

Establece el Pleno de la Sala IV del TS que únicamente los hijos nacidos con vida pueden computarse a efectos del devengo y cuantía del complemento de maternidad de pensiones

La cuestión que resuelve la Sala consiste en determinar si el feto que ha sido alumbrado muerto debe tenerse en cuenta para devengar y calcular el importe del complemento de maternidad por aportación demográfica que regula el art. 60 de la LGSS, en su anterior redacción conforme al RDLeg. 8/2015.

Señala que el vigente art. 60.3 a) -que tiene la finalidad de reducir la brecha de género- dispone que, a efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía, únicamente se computarán los hijos o hijas que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados. En consecuencia, si el hijo que nace muerto no ha de tenerse en cuenta en la legislación actual, en la que el complemento está dirigido a reducir la brecha de género, la misma solución ha de aplicarse bajo el régimen de la normativa derogada cuando el complemento se sustentaba en la contribución demográfica. Formula voto particular la Magistrada D.ª Rosa María Virolés Piñol.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia 167/2023, de 27 de febrero de 2023

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 3225/2021

Ponente Excmo. Sr. SEBASTIAN MORALO GALLEGO

En Madrid, a 27 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 2 de julio de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en recurso de suplicación núm. 444/2021, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santander, de fecha 3 de mayo de 2021, recaída en autos núm. 344/2020, seguidos a instancia de D.ª Florinda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre complemento de maternidad.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida D.ª Florinda representada y asistida por la letrada D.ª Rosa María Fernández López

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de mayo de 2021 el Juzgado de lo Social n.º 1 de Santander dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" 1.º. - La demandante, doña Florinda, nacida el NUM000 de 1954, afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el Número NUM001, solicitó pensión de jubilación que le fue reconocida por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 19 de diciembre de 2019, con cargo al

Régimen General, conforme a fecha del hecho causante de 17 de marzo de 2020, fecha de efectos del día siguiente, base reguladora de 948,21 euros, y porcentaje del 88,22%. Además, le fue reconocido un complemento de maternidad del 10% por el nacimiento de tres hijos. Formulada reclamación previa solicitando el complemento en porcentaje del 15% por el nacimiento de cuatro hijos, fue desestimada mediante resolución de fecha 28 de mayo de 2020.

2.º. - La demandante es madre de tres hijos, nacidos el NUM002 de 1983, NUM003 de 1988 y NUM004 de 1989. Además, el 19 de abril de 1982, tras nueve meses de gestación, dio luz a un feto que nació muerto. (No controvertido, documento 1 de la demandante, folios 53 y 54 de las actuaciones)".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que, DESESTIMO la demanda interpuesta por DOÑA Florinda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), y en su consecuencia ABSUELVO a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la actora ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, la cual dictó sentencia en fecha 2 de julio de 2021, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos el recurso de suplicación formulado por Dña. Florinda, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Santander de fecha 3 de mayo de 2021 (proc. 344/2020), seguido a virtud de demanda por la recurrente y, en consecuencia, previa revocación de la sentencia, estimamos la demanda inicial reconociendo a la demandante el derecho a percibir el complemento de maternidad en porcentaje del 15% de la base reguladora de 948,21 euros, y porcentaje del 88,22%, con efectos al 17 de marzo de 2020, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación desde la indicada fecha".

TERCERO.- Por el letrado de la Administración de la Seguridad Social se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, de 18 de septiembre de 2019, en el rec. 1311/2018. Considera el recurrente que la sentencia impugnada infringe por interpretación errónea del artículo 60 LGSS, en relación con los artículos 29 y 30 del Código Civil.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Tras ser impugnado por la actora, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar la procedencia del recurso interpuesto.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos y, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día 15 de febrero de 2023, fecha en que tuvo lugar.

En dicho acto, la Magistrada Ponente, Excm. Sra. D.ª Rosa María Virolés Piñol, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastián Moralo Gallego.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver es la de determinar si el feto que ha sido alumbrado muerto debe tenerse en cuenta para devengar y calcular el importe del complemento de maternidad por

aportación demográfica que regula el art. 60 LGSS, en su anterior redacción conforme al RD leg.8/2015, de 30 de octubre.

2. - La sentencia del juzgado de lo social desestima la demanda y entiende que no puede tenerse en consideración el feto que nació muerto.

La sentencia de la Sala Social del TSJ de Cantabria de 2 de julio de 2021, rec. 444/2021, acoge el recurso de suplicación de la demandante y concluye que debe computarse.

Se remite a tal efecto a la sentencia de esa misma Sala de Cantabria de 4 de junio de 2021, rec. 356/2021, en la que se dijo, que la determinación del criterio legal para atribuir la condición de hijo nacido como sujeto causante del complemento de maternidad debe sujetarse a las reglas del código civil vigentes en el momento del hecho causante de la pensión a la que se vincula el complemento, por ser la fecha a la que deben referenciarse los requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para el reconocimiento del derecho. Lo que determina que haya de otorgarse esa condición a los hijos que nacen con vida y adquieren personalidad conforme al texto del actual art. 30 Código Civil, con independencia de que hubieren fallecido antes de las veinticuatro horas de su entero desprendimiento del seno materno.

Tras lo que la sentencia recurrida añade, que "Es cierto que, a diferencia del supuesto analizado en la citada sentencia de esta Sala, el hijo de la actora nació muerto (no a la hora del alumbramiento), pero también lo es que con independencia de que fuera inscrito como "criatura abortiva", conforme a la Ley de Igualdad, el hijo nació a los nueve meses de gestación, y se debe compensar una situación de discriminación que las mujeres han sufrido por ser trabajadoras y madres de más de un hijo".

De lo que finalmente deduce que "si el legislador, en aras a superar la brecha pensional derivada de esa brecha salarial histórica, ha tomado en consideración el nacimiento de un hijo para generar el complemento, esa expresión se debe entender en el sentido amplio de incluir todo desprendimiento del seno materno transcurridos los 180 días de gestación".

3.- El recurso del INSS y la TGSS denuncia infracción del art. 60 LGSS, en relación con los arts. 29 y 30 del Código civil, para sostener que no puede computarse el hijo que ha nacido muerto y no ha llegado a adquirir personalidad.

Invoca de contraste la sentencia de la Sala Social del TSJ de Canarias/Las Palmas de Gran Canarias de 18 de septiembre de 2019, rec. 1311/2018.

4. - El Ministerio Fiscal admite la existencia de contradicción e informa a favor de estimar el recurso.

Razona que la expresión "hijos nacidos" que contiene el art. 60 LGSS exige en todo caso el nacimiento con vida en los términos del vigente art. 30 del Código Civil. A lo que añade, que esa interpretación es la que resulta conforme con el objetivo perseguido con el reconocimiento de ese complemento, que no es la protección de la gestación, ni tampoco la maternidad sino, como ha declarado la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), la de recompensar la aportación demográfica a la Seguridad Social, sin que dicho precepto contenga ningún elemento que establezca un vínculo entre su concesión y el disfrute del permiso de maternidad, o las desventajas que sufre una mujer en su carrera por la interrupción de su actividad durante el periodo que sigue al parto.

En su escrito de impugnación la demandante niega, sin más, la existencia de contradicción, a la vez que sostiene que debe otorgarse en este caso la misma protección contemplada en las reglas de seguridad social en materia de prestación de maternidad para los supuestos en los que el hijo nace muerto tras ciento ochenta días de gestación.

SEGUNDO. 1.- Debemos resolver si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1.º LRJS, que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

2.- Y lo primero es comenzar por aclarar que en este caso no tiene ninguna relevancia la cuestión jurídica atinente a la eventual aplicación del vigente art. 30 del Código Civil, a la que profusamente se refiere la sentencia recurrida en su remisión a la anterior sentencia de esa misma Sala Social de 4 de junio de 2021, rec. 356/2021.

Esta última sentencia fue asimismo recurrida por el INSS y ha dado lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina 2741/2021, en el que se invocaba la misma sentencia de contraste que en este asunto y que ha sido deliberado en el Pleno de la Sala de igual fecha que el presente.

Como decimos en la sentencia dictada en la resolución de ese otro asunto, el vigente art. 30 CC establece que "La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno", con lo que en todo caso exige que el hijo nazca con vida una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.

Si, desgraciadamente y como es el caso, el hijo ya nace muerto, tampoco adquiere personalidad en aplicación de la actual regulación civil de esta materia, por lo que es del todo irrelevante el debate relativo a si debe aplicarse la norma del Código Civil en la fecha del parto o la que ya estaba en vigor en el momento del hecho causante de la prestación a la que el complemento se anuda.

3. - Una vez efectuada esa aclaración, es evidente la existencia de contradicción entre las dos sentencias sometidas a comparación.

Tanto en la recurrida, como en la de contraste, se produce el doloroso trance de que el hijo ya nace muerto sin haberse desprendido enteramente del seno materno.

Y mientras que la sentencia recurrida considera que debe computarse a efectos de determinar la cuantía del complemento en litigio, la referencial alcanza un resultado diferente, al entender que no puede calificarse entonces como "un hijo biológico "nacido" de la actora, pues nunca nació tal hijo. Con ello decae el derecho de la actora al cómputo de tal inexistente hijo para el cálculo del porcentaje de su complemento de pensión de jubilación."

Estamos de esta forma ante doctrinas contradictorias que deben ser unificadas.

TERCERO. 1. - La resolución del asunto exige que empecemos por reproducir el contenido del art. 60 LGSS vigente a los efectos de este litigio, sin necesidad de transcribir en su integridad tan extenso precepto legal, sino únicamente en la parte que resulta verdaderamente relevante para el caso.

En lo que ahora interesa, su redacción era la siguiente: "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.

...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".

La correcta interpretación del precepto es absolutamente inescindible de lo resuelto en la STJUE de 12 de septiembre de 2019 (asunto C-45/18), por la especial transcendencia que esta sentencia despliega en la adecuada e integradora determinación de su alcance.

En ella se declara que esa norma es contraria a la Directiva 79/7/CEE, en tanto que reconoce ese complemento únicamente para las mujeres y lo niega sin embargo para los hombres que se encuentren en una situación idéntica.

Sin olvidar, como luego analizaremos, la relevancia que a estos efectos debe concederse a la nueva redacción que el legislador ha dado a ese mismo precepto legal con posterioridad a la precitada sentencia.

2.- En lo que se refiere estrictamente a la literalidad del art. 60 LGSS, lo primero a destacar es que la propia norma se ocupa de explicitar cual es la finalidad y el objetivo que persigue con la implementación de ese complemento de maternidad.

A tal efecto señala, que se reconocerá "...por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados..." en lo que es una clara y terminante expresión del elemento teleológico al que se refiere el art. 3.1 CC, cuando impone que las leyes deben interpretarse "atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

Y si la finalidad de la norma es la de reconocer esa aportación demográfica, no parece razonable extender el derecho a los dolorosos supuestos en los que el feto ha nacido muerto y no se cumple esa función de incremento demográfico.

A esa misma conclusión conduce aquel párrafo del art. 60.1 LGSS en el que se indica que, tanto para determinar el derecho al complemento, como para establecer su cuantía, únicamente deben tenerse en cuenta los hijos nacidos (o adoptados) antes del hecho causante de la pensión correspondiente.

Con esta regla se quiere decir que los hijos posteriores al hecho causante de la pensión no deben contabilizarse.

Pero, también, como específica literalmente la norma, que solo han de tenerse en cuenta los "hijos nacidos" con anterioridad. Expresión que no admite el cómputo de aquellos partos en los que el feto pudiese haber fallecido antes del momento en el que legalmente debe tenerse por nacido al hijo.

La integradora interpretación de lo dispuesto en ese precepto a la hora de configurar explícitamente la aportación demográfica como finalidad y objetivo de la norma, junto con esa específica previsión de que únicamente se computarán los hijos nacidos, impide extenderlo a los supuestos en los que el feto es alumbrado muerto y no llega a adquirir la condición legal de hijo nacido, en los que tampoco concurre en consecuencia aquel otro elemento de aportación demográfica.

Por otra parte, aun admitiendo que otra de las finalidades del complemento de maternidad pudiese ser igualmente la de compensar la dedicación de los padres a la atención y cuidado de los hijos, tampoco sería razonable computar los fetos que han nacido muertos, dado que, lamentablemente, no se habría producido esa situación.

Debemos avanzar en este momento, que el nuevo texto del art. 60 LGSS introducido por el RDL 3/2021, de 2 de febrero, ha modificado en este preciso extremo su redacción, para señalar, que únicamente se computaran los hijos o hijas que "hubieran nacido con vida", en lo que constituye una interpretación auténtica de la Ley por parte del propio legislador destinada, precisamente, a despejar las dudas que sobre este particular había suscitado la anterior formulación de la norma.

CUARTO. 1.- Es cierto que hay supuestos en los que el ámbito de protección de otras prestaciones de seguridad social se extiende a situaciones en los que el feto ha nacido muerto, sin llegar a adquirir personalidad jurídica y sin alcanzar por lo tanto la condición de hijo nacido a efectos legales.

Destacadamente, así sucede con lo dispuesto en el art. 8.4 de Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Dispone este precepto, que no se verá reducida la duración de la prestación económica de maternidad en el supuesto de posterior fallecimiento del hijo tras el parto, y que esa misma previsión "será de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días".

La STS 602/2022, de 5 de julio, rcud. 906/2019, explica que esa previsión tiene como única finalidad la de proteger a la madre biológica tras el parto y pese a que el feto haya nacido muerto, porque aun así sigue existiendo la necesidad de recuperar y salvaguardar su salud, por más que, lamentablemente, dejen de existir los deberes de cuidado de los descendientes.

Esa configuración del alcance de la prestación por maternidad se rige en consecuencia por unos principios y parámetros jurídicos que atienden, única y exclusivamente, a la protección de la salud, no solo física, de la madre que afronta esas adversas circunstancias tras el parto posterior a una gestación no inferior a 180 días, totalmente distintos a los vinculados a la atención, guardia y custodia de los hijos que justifican el complemento de maternidad y necesariamente presuponen su nacimiento con vida.

A la vez que es perfectamente demostrativa del marco al que el legislador ha querido ceñir el reconocimiento de cada una de estas dos distintas prestaciones de seguridad social, incluyendo bajo el paraguas de la cobertura que dispensa la prestación de maternidad los supuestos en los que el hijo nace muerto tras un prolongado periodo de gestación.

2. - Como ya hemos dicho y bien pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su informe, el complemento por maternidad del art. 60 LGSS no persigue el objetivo de proteger la gestación, sino el de compensar la aportación demográfica derivada de la natalidad en los términos analizados.

Esa misma naturaleza jurídica es la que le atribuye la determinante STJUE de 12 de septiembre de 2019 (asunto C-45/18), cuando expresamente señala que "al objetivo perseguido por el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, 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" (ap.46); "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" (ap.47).

Es verdad que el TJUE alude al hecho de que el complemento pueda tener igualmente como "objeto, al menos parcialmente, la protección de las mujeres en su condición de progenitor"; y que con ello persiga la finalidad de "reducir la brecha de género entre las pensiones de las mujeres y las de los hombres mediante la atribución del complemento de pensión controvertido". (ap.50).

Pero incluso en ese caso, razona que " se trata de una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres y, por otro lado, las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos" (ap. 51); de tal manera que " la circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera" (ap.52).

Y lo que es más relevante, sobre este concreto extremo concluye, que "en el caso de autos, el artículo 60, apartado 1, de la LGSS no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el 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". (ap.57).

3.- En definitiva, de la STJUE se desprende que el alcance y extensión del complemento de maternidad ha de ser exactamente el mismo para las mujeres y para los hombres, con lo que el elemento de género deviene totalmente neutro e irrelevante en la interpretación de una cuestión tan particular como la que es objeto de este litigio que afecta por igual a ambos progenitores.

La regla para el cómputo de los hijos a tener en cuenta es exactamente la misma cuando el beneficiario del complemento es un hombre o es una mujer, con lo que la conclusión final que se alcance no puede ser diferente en razón a la circunstancia de que el peticionario pudiese pertenecer a uno u otro género.

Dicho de otra forma, la aplicación de la perspectiva de género favorecería en este caso a los hombres en la misma medida que a las mujeres, y perdería con ello la finalidad que justifica la utilización de tan fundamental herramienta hermenéutica.

Cierto es, que antes de recaer esa STJUE 12 de septiembre de 2019 (asunto C-45/18), la literalidad del art. 60 LGSS abocaba a su exclusiva aplicación a las mujeres. En ese contexto era sin duda factible una interpretación judicial con perspectiva de género respecto a tan concreta y singular problemática.

Pero una vez que la STJUE extiende por igual el ámbito de aplicación de dicho precepto a hombres y a mujeres, se diluye la posibilidad de recurrir a ese canon de interpretación de las leyes, puesto que el específico aspecto jurídico del art. 60 LGG sobre el que versa el debate abarca exactamente por igual y en las mismas condiciones a los hombres y a las mujeres.

Viene de lejos la implicación de esta Sala en la aplicación de la perspectiva de género como mandato interpretativo que emana del art. 4 LO 3/2007, de 22 de marzo (LOIEMH), a la hora de efectuar la integración normativa en relación con situaciones en que están en juego instituciones jurídicas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de oportunidades de hombres y mujeres.

Como recuerda la STS Pleno 79/2020, de 29 de enero, rcud. 3097/2017, esta Sala acude por primera vez al enjuiciamiento guiado por la perspectiva de género en la STS Pleno de 21 de diciembre de 2009, rcud. 2011/2009, 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.

Juzgar con perspectiva de género supone la interpretación de las normas procurando la mayor igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (STS 997/2022, de 21 de diciembre, rcud. 3763/2019), en tanto que se trata de un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Ello significa, por un lado, que la igualdad entre mujeres y hombres constituye valor supremo del ordenamiento jurídico; y, por otro, que consecuentemente, la aplicación de tal principio debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas (STS 747/2022, de 20 de septiembre, rcud. 3353/2019).

Esta es la finalidad y utilidad de la perspectiva de género como herramienta jurídica para la interpretación de las leyes. Su aplicación se residencia en la búsqueda de criterios hermenéuticos que favorezcan la aplicación de las normas legales de la manera que mejor se ajuste a ese principio informador del ordenamiento jurídico que busca garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

No tiene sentido la invocación de la perspectiva de género cuando la norma a interpretar afecta exactamente por igual y sin distinción alguna a mujeres y hombres, de forma que carezca de cualquier incidencia en la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades, Bien al contrario, la indebida apelación a esa herramienta supone sin duda una cierta devaluación de tan relevante mecanismo legal para la interpretación de las leyes.

Y eso es lo que cabalmente sucede a la hora de determinar si los hijos nacidos muertos deben computar a efectos del complemento de maternidad, al tratarse de una cuestión que incide en la misma medida en el padre y en la madre en orden al reconocimiento y extensión de ese derecho.

4. - No está de más dejar constancia de la vigente redacción del art. 60 LGSS tras el RDL 3/2021, de 2 de febrero, en lo que valga como expresa manifestación del criterio de interpretación auténtica de la Ley ofrecido por el propio legislador, que viene en avalar lo que llevamos dicho hasta el momento.

Como así se explica en el preámbulo de esta norma, aquella STJUE "ha puesto de manifiesto la defectuosa configuración legal del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica. Y la necesidad de proceder a su redefinición ofrece la oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones".

Seguidamente señala "que la brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas. En este sentido, se constata que la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y es esta una, si no la más importante, causa de esa brecha: cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida".

Tras lo que finalmente explica, que la nueva regulación del art. 60 LGSS "sustituye el complemento de maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género en el que el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida por cuanto su nacimiento y cuidado es la principal causa de la brecha de género.

Así queda reflejado en la actual redacción del precepto.

A diferencia del texto anterior, el vigente art. 60.1 LGSS señala que el complemento es "...debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres...".

De lo expuesto en aquel preámbulo y de la redacción final del actual precepto, se desprende que el propio legislador admite que el anterior complemento estaba configurado en razón de esa aportación demográfica que ahora se sustituye por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género, porque el nacimiento y cuidado de los hijos es la principal causa que origina esa situación.

Pues bien, aun así, pese a la indubitada vinculación actual del complemento de manera tan expresa, terminante y directa con la finalidad de reducir la brecha de género, y en lo que esto supone en cuanto abre la posibilidad de aplicar la perspectiva de género, el art. 60. 3 letra a) LGSS dispone que "A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía, únicamente se computarán los hijos o hijas que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados".

Porque así lo dice expresamente el vigente texto legal, queda meridianamente claro el requisito de que los hijos han de nacer con vida para que puedan computarse a efectos de este complemento.

Previsión que es la más acorde con esa finalidad dirigida a la reducción de la brecha de género, originada por la circunstancia de que las mujeres vean afectado el desarrollo de su vida profesional por dedicarse a la atención y cuidado de los hijos.

La atención y cuidado de los hijos se convierte de esta forma en el eje esencial sobre el que pivota el reconocimiento del complemento, hasta el punto de que el vigente art. 60 LGSS niega su reconocimiento a las madres (y padres) que se vean privados de la patria potestad por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o que haya sido condenadas por ejercer violencia contra los hijos o hijas.

En consecuencia, si el hijo ha nacido lamentablemente muerto, no se genera la situación jurídica causante del complemento, porque así lo dice expresamente el precepto, en razón al hecho de que no hay atención y cuidado posible que interfiera en el desarrollo de la vida laboral de sus progenitores.

En consecuencia, si el hijo que nace muerto no ha de tenerse en cuenta en el esquema legal actual, en el que ninguna duda queda que el complemento está dirigido a reducir la brecha de género, la misma solución ha de aplicarse bajo el régimen de la normativa legal derogada cuando el complemento se sustentaba en la contribución demográfica.

QUINTO. Conforme a lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, debemos estimar el recurso del INSS y la TGSS, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de tal clase formulado por la demandante, para confirmar en sus términos la sentencia de instancia y declarar su firmeza. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 2 de julio de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en recurso de suplicación núm. 444/2021, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santander, de fecha 3 de mayo de 2021, recaída en autos núm. 344/2020, seguidos a instancia de D.^ª Florinda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre complemento de maternidad.

2. Casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de igual clase formulado por la demandante, para confirmar en sus términos la sentencia del Juzgado de lo Social y declarar su firmeza. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

Voto Particular

que formula la Magistrada Excm. Sra. D.^ª Rosa María Virolés Piñol, a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 3225/2021.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), formulamos Voto Particular (VP) discrepante a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 3225/2021 para exponer la tesis que sostuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio mayoritariamente adoptado por la Sala, por cuanto oportunamente se dirá. Baso el presente voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- 1.- La cuestión litigiosa a resolver se centra en determinar si el feto que ha nacido muerto tras nueve meses de gestación, debe tenerse en cuenta para devengar y calcular el importe del

complemento de maternidad que regula el art. 60 LGSS, en su anterior redacción conforme al RD leg.8/2015, de 30 de octubre.

2.- La sentencia de la Sala en su voto mayoritario estima que “el complemento por maternidad del art. 60 LGSS no persigue el objetivo de proteger la gestación, sino el de compensar la aportación demográfica derivada de la natalidad en los términos analizados.

Esa misma naturaleza jurídica es la que le atribuye la determinante STJUE de 12 de septiembre de 2019 (asunto C-45/18), cuando expresamente señala que "al objetivo perseguido por el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, 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" (ap.46); "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" (ap.47).

Es verdad que el TJUE alude al hecho de que el complemento pueda tener igualmente como "objeto, al menos parcialmente, la protección de las mujeres en su condición de progenitor"; y que con ello persiga la finalidad de "reducir la brecha de género entre las pensiones de las mujeres y las de los hombres mediante la atribución del complemento de pensión controvertido". (ap.50).

Pero incluso en ese caso, razona que "se trata de una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres y, por otro lado, las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos" (ap. 51); de tal manera que "la circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera" (ap.52).

Y lo que es más relevante, sobre este concreto extremo concluye, que "en el caso de autos, el artículo 60, apartado 1, de la LGSS no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el 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". (ap.57).

(...) En definitiva, de la STJUE se desprende que el alcance y extensión del complemento de maternidad ha de ser exactamente el mismo para las mujeres y para los hombres, con lo que el elemento de género deviene totalmente neutro e irrelevante en la interpretación de una cuestión tan particular como la que es objeto de este litigio que afecta por igual a ambos progenitores.

La regla para el cómputo de los hijos a tener en cuenta es exactamente la misma cuando el beneficiario del complemento es un hombre o es una mujer, con lo que la conclusión final que se alcance no puede ser diferente en razón a la circunstancia de que el peticionario pudiese pertenecer a uno u otro género.(...) “

La sentencia parte de la dictada por el TJUE en supuesto en el que se cuestionaba el derecho del padre al complemento desde el plano de aplicación del principio de igualdad, (lo cual no es objeto del presente procedimiento); para concluir, partiendo de la literalidad del precepto, denegando el derecho postulado señalando que “ En consecuencia, si el hijo ha nacido lamentablemente muerto, no se genera la situación jurídica causante del complemento, porque así lo dice expresamente el precepto, en razón al hecho de que no hay atención y cuidado posible que interfiera en el desarrollo de la vida laboral de sus progenitores. En consecuencia, si el hijo que nace muerto no ha de tenerse en cuenta en el esquema legal actual, en el que ninguna duda queda que el complemento está dirigido a reducir la brecha de género, la misma solución ha de aplicarse bajo el régimen de la normativa legal derogada cuando el complemento se sustentaba en la contribución demográfica”.

SEGUNDA.- 1.- Discrepo, con los debidos respetos al voto mayoritario, de la solución dada por la Sala en el caso concreto por las razones que oportunamente señalaré, si bien previamente refiero de forma escueta las circunstancias del caso:

a.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 2 de julio de 2021 -Rec. 444/2021- que revocó la sentencia de instancia para reconocer a la demandante el derecho a percibir el complemento de maternidad en porcentaje del 15% con efectos del 17 de marzo de 2020 -fecha de la jubilación-.

b.- La actora tiene reconocida una pensión de jubilación y un complemento de maternidad del 10% por el nacimiento de tres hijos. Formuló demanda interesando el complemento en un porcentaje del 15% por nacimiento de cuatro hijos, computando a la criatura que dio a luz muerta en 1982. La sentencia de instancia desestima dicha pretensión al entender que la ley exige que se computen los hijos nacidos vivos y la actora tras nueve meses de gestación dio a luz un feto muerto.

La Sala de suplicación advierte que en la determinación del criterio legal y objetivo para el reconocimiento de la condición subjetiva al hijo nacido, debe seguirse lo previsto en el Código Civil en el redactado vigente a la fecha del hecho causante de la prestación principal, norma que a la fecha de la solicitud de la actora avala la adquisición de personalidad jurídica desde el mismo momento del nacimiento, con independencia de su duración de vida en número de horas. Así, si bien es cierto que el hijo de la actora nació muerto y se inscribió como "criatura abortiva", también lo es que nació a los 9 meses de gestación; debiendo compensarse una situación de discriminación que las mujeres han sufrido por ser trabajadoras y madres de más de un hijo.

2.- Se articula el recurso de casación para la unificación de doctrina que formula el INSS, en un motivo único de censura jurídica, en el que denuncia la infracción por interpretación errónea de lo dispuesto en el art. 60 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los arts. 29 y 30 del Código Civil.

Se reproducen por la recurrente el contenido de los preceptos que denuncia como infringidos como sigue:

Artículo 60. (en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 8/2015).-

“ 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.

Si la pensión a complementar se causa por totalización de períodos de seguro a prorrata temporis, en aplicación de normativa internacional, el complemento se calculará sobre la pensión teórica causada y al resultado obtenido se le aplicará la prorrata que corresponda.

3. En aquellos supuestos en que la pensión inicialmente causada no alcance la cuantía mínima de pensiones que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, se reconocerá dicha cuantía, teniendo en cuenta las previsiones establecidas en el artículo 59. A este importe se sumará el complemento por hijo, que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada.

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.

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

5. En el caso de concurrencia de pensiones del sistema de la Seguridad Social, se reconocerá el complemento por hijo solamente a una de las pensiones de la beneficiaria, de acuerdo con el siguiente orden de preferencia:

1.º A la pensión que resulte más favorable.

2.º Si concurre una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, el complemento se aplicará a la de jubilación.

En el supuesto de que la suma de las pensiones reconocidas supere el límite establecido en el artículo 57 sin aplicar el complemento, la suma de las pensiones y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado.

Asimismo, si la cuantía de las pensiones reconocidas 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 suma de las pensiones concurrentes el importe del límite máximo vigente en cada momento.

6. El derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización.””

Art. 29 del Código Civil:

”” El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.””

Art. 30 del Código Civil (en la redacción anterior a la Ley 20/2011 de 21 de julio):

““ Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”

Art. 30 del Código Civil (en la redacción actual):

““La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”“.

Señala la recurrente que atendiendo a la redacción dada al art. 30 del Código Civil anterior a la Ley 20/2011 de 21 de julio, que no se cumple el requisito de nacimiento de un ser humano que viva desprendido del seno materno más de veinticuatro horas, sin tener en consideración por razones temporales el redactado actual del art. 30, que considera que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida.

2.- Del relato de hechos probados, en lo que para la resolución de la cuestión litigiosa interesa resulta que:

-A la demandante le fue reconocido un complemento de maternidad del 10% de la pensión de jubilación reconocida, por el nacimiento de tres hijos;

-La demandante es madre de tres hijos, nacidos el NUM002 de 1983, NUM003 de 1988 y NUM004 de 1989. Además el 19 de abril de 1982, tras nueve meses de gestación, dio a luz un hijo que nació muerto.

3.- Como viene recordando esta Sala IV/ TS, a partir de la sentencia del Pleno de 21 de diciembre de 2009, (rcud 201/2009, esta Sala IV/TS ha procedido a aplicar el criterio de interpretación con perspectiva de género en, al menos, las SSTS 864/2018, 26 de septiembre de 2018 (rcud 1352/2017); 778/2019, 13 de noviembre de 2019 (rec. 75/2018); 815/2019, 3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2018); 79/2020, 29 de enero de 2020 (rcud 3097/2017); 115/2020, 6 de febrero de 2020 (rcud 3801/2017); 580/2020, 2 de julio de 2020 (rcud 201/2018); 908/2020, 14 octubre 2020 (rcud 2753/2018); 645/2021, 23 junio 2021 (rec. 161/2019); y 747/2022, 20 de septiembre de 2022 (rcud 3353/2019).

Lo destacable de la mayoría de las sentencias que se acaban de citar es que, por la vía de la interpretación con perspectiva de género, extienden la protección del sistema de Seguridad Social, y la percepción de las correspondientes prestaciones, a supuestos no expresamente contemplados por la normativa de seguridad social.

En efecto, las anteriores sentencias han extendido la protección del sistema de Seguridad Social, sin realizar ahora mayores precisiones, y entre otros supuestos, al extinguido régimen del SOVI a determinados efectos; al momento del ejercicio de la opción de la madre de cesión al otro progenitor; a las prestaciones en favor de familiares; al cómputo del periodo de realización del servicio social de la mujer; a la consideración como accidente no laboral (y no como enfermedad común) de las lesiones sufridas en el parto; a la pensión de viudedad de parejas de hecho, eximiendo del requisito de la unión y convivencia con el causante en el momento de su fallecimiento; o, en fin, para calificar de profesionales las dolencias de una limpiadora de profesión, aun cuando la citada profesión no aparece en la enumeración de actividades que pueden generar enfermedad profesional.

Ninguna duda cabe, 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/4.^a de 26 septiembre 2018 (rcud. 1352/2017) y 13 noviembre 2019 (rcud. 75/2018).

Similar ausencia de previsión expresa ocurre en el presente caso, en que el hijo de la recurrente nace muerto, después de nueve meses de gestación.

Estimo, dicho sea con los debidos respetos al voto mayoritario que la conclusión debió ser en el presente caso favorable a la concesión del complemento interesado por la demandante por este hijo, porque la perspectiva de género refuerza esta conclusión y no hay razón jurídica para apartarnos de ella partiendo de la doctrina de la propia Sala IV/TS, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, y las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la maternidad.

No hay que olvidar que se produjo el parto, tras una gestación de nueve meses, aunque con el desgraciado resultado del nacimiento del hijo muerto.

Todo ello, habría de conducir a la confirmación de la sentencia recurrida, sin perjuicio de los efectos ajenos a la seguridad social que pueda tener tal alumbramiento. Y es en este sentido que formulo el presente voto particular.

En Madrid, a 27 de febrero de 2023.