

Tribunal Superior de Justicia

TSJ de Cantabria, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 495/2021

de 2 julio

JUR\2021\224363

PENSIÓN DE JUBILACIÓN: prestación económica de complemento por maternidad: procedencia: derecho a percepción generado por el nacimiento de un hijo muerto tras los nueve meses de gestación: nacimiento entendido en sentido amplio.

ECLI:ECLI:ES:TSJCANT:2021:439

Jurisdicción:Social

Recurso de Suplicación 444/2021

Ponente:Ilma. Sra. Mercedes Sancha Saiz

SENTENCIA nº 000495/2021

En Santander, a 02 de julio del 2021.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. Dª. Mercedes Sancha Saiz (ponente)

MAGISTRADOS

Ilmo. Sr. D. Rubén López-Tamés Iglesias

Ilma. Sra. Dª. Elena Pérez Pérez

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Lidia, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santander, en el procedimiento número 344/2020, ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Mercedes Sancha Saiz, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

. - Según consta en autos se presentó demanda por Dña. Lidia, siendo demandados el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre Seguridad Social, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 3 de mayo de 2021, en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO

. - Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- La demandante, doña Lidia, 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.

2º.- 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).

TERCERO

. - En dicha sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

" Que, DESESTIMO la demanda interpuesta por DOÑA Lidia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), la TESORERÍA GENE-

RAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), y en su consecuencia ABSUELVO a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra".

CUARTO

. - Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

. - Objeto del recurso.

1.- Doña Lidia tiene reconocida una pensión de jubilación y un complemento de maternidad del 10% por el nacimiento de tres hijos.

Formuló demanda interesando que, el complemento se reconozca en un porcentaje del 15% por nacimiento de cuatro hijos, computando a la criatura que dio a luz y falleció en 1982, siendo desestimado en vía administrativa.

2.- La sentencia de instancia desestima dicha pretensión al entender que, la ley exige que se computen los hijos nacidos vivos y, afirma que la actora "alumbró una criatura abortiva muerta antes de nacer y desprenderse del seno materno".

3.- Disconforme con dicha resolución recurre en suplicación la actora, a través de un único motivo y con adecuado amparo procesal en el apartado c) del [artículo 193](#) de la [Ley reguladora de la Jurisdicción Social](#).

4.- Ha sido objeto de impugnación por las entidades gestoras demandadas.

SEGUNDO

. - Sobre el complemento de maternidad en porcentaje del 15%.

1.- Denuncia la recurrente la infracción del artículo 60.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la [LGSS](#) (en su redacción vigente entre 01/01/2016 y 03/02/2021), en relación con los [arts. 4 y 11](#) de la [LO 3/2007, de 22 de marzo](#), para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres. Sostiene a tal efecto que, habiendo quedado probado que hubo un alumbramiento o parto, al finalizar el estado de gestación (9 meses), y si a efectos de prestación de maternidad, el fallecimiento del hijo/a con al menos 6 meses de gestación dispone de protección efectiva, debe aplicarse analógica-

mente la misma protección a efectos del complemento por maternidad porque evidencia el tiempo dedicado por la madre, primero a gestar a su hijo/a y posteriormente a recuperarse, y excluir los casos de gestación de 9 meses que el feto nace sin vida, cuando la norma analizada no lo excluye expresamente, lo que supone interpretar el concepto "aportación demográfica" de forma restrictiva.

A ello se oponen las entidades gestoras en su escrito de impugnación apelando al concepto de hijo otorgado por el [art. 30](#) del [Código Civil](#) de modo que, si no puede reputarse nacido, no tiene derecho al porcentaje solicitado.

2.- La cuestión ha sido analizada recientemente por esta Sala en [STSJ de Cantabria de 4 junio 2021](#) (rec. 356/2021), a la que debemos estar al no existir razón alguna para un cambio de criterio. En ella, con remisión al criterio sentado por otros TSJ Sociales, como los de Madrid, Aragón y Galicia, se dice:

" En realidad, el complemento por maternidad es introducido en la [Ley 48/2015 de 29 de octubre](#) de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 por la Disposición Final 1ª bis (anterior art. 50 de la Ley de Seguridad Social de 1994) y tiene una naturaleza jurídica de prestación pública contributiva que decía en relación a la aportación demográfica a la Seguridad Social con respecto al nacimiento de hijos naturales o adoptivos y para con las prestaciones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente en cualquier Régimen de Seguridad Social y en función del número de hijos, con una entrada en vigor a partir del 1 de enero de 2016 (disposición final 3ª).

El [art. 60](#) LGSS dispone, bajo el título de "Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social" que "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".

La Sala se muestra de acuerdo con el criterio de las sentencias de Aragón y Galicia, además de [STSJ Madrid 24-9-2018 R592/17](#) y Cataluña 15-3-2019 R6926/18 , además del Voto Particular de la completa STSJ Canarias (Gran Canaria) 11- 9-2019 R1311/18 y la [STSJ del País Vasco, Rec. 1071/2020](#) , que transcribimos:

"Una inicial interpretación finalista del [art. 60](#) de la LGSS ([art. 3.1](#) del CC) permite observar que dicho complemento de maternidad pretende reconocer una finalidad de compensación por una aportación demográfica a la Seguridad Social, que si bien inicialmente la legislación Española tiende a concederlo a las mujeres madres, a partir de la [sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12/12/2019 asunto C-450/2018](#) , advierte una consideración de diferencia de trato con una discriminación directa por razón de sexo y una concesión también a la aportación de los hombres a dicha demografía tan necesaria o comparable (condición de progenitor que es una cualidad predicable de ambos géneros). Así como otros antecedentes judiciales de las STJUE 29-2001 caso Griesmar C366/99 ; 17-7-2014 Caso Leone C173/13 ;30-09-10 Caso Roca Álvarez C104/09 ; y 16-07-2015 Caso Maistrellis C222/14 .

Y es que no debemos olvidar que ésta disposición normativa se encuentra enmarcada en un contexto de aplicación del principio de igualdad efectiva de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres establecido en el [art. 3](#) de la Ley Orgánica 3/2007 , cuya implementación ha tenido un objetivo para pretender valorar la dimensión de géneros 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 discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres, pretendiendo eliminar, cuando no disminuir, la brecha de género en las prestaciones de Seguridad Social, y con ello cumplir las recomendaciones de la Unión Europea y sobre todo los objetivos generales en torno al desarrollo de la vida familiar en cumplimiento del Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017, por lo que la contribución demográfica, que es un elemento configurador que se debe anudar también, al

menos, al nacimiento y consideración de la descendencia.

También debemos recordar que la justificación de la enmienda nº 4242 del Grupo Parlamentaria Popular del Congreso que introdujo este complemento en aquel proyecto de Ley de Presupuestos, buscaba no sólo los objetivos reseñados sino también valorar la dimensión de género en materia de pensiones, dando concreción a una especie de eficacia transversal para con la actuación de los Poderes Públicos y las Administraciones en ejecución de disposiciones normativas que presupuestando políticas públicas lleven a cabo proclamas del derecho constitucional de la igualdad con medidas específicas que corrijan situaciones patentes de desigualdad o razón de género, con una justificación razonable y proporcional a esos objetivos perseguidos, mediante medidas integradoras que permiten considerar a la aplicación del [art. 60](#) de la LGSS como un intento de reequilibrio en materia de pensiones por situaciones históricas desventajosas que muchas veces se vinculan con la maternidad (también embarazo) o en otros casos por riesgo de pérdida de empleo o dificultad de contratación, donde la manifestación expresa del legislador para con el carácter de aportación demográfica demuestra una mayor relevancia y peso en el nacimiento y cuidado de los hijos de las mujeres frente a los hombres, pero siempre desde una perspectiva en pro de la igualdad que propugna la Ley Orgánica 3/2007, máxime tras su validación por el [auto del Tribunal Constitucional 114/2018 de 16 de octubre](#) .

En ese sentido el concepto de maternidad que utiliza la norma debe ser interpretado de manera amplia trascendiendo la maternidad biológica y la adoptiva, y vinculando la práctica de cuidados de los descendientes también como situación protegida por pérdida de oportunidad laborales, disminución de la cotización, dedicación y reconocimiento, más allá de la simple protección a la familia ([art. 235](#) , [236](#) y [237](#) LGSS).

Por ello intentamos realizar una interpretación de la norma substantiva de conformidad con la perspectiva de género bajo la premisa de inclusión o contabilización del alumbramiento del hijo nacido con la perspectiva de personalidad jurídica que pasamos a explicar.

Y es que en el supuesto de autos la búsqueda de la determinación del criterio legal y objetivo para el reconocimiento de la condición subjetiva al hijo nacido, como sujeto causante de la prestación que se acomode a la aplicación de este complemento de maternidad, aparenta una exigencia de aplicación de normas

civiles para la atribución de esa personalidad jurídica que dice en relación a las previsiones contenidas en el código civil, pero que creemos que deben ser las atinentes a la fecha del hecho causante de la prestación principal y no la del origen del texto producido antes de la reforma del [art. 30](#) del CC por la [Ley 20/2011 de 21 de julio](#) (art. 2 apartado 3).

De ahí que apliquemos la redacción del [art. 30](#) del CC vigente al momento de la solicitud de la prestación, de modo que al nacimiento del hijo discutido en el supuesto de autos hay que tenerlo como persona y ser reputado como hijo, adquiriendo personalidad por el mismo hecho del nacimiento con vida, y con independencia de la duración en número de horas, lo que tiene efecto en el momento de autos aun cuando el hecho previo se hubiera producido bajo una legislación anterior. Evidentemente no sólo las reglas de transitoriedad sino las intertemporales no permiten la aplicación de la redacción original del [art. 30](#) del CC , cuando sería imposible una retroactividad de normas con un fundamento distinto, un principio de seguridad jurídica y ampliación favorable, máxime cuando este derecho aparece declarado por primera vez con posterioridad y no podemos originar su verificación bajo la legislación anterior, por cuanto perjudicaría los derechos actuales (valga de alguna manera la interpretación que se realiza por la sentencia del TS Sala Primera de 17/09/2007 en el reconocimiento del derecho al cambio de sexo en el Registro Civil de persona nacida antes de las normas que lo autorizan).

De alguna manera, como razona escuetamente el juzgador de instancia, resulta contradictorio e incongruente sostener la exigencia del nacimiento y efectos del complemento a partir de las 24 horas; otorgando un complemento prestacional a aquellos fallecidos a partir de las 24 horas y no a los previos, también nacidos, y al margen de la discusión de otro tipo de criaturas abortivas.

Ni que decir tiene que dicha perspectiva de derecho civil común, unido al de derecho especial de Seguridad Social, permite considerar a la trabajadora demandante acreedora del derecho al complemento en el criterio judicial que explayamos con una interpretación de integración de perspectiva de género, en un punto de vista finalista, integrando un principio de igualdad en las normas jurídicas como principio informador, con una medida que aparenta una posibilidad de acción positiva de género (aunque indirectamente se niegue en las [resoluciones del TJUE 12-12-19 C450/18](#)), por lo que en resumidas cuentas hacemos una interpretación de la norma de manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental de la demandante, y no de manera formalista, en

correspondencia a la exigencia de remoción de los obstáculos impeditivos de la igualdad real o sustancial (sentencias del TC 39/2002 , 26/2011 , 140/2018).

A mayor abundamiento queremos citar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CDAW) ratificada por España en 1984, especialmente en la Recomendación General nº 25 sobre medidas especiales de carácter temporal, así como las [Directivas Comunitarias 2006/54](#) de 5/07/2006, así como la proyección de exigencia de la [Directiva 2019/1158](#) (Diario Oficial de 12/07/2019) relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores que vendrá a derogar la Directiva 2010/28 (trasposición antes del 2/08/2012).

Tampoco podemos olvidar que el concepto jurídico de nacimiento lleva aparejado de forma inescindible un proceso previo de embarazo o gestación, así como de parto biológico y de recuperación, y tiene consecuencias laborales de derivación no sólo en la maternidad sino también en la previa gestación y posterior parto y recuperación física y psicológica, con perjuicios laborales y de cotización que deben anudarse a la procreación tal cual, excluyendo exigencias añadidas no regladas, de interpretación restrictiva y reducida, que versen sólo sobre una aportación demográfica biológica positiva, por una visión sesgada y utilitarista, que a la vez sería discriminatoria e ilegal en parámetros de productividad economicista desde perspectivas de género".

Por todo lo mencionado procede la íntegra desestimación del recurso de suplicación de la entidad gestor".

Por lo demás, como expresa la resolución de instancia, a la fecha del hecho causante, serán de aplicación los requisitos establecidos por la legislación de Seguridad Social vigente en dicho momento para el acceso a la prestación correspondiente, incluido el complemento reclamado, y así en la norma aplicable se establece que: "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".

El complemento de pensión, tiene naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, y la fecha del hecho causante es la de las pensiones de jubilación, viudedad e incapacidad permanente causadas con posterioridad a 1-1-2016 que complementa, por lo que, al no establecer nada el [art. 60](#) del TRLGSS y la Ley 48/2015 , que añadió el precepto al TRLGSS, respecto de la legislación aplicable a efectos de determinar el concepto de nacimiento, debe de estimarse que la

aplicable debe de ser la vigente a la fecha del hecho causante.

Incluso abordado el asunto desde la perspectiva de la LO 3/2007 y que se admitiera que debe aplicarse al caso el [art. 30](#) CC en la redacción anterior, el hecho de haber dado a luz un ser que no alcanza personalidad por considerarse como "criatura abortiva", supuso para la madre una limitación en el acceso y mantenimiento del empleo equivalente a la provocada por un parto con éxito, ya que igualmente estuvo embarazada, parió y precisó descanso recuperatorio".

3.- 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.

Como pone de manifiesto la [STSJ Galicia de 7 diciembre 2018](#) (rec. 2819/2018) " 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".

Por todo ello, se ha de estimar el recurso, previa revocación de la sentencia impugnada, con estimación de la demanda inicial.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación formulado por Dña. Lidia, 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.

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para

cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito, suscrito por Letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social de Cantabria, dentro del improrrogable plazo de los **diez días** hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, con tantas copias como partes recurridas, y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

Advertencias legales

Si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia y no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena. Pudiendo sustituir dicha **consignación** en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, deberá acreditar, mediante resguardo entregado en la secretaria de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar del siguiente modo:

a) Si se efectúa en una oficina del BANCO DE SANTANDER se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº

3874 0000 66 0444 21. Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria (ES55) 0049 3569 92 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 3874 0000 66 0444 21.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.

DILIGENCIA.- La pongo yo el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia, para hacer constar que en la misma fecha se envía copia de la anterior sentencia, a efectos de notificación a la Fiscalía del Tribunal Superior. Doy fe.

OTRA.- Para hacer constar que en el mismo día de su fecha se incluye el original de la precedente resolución, una vez publicado, en el libro de sentencias de esta Sala de lo Social, poniendo en la pieza del recurso y en los autos certificación literal de la misma. Seguidamente se notifica en la oficina judicial a las partes que comparecen, y telemáticamente a LOS LETRADOS ROSA MARÍA FERNÁNDEZ LÓPEZ, DEL INSS Y LA TGSS, ASÍ COMO AL MINISTERIO FISCAL, de conformidad con lo establecido en los [artículos 56](#) y siguientes de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social](#) . Doy fe.

De conformidad con lo dispuesto por la [Ley Orgánica 3/2018](#) , de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio](#) , del Poder Judicial, los datos contenidos en

la presente resolución solamente podrán ser tratados con la finalidad de su notificación y ejecución, así como de tramitación del procedimiento en que se ha dictado. El órgano judicial es el responsable del tratamiento y el Consejo General del Poder Judicial la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.