualdad por razón de sexo consagrado en el art. 14 del C.E. es denunciada por la parte actora, albergando las mismas dudas a esta Juzgadora, así como al Ministerio Fiscal, y dependiendo de la validez de dicho precepto con rango de ley, aplicable al caso, el fallo de la Resolución que se dicte, resultando por ello procedente, conforme al art. 163 de la Constitución, en relación con los arts. 35 a 37 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, plantear cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, acordando la suspensión provisional de las presentes actuaciones hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión, permaneciendo, en caso de admitirse, suspendido el presente proceso hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión”.

Y en su parte dispositiva el Auto de planteamiento afirma que el precepto legal cuestionado “puede estar incurso en inconstitucionalidad mediata o indirecta, por vulnerar el art. 14 de la Constitución, por ser dicho precepto aplicable al caso y de cuya validez depende la Resolución que dicte”.

4. Mediante providencia de 17 de julio de 2018, el Pleno, a propuesta de la Sección Segunda, acordó, a los efectos que determina el artículo 37.1 LOTC, oír a la Fiscal General del Estado para que alegara en el plazo de diez días lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuere notoriamente infundada.

5. La Fiscal General del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado en este Tribunal el 13 de septiembre de 2018, en el que interesó la inadmisión de la cuestión, por entender que no está correctamente planteada y además resulta notoriamente infundada.

Tras resumir los antecedentes que considera de interés para el caso, afirma que “no parece que el Auto contenga una fundamentación suficiente de la duda de constitucionalidad”. Señala que, conforme a reiterada doctrina constitucional, para cumplir con las exigencias contenidas en el artículo 35 LOTC no basta con que el Auto de planteamiento cite las normas de cuya constitucionalidad se duda y los preceptos constitucionales que se suponen infringidos, sino que es preciso también que el órgano judicial exteriorice el razonamiento que le ha llevado a cuestionar la constitucionalidad de la norma aplicable, sin que pueda limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin aducir las razones que la abonan, pues la presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin un mínimo de argumentación o a través de impugnaciones globales y carentes de una razón suficientemente desarrollada (SSTC 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 3, y 110/2015, de 28 de mayo, FJ 3, y ATC 100/2017, de 4 de julio, FJ 5).

En aplicación de dicha doctrina constitucional considera la Fiscal General del Estado que la fundamentación del Auto de planteamiento, antes transcrita, “no cumple con esa carga de alegar suficientemente la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, pues simplemente viene a expresar la duda, sin una argumentación expresa, o como máximo, se podría decir que fundamenta la duda de constitucionalidad de la norma únicamente en el hecho de que la misma se refiere solo a las mujeres”. Desde este prisma, se concluye, “el argumento sobre la duda de constitucionalidad es tan simple, que difícilmente puede considerarse que el órgano judicial haya realizado una fundamentación adecuada sobre la duda de la constitucionalidad de la norma, pues aparte de la existencia de múltiples normas que establecen un tratamiento diferente para hombres y para mujeres y de las que nadie cuestiona su constitucionalidad, por ejemplo en la legislación social, todas las relativas a la baja y prestaciones de la seguridad social derivadas del embarazo y del parto, hay asimismo bastantes otras cuya constitucionalidad ha sido planteada y respecto de las cuales se ha considerado que la diferencia de trato favorable a la mujer estaba justificada por diferentes motivos, sustancialmente para procurar una real y eficaz equiparación con el hombre en aplicación del art. 9.2 CE, al que hace referencia el escrito de la Seguridad Social”. En cualquier caso, en dicha fundamentación no se incide en el término de comparación, que no son todos los hombres frente a todas las mujeres, sino entre las madres y los padres que hayan tenido al menos dos hijos.

Además, la cuestión sería también inadmisible por ser notoriamente infundada. La razón que oficialmente justifica la diferencia de trato que establece el precepto cuestionado es la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social. La Fiscal General del Estado considera que la argumentación del demandante de que también los hombres contribuyen a esa demografía desde el punto de vista biológico es demasiado simplista, pues la diferencia de esfuerzo que se requiere para la materialización de esa aportación demográfica en el cuerpo del hombre y de la mujer es desigual. El esfuerzo físico del hombre acaba en el momento de la fecundación, mientras que sobre el cuerpo de la mujer se producen, a lo largo de nueve meses, una serie de cambios hormonales y físicos en cuanto a peso, volumen, actividad alterada de sus órganos, etc., que le suponen un evidente mayor esfuerzo, que tiene su momento de culminación y mayor exigencia en el momento del parto. En suma, si el esfuerzo personal de hombres y mujeres para que se produzca esa “aportación demográfica a la seguridad social” es tan dispar, no parece que establecer una compensación solo para las mujeres que han tenido que sobrellevar al menos dos embarazos y partos sea vulneradora del principio de igualdad.

No obstante, como la prestación se concede también a las mujeres que han tenido hijos adoptivos y no se distingue entre adopción nacional e internacional, la Fiscal General del Estado considera que debe buscarse una fundamentación adicional a la diferencia de trato relacionada con la “aportación demográfica a la Seguridad Social”. Para ello acude al escrito de alegaciones del Letrado de la Administración de la Seguridad Social que, al oponerse al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, justificó la diferencia de trato en dos motivos: la brecha salarial que se traslada a las cotizaciones y acaba determinando el importe de las pensiones, y el rol tradicional de la mujer en el cuidado de los hijos. De acuerdo con el primer motivo, no parece que sea inconstitucional utilizar una medida de discriminación positiva con el fin de reparar los efectos de la brecha salarial, aunque sea solo para madres de dos o más hijos y la reparación solo opere en el momento de la jubilación. Igualmente, dado que la dedicación al cuidado de los hijos ha sido tradicionalmente mayor por parte de las mujeres, y se ha traducido en muchas ocasiones en la reducción o en la incorporación tardía a la actividad laboral e incluso en su abandono temporal o definitivo, la discriminación positiva que el precepto cuestionado supone estaría dirigido a compensar ese obstáculo en la equiparación entre hombres y mujeres. Y desde el punto de vista de la proporcionalidad de la medida, requisito exigido por la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de igualdad (SSTC 88/2005 y 110/2015), la regulación cuestionada no conduce a un resultado desproporcionado, pues se trata simplemente de un complemento de la pensión, de un 5, 10 o 15 por 100 según el número de hijos. Esto no parece desproporcionado si lo relacionamos con la brecha salarial entre hombres y mujeres y con la perdida de promoción profesional que ha venido suponiendo, para la mayoría de las mujeres que están accediendo ahora a la jubilación obligatoria, su tradicional dedicación al cuidado de los hijos.

Con apoyo en las consideraciones expuestas, la Fiscal General del Estado considera que la duda de constitucionalidad no está fundamentada y que no puede considerarse que la norma cuestionada vulnere precepto alguno de la Constitución; en consecuencia, interesa que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1 LOTC, se dicte Auto por el que acuerde la inadmisión de la cuestión, por no estar correctamente planteada y resultar notoriamente infundada.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Único. La presente cuestión de inconstitucionalidad se plantea por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia respecto del artículo 60 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

En síntesis, el precepto cuestionado reconoce un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido dos o más 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. Ese complemento consiste en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado (el 5, el 10 o el 15 por 100) en función del número de hijos (dos, tres o cuatro o más). En caso de percibir la pensión máxima, el complemento se reduce al 50 por 100 de la cantidad correspondiente.

Como se ha expuesto en los antecedentes, el órgano judicial considera que el precepto cuestionado vulnera el principio de igualdad por razón de sexo consagrado en el artículo 14 CE. La Fiscal General del Estado interesa la inadmisión de la cuestión por falta de fundamentación de la duda de constitucionalidad y por considerarla notoriamente infundada.

La presente cuestión de inconstitucionalidad es sustancialmente coincidente con la cuestión núm. 1245-2018, planteada también por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia respecto del mismo precepto legal y con idéntica fundamentación. Esa cuestión fue inadmitida por ATC 61/2018, de 5 de junio, porque la duda de constitucionalidad no resultaba mínimamente fundamentada, de modo que la cuestión de inconstitucionalidad no había sido correctamente planteada. También en este caso el Auto de planteamiento en su fundamento jurídico tercero (reproducido en los antecedentes de la presente resolución) se limita única y exclusivamente a atribuir al precepto legal cuestionado la vulneración del “principio de igualdad por razón de sexo” consagrado en el artículo 14 CE. No efectúa por sí mismo el órgano judicial ningún análisis de la grave censura de inconstitucionalidad que así se expresa, por lo que no cumple el deber que le incumbe de fundamentar la duda de constitucionalidad.

Por tanto, procede remitirse a lo razonado en el fundamento jurídico 2 de nuestro ATC 61/2018 y en consecuencia inadmitir también la presente cuestión, conforme interesa la Fiscal General del Estado, por el mismo motivo, esto es, por no resultar mínimamente fundamentada la duda de constitucionalidad, de modo que la cuestión de inconstitucionalidad no puede considerarse correctamente planteada.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a dos de octubre de dos mil dieciocho.