



Roj: **STSJ M 3318/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:3318**

Id Cendoj: **28079340012023100318**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/03/2023**

Nº de Recurso: **1039/2022**

Nº de Resolución: **318/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE LUIS ASENJO PINILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34001360

**NIG:** 28.079.00.4-2021/0075667

**Procedimiento Recurso de Suplicación 1039/2022**

**ORIGEN:** Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid Seguridad social 837/2021

**Materia:** Viudedad / Orfandad / A favor familiares

**Sentencia número: 318/2023**

**D**

**Ilmos/as. Sres/as.**

**D. IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

**D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA**

**D. EMILIO PALOMO BALDA**

**Dª. MARIA LUISA SEGURA RODRIGUEZ**

En la Villa de Madrid, a 27 de marzo de 2023, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los/a Ilmos/a. Sres/a citados/a, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente,

**S E N T E N C I A**

En el recurso de suplicación número **1039/2022**, interpuesto por Dª. Leocadia , contra la sentencia de 7 de junio de 2022, dictada por el Juzgado de lo Social número 24 de los de Madrid, en sus autos número 837/2021, seguidos a instancia de la citada parte RECURRENTE frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre PRESTACIÓN A FAVOR DE FAMILIARES,

siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

*"PRIMERO.- Con fecha 5/6/2019 falleció el padre de la demandante, D. Manuel , constando como su último domicilio el situado en la C/ DIRECCION000 NUM000 de Las Rozas (Madrid).*

*SEGUNDO.- D<sup>a</sup>. Leocadia solicitó al INSS mediante escrito fechado el 4/6/2020 que tuvo su entrada en el registro electrónico del INSS el día 5/6/2020 el reconocimiento de la prestación en favor de familiares con motivo del fallecimiento de su padre.*

*En la solicitud se reconocía que "...tras el fallecimiento de mi padre, al mes siguiente, el día 17 de julio, cumplí la edad requerida de 45 años que establece la meritada prestación...."*

*TERCERO.- Consta en el expediente la declaración de IRPF correspondiente a 2019 de la solicitante, el certificado de nacimiento de la demandante -constando que nació el NUM001 /1974-, el certificado de Fe de Vida y Estado de D<sup>a</sup>. Leocadia constando como "soltera" o el volante histórico del padrón municipal de la vivienda situada en la C/ DIRECCION000 NUM000 de Las Rozas.*

*CUARTO.- Con fecha 8/3/2021 la Dirección Provincial del INSS reconoció a la demandante el "subsidio temporal en favor de familiares" sobre una base reguladora diaria de 1.602,50 €, con un porcentaje del 20% y efectos económicos desde el 1/2/2021.*

*QUINTO.- Contra dicha resolución presentó la actora el 26/4/2021 reclamación previa a la vía jurisdiccional solicitando el reconocimiento de la "pensión de familiares", que fue desestimada por resolución de 31/5/2021 confirmatoria de la anterior, haciendo constar que "...no le puede ser concedida una pensión vitalicia en favor de familiares, porque para tener derecho a dicha pensión es necesario que en la fecha del fallecimiento del causante, el solicitante tuviera cumplidos 45 años de edad, según el artículo 5 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio ..." .*

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

*"DESESTIMO la demanda formulada por D<sup>a</sup>. Leocadia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y, en consecuencia,*

*ABSUELVO a los demandados de los pedimentos contenidos en la demanda".*

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDANTE, formalizándolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera el 20 de septiembre de 2022, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el siguiente 22 de marzo de 2023, para los actos de votación y fallo.

**SEPTIMO:** En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sra. Leocadia solicitaba en la demanda origen de las actuaciones en curso y presentada el 22 de julio de 2021, que se le reconociese la prestación a favor de familiares en lugar del subsidio temporal a favor de familiares que se le había asignado, con las consecuencias económicas a tal declaración



La sentencia de 7 de junio de 2022 y del Juzgado de referencia, desestimó esa solicitud. Indicaba, básicamente, que no le correspondía la prestación de referencia ya que la exigencia de una determinada edad para acceder a la misma era un dato objetivo; que tampoco podía considerarse tal exigencia como ultra vires vista su regulación actual, al igual que la precedente; y que, además, tal exigencia tenía todo el sentido desde la perspectiva de la protección social que se persigue.

**SEGUNDO.-** Los dos motivos de Suplicación que articula toman como base el art. 193.c), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

La parte actora estima y en el primero de ellos, que la sentencia objeto de Recurso, infringe lo dispuesto en los arts. 9.3, 14 y 24 de la Constitución; el art. 226, del TRGSS; y la jurisprudencia contenida en la resolución de 3-6-2020, num. 642, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo.

Alega que la regulación que efectúa el art. 5, del Decreto 1646/1972, de que la beneficiaria de la prestación en favor de familiares debe tener 45 años al momento del fallecimiento del causante, hay que catalogarlo de ultra vires. Señala que el citado es un requisito nuevo. Así, continúa, lo único que establece el art. 226.2.b), del TRGSS, es que la edad de la solicitante ha de ser de 45 años pero sin ligarla directamente a dicho fallecimiento como generador, a su vez, del hecho causante. Por tanto, sigue diciendo, es suficiente con que dicha edad se cumpla durante el año natural en que se produce dicho evento; cual es su caso. Interpretación que estima que es más garantista y respetuosa con el texto de la Ley que a la par no intenta esquivar el requisito de la edad. Más si se tiene en cuenta que únicamente le faltaban 42 días para su cumplimiento.

Establece el art. 5.1, del Decreto 1646/1972 (el Decreto, en lo sucesivo), que: *"...Tendrán derecho a pensión las hijas o hermanas de pensionistas de jubilación o invalidez que, al tiempo del fallecimiento del causante, sean mayores de cuarenta y cinco años de edad y solteras o viudas, siempre que reúnan las condiciones exigidas en los apartados c), d) y e) del número primero del artículo cuarenta del vigente Reglamento General de Prestaciones Económicas y acrediten dedicación prolongada al servicio del causante..."*. Y el art. 3, puesto en relación con el art. 1.1.d), de la Orden de 13 de febrero de 1967, que: *"...Las prestaciones enumeradas en el artículo primero se entenderán causadas, siempre que concurren las condiciones que para cada una de ellas se señalan en los capítulos siguientes, en la fecha en que se produzca el fallecimiento del sujeto causante salvo para la pensión de orfandad, cuando el beneficiario sea hijo póstumo, en cuyo caso se entenderá causada en la fecha de su nacimiento..."*.

Asimismo otra cuestión previa. El debate en este litigio ha de circunscribirse al requisito de los 45 años para acceder a la prestación a favor de familiares. Únicamente se le denegó por esa causa a la Sra. Leocadia y de entre los varios que a ese fin establece el art. 226.2, del TRGSS. A tal efecto, nos remitimos a la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 26 de abril de 2021 y de la que se hace expreso eco el quinto hecho probado. Si realizamos esta precisión es porque la resolución de instancia a veces parece deslizarse y en su discurrir argumental, a resaltar un posible incumplimiento de otros requisitos para acceder a tal prestación.

**TERCERO.-** Dicho esto, no asumimos el primero de los alegatos de recurrente. Entendemos que no puede hablarse de una regulación ultra vires en orden a fijar el cumplimiento de los 45 años, o mejor dicho ser mayor de esa edad -art. 226.2.b), del TRGSS-, por parte de la beneficiaria y en relación al fallecimiento del causante.

Así, el art. 226.2, se remite para completar y detallar los requisitos inherentes a esta prestación a *"los términos que reglamentariamente que se establezcan reglamentariamente las siguientes circunstancias"*. Dicción que parece apuntar a una regulación futura a la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo (RDLeg) 8/2015. Pero que efectivamente no ha tenido lugar.

Sin embargo, no nos parece que la remisión a "reglamentos" anteriores a esa norma, incluso también figura en regulaciones precedentes en similares términos -art. 176.2, del RDLeg 1/1994-, pueda conllevar y por sí misma, una declaración como la ahora propuesta por la recurrente.

No vemos la contradicción normativa entre el Decreto mencionado y el RDLeg 8/2015. Nos sirve como aclaración y aunque en este caso pudiera aparecer como decisiva. En cualquier caso el fijar un determinado momento en el tiempo y en aras a devengar una determinada prestación, no nos parece arbitrario; cuestión distinta es la interpretación que pueda darse en determinadas circunstancias.

En ese mismo orden de cosas resaltemos tres cuestiones. Y aunque no parezcan decisivas desde una perspectiva de la declaración de ultra vires propugnada, nos sirven para abundar en nuestra tesis. A saber:

Volviendo al Decreto, en este caso a su art. 6.2, podría producirse la paradoja que al no figurar desarrollado el párrafo segundo, del art. 196.2, del TRGSS, en relación a las prestaciones de incapacidad permanente total, la referencia que se hace en la primera de las normas a los 55 años para devengar el incremento del 20%, también



podiera calificarse de ultra vires. Ese no es el parecer de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS), al analizar y luego proceder a su aplicabilidad.

Cuando se ha visto conveniente por estimar que su regulación entraba en contradicción con otros preceptos posteriores y es la segunda, se han derogado o modificado ciertos aspectos de ese Decreto. Es el caso de los arts. 2, 7, 19 y la disposición transitoria primera. Lo mismo puede decirse respecto a la Orden también nominada.

Finalmente, esas regulaciones anteriores en el tiempo al vigente TRGSS, a veces cobran una virtualidad decisiva. Sería el caso de la regulación del subsidio temporal a favor de familiares y que le fue reconocido a la Sra. Leocadia -cuarto ordinal del relato fáctico-; es decir se ha visto beneficiada, siquiera parcialmente, por una norma de la naturaleza que ahora pone en cuestión. Aparece normativizado por los arts. 41 y 42 el Decreto 3158/66, aun más "antiguo" que el anterior; con el agravante que la referencia contenida en el art. 226.3, de nuevo del TRGSS, es mas indeterminada y remisoría.

**CUARTO.-** El segundo de sus motivos le sirve para denunciar que la resolución de instancia ha vulnerado y de nuevo, los arts. 14 y 24, de la Constitución; el art. 226.2, del TRGSS; y la jurisprudencia del TS contenida en las sentencias de 21-12-2009, 26-9-2018, 13-11-2019 y 29-1-2020.

Defiende que con independencia de lo señalado en su anterior motivo, existe otra causa para asignarle la prestación controvertida. Argumenta a tal fin que las normas han interpretarse con la perspectiva de género necesaria, especialmente en las prestaciones por cuidado de progenitores por parte de sus hijas. Todo ello, sigue diciendo, a la luz de los principios de igualdad en su transversalidad y no discriminación por razón de sexo. Visto lo cual, continúa, los requisitos para su acceso han de flexibilizarse para las mujeres que son mayoritarias en cuanto al cuidado de los mayores y que cifra en un 70%; que los órganos judiciales una vez detectado el impacto de género tienen obligación de integrarlo en la impartición de justicia; que, en consecuencia, han de rechazarse interpretaciones mecánicas y no formalistas, que, a su vez, han de encadenarse con la existencia de un amplio derecho antidiscriminatorio y evitando discriminaciones indirectas.

El debate que nos propone conlleva otro con carácter previo. Así, constatamos que no existe referencia alguna a ese alegato en la sentencia recurrida. Lo cual lleva a preguntarse si estamos en presencia de una cuestión novedosa y, por tanto, no atendible en este trámite en cuanto que sería incompatible con la naturaleza extraordinaria de este tipo de recursos -TS, resolución de 15-12-2020, rec. 1905/2018-.

Enlazando con lo anterior es cierto que la demanda origen de las presentes actuaciones relaciona ese argumentario y debemos citar el sexto apartado en ese sentido. Cabría la posibilidad de que en la vista oral hubiera renunciado a esta vía de defensa. Pero no es el caso, tal como hemos verificado examinando la grabación de la misma.

Por tanto e inevitablemente, hemos de aceptar de que concurre incongruencia omisiva sobre este punto y vedada por el art. 218.1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la resolución de instancia.

El problema es que la parte actora no denuncia expresamente ese déficit. No obstante y como quiera que es analizable de oficio por esta Sala, nos lleva a preguntarnos cual es la decisión a tomar. Bien podría ser declarar la nulidad de actuaciones al momento justo al anterior del dictado de la sentencia y para que se elaborase otra donde se pronunciara expresamente sobre este tema. Sin embargo, tampoco hay que olvidar que una solicitud de esa naturaleza es contraria a los principios de economía y rapidez procesal - art. 74.1, de la LRJS-; ello determina que únicamente pueda decretarse la nulidad cuando la infracción sea de tal calado que haya ocasionado verdadera indefensión; o sea por su carácter excepcional debe ser el último remedio a adoptar y cuando no exista otra alternativa. Consecuencia de lo anterior y en aras a solucionar situaciones evitables procesalmente, entraremos directamente a la discusión propuesta por la Sra. Leocadia .

**QUINTO.-** Tras esas disquisiciones, destaquemos que un doble punto de vista impregna esta cuestión y que a la par guarda evidente conexión, como veremos cuando lo desglosemos. Así:

-Empezaremos analizando la influencia en este litigio de la denominada perspectiva de género. Las principales líneas jurisprudenciales están contenidas en la resolución del TS, de 23-6-2022, rec. 846/2021 y, concretamente en su cuarto fundamento de derecho. Indica y a modo de preámbulo, lo siguiente:

*"...En numerosas ocasiones hemos advertido que 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, por ejemplo, en las SSTS de 26 septiembre 2018 (rcud. 1352/2017) y 13 noviembre 2019 (rcud. 75/2018):*



La interpretación que aquí se sostiene viene avalada por la aplicación del principio general contenido en el artículo 4 LOI según el que 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. 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, más aún, en un caso -como el presente- en lo que se trata de dilucidar es si los trabajadores puestos a disposición por las empresas de trabajo temporal tienen derecho o no a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria...".

El punto de vista que ahora nos interesa y por causas obvias, es la aplicación de este instituto en el marco de la Seguridad Social. Nos recuerda en ese sentido que:

"...A) Invocando expresamente los preceptos de la LOI antes transcritos, las SSTs 21 diciembre de 2009 (rcud 201/2009; Pleno) y 864/2018 de 26 de septiembre (rcud 1352/2017) han resuelto la cuestión sobre si cabe la cesión del derecho de maternidad a favor del otro progenitor cuando la madre no ha efectuado tal opción en el momento de inicio del periodo de descanso. Porque interpretar que la norma reglamentaria exige que la opción se efectúe con la solicitud de la prestación de la propia trabajadora, supondría afirmar que tal requisito formal actúa de verdadera condición del propio derecho a la prestación del otro progenitor.

B) La STS 26 enero 2011 (rcud. 4587/2009) concede pensión de viudedad a mujer divorciada, sin pensión compensatoria, víctima de violencia de género.

C) La STS 79/2020 de 29 enero (rcud. 3097/2017; Pleno) extiende a la mujer que percibe pensión de vejez SOVI la posibilidad de causar prestación en favor de familiares, pese a que la misma solo está contemplada en el ámbito de las de Seguridad Social.

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.

[...]

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.

D) La STS 115/2020 de 6 febrero (rcud. 3801/2017) concluye que a efectos de completar el periodo mínimo para acceder a la jubilación anticipada, ha de tenerse en cuenta el tiempo de prestación del Servicio Social obligatorio de la mujer, aplicando lo establecido en el artículo 208.1 b), último párrafo de la LGSS respecto al servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria. Y un argumento decisivo a tal efecto viene dado por la pauta hermenéutica ahora examinada:

Únicamente mediante la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del precepto - artículo 208.1.b), último párrafo, de la LGSS - se alcanza la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, ya que la aplicación literal del mismo conduciría a una violación de dicho principio pues supondría un trato discriminatorio de las mujeres respecto a los hombres. Dicha interpretación conduce a entender que



el periodo de prestación del "Servicio Social de la mujer" ha de tomarse en consideración, a efectos del acceso a la jubilación anticipada, en la misma forma en la que se tiene en cuenta, a dichos efectos, el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria.

E) La STS 580/2020 de 2 julio (rcud. 201/2018 ) concluye que la incapacidad permanente absoluta reconocida a la trabajadora recurrente, como consecuencia de las complicaciones y lesiones sufridas en el parto, no debe considerarse derivada de enfermedad común sino de accidente no laboral. Invocando los preceptos de la LOI antes reproducidos:

"[...] como lo ocurrido a la recurrente en el parto solo le pudo suceder por su condición de mujer, la perspectiva de género proclamada por el artículo 4 de la referida Ley Orgánica 3/2007 refuerza la interpretación de que el hecho debe considerarse accidente no laboral y no enfermedad común, pues sólo las mujeres pueden encontrarse en una situación que no tiene parangón con ningún otro tipo de circunstancia en que la se acuda a la atención sanitaria. De ahí que la utilización de parámetros neutros, como los que propone la Entidad Gestora, conduzca a un resultado contrario con el principio de igualdad efectiva que nuestro ordenamiento consagra".

F) La STS 908/2020 de 14 octubre (rcud. 2753/2018 ) invoca la perspectiva de género para concluir que siempre que cumpla los restantes requisitos legalmente exigidos, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento. Esa interpretación del artículo 174.3 LGSS de 1994 (actual artículo 221.1 LGSS de 2015) entronca expresamente con las sentencias precedentemente reseñadas..."

Estableciendo y a modo de resumen, que: "... La transversalidad del principio de igualdad y no discriminación exige que asumamos la interpretación normativa que resulte más acorde con la consecución de los fines queridos por el ordenamiento en tal sentido..."; así como que : "...El acceso a las prestaciones de Seguridad Social mayoritariamente lucradas por mujeres ha de controlarse asumiendo una interpretación flexible de sus requisitos...". Por tanto, la: "... interpretación con arreglo a criterios finalistas o analógicos conduce a extender a supuestos no expresamente contemplados por el ordenamiento lo previsto para otros (prestación en favor de familiares en SOVI, cómputo como cotizado del Servicio Social, consideración como accidente de las lesiones provocadas por el parto, acreditación de la violencia de género)..."

-Perspectiva que y es el segundo punto de vista que ha de incorporar nuestra interpretación, está muy presente en recientes disposiciones normativas. Por ejemplo en el Real Decreto-ley (RDL) 3/2021, cuando la Exposición de Motivos resalta que: "...No es exagerado afirmar 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..."; y también, añadimos nosotros, de sus padres tal como veremos en el siguiente fundamento de derecho . Y más cercano aun en el tiempo el RDL 2/2023, que igualmente en su Expositivo inicial, hace hincapié en: "...la misma línea de refuerzo de la equidad, y corrección de la situación de discriminación estructural que han sufrido históricamente las mujeres en el mercado de trabajo, se prevé un incremento del complemento por brecha de género que, articulado como acción positiva..."

-Finalmente y también interconexiónado con este procedimiento, resaltemos que hay proceder a una interpretación tuitiva, flexible y finalista de las normas de Seguridad Social y aunque sea abandonando una interpretación literal de la norma afectada-por ejemplo, sentencia del TS, de 10-11-2014, rec. 80/2014-. La resolución del TS, de 16-1-2001, rec 1830/2000, en ese mismo sentido y con cita de otras anteriores, ya rechazó "una interpretación literal y deshumanizada" de la norma, propugnando por el contrario aquella que sea "razonable, lógica, sistemática y finalista".

**SEXTO.-** Sentadas estas bases y por lo que ahora diremos, hemos de asumir la petición de la recurrente. Efectuaremos una interpretación que entendemos teleológica, sistemática, en clave constitucional y con perspectiva de género. Argumentamos a tal efecto que:

Es publico notorio que a la hora de asumir el cuidado de sus familiares, la mujer es sensiblemente mayoritaria. De todas maneras el sexto hecho de la demanda refiere y no consta que las Entidades se opusieran a esos datos, que los porcentajes de dedicación están cercanos porcentualmente al 70%. Por tanto, es de aplicación la perspectiva de género para solventar el litigio en curso.

La actora nació el NUM001 de 1974 -ordinal tercero del relato fáctico-. El fallecimiento de su padre y a la vez el causante de la prestación debatida, tuvo lugar el 5 de junio de 2019 -hecho probado primero-. Es decir, le faltaban 43 días para cumplir el requisito de la edad. Insistimos, el único puesto en tela de juicio en la resolución administrativa denegatoria, cual es ser mayor de 45 años, recordemos.

Pues bien, combinado ambos factores con los parámetros interpretativos de los que nos hicimos eco en nuestro anterior fundamento de derecho, una interpretación flexible y acorde a tales circunstancias, impiden



dar un valor decisorio a los escasos días que le faltaban para ser indiscutible titular de la prestación en favor de familiares; o, incluso, como apuntaba la parte actora en su primer motivo de Suplicación, que el fallecimiento del causante tuvo lugar dentro del mismo año natural en que se iba a producir tal cumplimiento. Igualmente, el requisito de la edad no puede contemplarse aisladamente en este caso.

Así, al momento de fallecer su padre no se discute que conviviera con él y a su cargo; que no estuviera casada en esos momentos; que fuera prolongado el tiempo de dedicación al cuidado de su padre; y que careciera de medios propios de vida. Requisitos todos desglosados en el art. 226.2, del TRGSS. Y si bien la norma parece que los reseña en un plano de igualdad adquisitiva, no podemos olvidar que algunos de ellos son preponderantes si atendemos a una interpretación acorde al origen y finalidad que persigue dicha prestación. Y desde luego la edad exacta no es uno de ellos.

**SÉPTIMO.-** La estimación del Recurso carece de incidencia desde la perspectiva del pago de las costas que hayan podido generarse en la presente instancia; en cuanto que no serán exigibles a ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que estimamos el Recurso de Suplicación formulado por D<sup>a</sup>. Leocadia , contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 24 de los de Madrid, de 7 de junio de 2022, dictada en el procedimiento 837/2021; la cual debemos también revocar y le reconocemos la denominada prestación en favor de familiares; condenando en consecuencia al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por estas declaraciones, así como a abonarle la correspondiente prestación y sin perjuicio de las compensaciones económicas a que haya lugar derivadas del cobro del subsidio temporal a favor de familiares en su momento reconocido. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826-0000-00-1039-22 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos nº 35, 28010 de Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF / CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento: 2826- 0000-00-1039-22.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, el condenado al pago de la misma deberá ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital-coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala ( art. 230/2 de la LRJS).



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 Sección de Sala.

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

### VOTO PARTICULAR

Que, al amparo de lo establecido en el art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el art 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. Emilio Palomo Balda respecto de la sentencia de fecha 24 de marzo de 2023 dictada en el recurso de suplicación nº **1039/2022**.

Con el respeto que me merece, muestro mi discrepancia con el parecer mayoritario de la Sala, reiterando la posición que mantuve en la deliberación en el sentido de que el principio de perspectiva de género no puede servir de título para eludir el cumplimiento del requisito de edad que el art. 5.1 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en relación con el art. 226.1 b) de la Ley General de la Seguridad Social impone para adquirir el derecho a la pensión en favor de familiares a los hijos e hijas del beneficiario de una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente, consistente en que en el momento del óbito de su progenitor sean mayores de 45 años. Consecuentemente, no comparto el fallo de la sentencia que, a mi juicio, debió ser desestimatorio del recurso de suplicación interpuesto por la actora.

### FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Para comprender las razones de mi disconformidad resulta conveniente efectuar una serie de consideraciones previas sobre el principio al que recurre la sentencia mayoritaria.

**A)** Los órganos jurisdiccionales están obligados a incorporar la perspectiva de género a la exégesis de las normas de Seguridad Social al ser un mandato que emana del art. 4 de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en relación con el art. 5.1 de la Constitución, así como de la Directiva 79/7/CEE. Con arreglo a ese criterio hermenéutico, las disposiciones legales en la materia se han de aplicar 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.

**B)** En aras de una más adecuada aplicación de ese canon interpretativo, hay que tener en cuenta la definición que de sexo y género como características diversas del ser humano facilitó de manera novedosa el Tribunal Constitucional en la sentencia 67/2022, de 2 de junio, al señalar que *"el sexo, que permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas que nos definen"*. Por su parte, *"aunque el género se conecta a las realidades o características biológicas, no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género"*.

Advierte el Tribunal que *"mientras que el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles, los caracteres asociados al género son relativos y coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico"*, así como que *"sexo y género no son mutuamente excluyentes, pero tampoco son sinónimos, de modo tal que su traslación al ámbito jurídico exige asumir la diferencia existente entre ambos para evaluar las consecuencias normativas de tal distinción y asegurar el adecuado respeto a la seguridad jurídica ( art. 9.3 CE )"*.

**C)** Como señala la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 27 de febrero de 2023 (Rec. 3225/2021), el enfoque de género carece de sentido 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.

**D)** No obstante, una disposición puede afectar a ese principio si aun aplicándose indistintamente a mujeres y hombres perjudica principalmente a las primeras, lo que obliga a rechazar cualquier interpretación que entrañe una situación de discriminación indirecta por razón de género y optar por la que conduzca a erradicarla.

Son varios los supuestos en los que el órgano de casación social ha tenido la oportunidad de interpretar, atendiendo a la perspectiva de género, las normas de Seguridad Social, incluidas las que regulan la prestación a favor de familiares, de lo que es exponente la sentencia de 29 de enero de 2020 (Rec. 3097/2017).





**E)** Las sentencias de 8 de febrero y 2 de marzo de 2023 ( Rec. 1417/2020 y 3972/2020), de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, puntualizan que el criterio de la perspectiva de género no puede servir para ir más allá de la interpretación y aplicación del derecho y situarse en el ámbito de su creación.

**SEGUNDO.- I.-** Sentado lo anterior, la sentencia mayoritaria parte de una premisa que la resolución judicial impugnada no establece como probada, cuál es la de que, según se afirma en el hecho sexto de la demanda rectora de autos sin soporte probatorio alguno, cerca de que en el año 2019 cerca de un 70 % de las personas perceptoras de prestaciones a favor de familiares eran mujeres. A lo anterior se une que aun de ser cierto, se trataría de un dato general, comprensivo de las pensiones y de los subsidios a favor de familiares en vigor en ese ejercicio que no permite considerar acreditado que en el año 2019 - o en los posteriores - no hubiesen podido acceder a la prestación vitalicia (nuevas altas) un número mayor de mujeres que de hombres por no cumplir el requisito de la edad.

**II.-** En cualquier caso, aunque así fuera, no por ello resultaría posible, a mi parecer, recurrir a la perspectiva de género para salvar el requisito que en el supuesto enjuiciado no concurre de que el solicitante de la prestación vitalicia tenga más de 45 años al tiempo del fallecimiento del causante. Y ello, en base a tres órdenes de argumentos.

**A)** En primer lugar, el hecho de que legislador subordine el reconocimiento de la pensión de familiares, entre otras condiciones, a que el hijo o la hija del beneficiario sea mayor de 45 años, no puede considerarse una exigencia ilógica o irrazonable o un elemento diferenciador discriminatorio para quienes no superen esa edad, pues responde a razones objetivas y fundadas relacionadas con la mayor dificultad de incorporarse al mercado laboral de quienes la han alcanzado.

El cumplimiento de una determinada edad ha sido uno de los requisitos tradicionales para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social sobre el que el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas ocasiones, entre las que cabe citar la referida a la exigencia de haber cumplido la edad de 55 años para acceder a la pensión de incapacidad permanente total cualificada, señalando dicho órgano en la sentencia 137/1987, de 22 de julio, que su finalidad no es, en modo alguno, discriminar a quienes no la tengan, sino compensar su mayor dificultad real para iniciar una nueva actividad laboral.

**B)** En segundo lugar, la clara dicción del art. 5.1 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio - "ser mayores de cuarenta y cinco años de edad" - no puede superarse mediante el recurso al mecanismo de la perspectiva de género, y tampoco con una interpretación tuitiva, flexible y finalista que, en realidad, comporta la contravención del mandato nítido y expreso del precepto y crea una situación de inseguridad jurídica contraria al derecho a la igualdad, derivada de la indefinición del número de días, meses o años por debajo de la edad de 45 años que aplicando el criterio de la sentencia mayoritaria permitirían a las mujeres - no a los hombres - acceder a la pensión a favor de familiares. La sentencia concede la pensión a la recurrente porque sólo le faltaban 43 días para cumplir 45 años en el momento en el que murió su padre, pero los mismos argumentos que emplea servirían para otorgársela a otros solicitantes que no alcanzasen esa edad en el momento del hecho causante.

**C)** A la misma conclusión sobre la exigibilidad del requisito de edad para causar la pensión a favor de familiares llegó la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 17 de septiembre de 1993 (Rec. 1851/1992) y, más recientemente, conociendo del recurso interpuesto por una mujer invocando la existencia de discriminación, la Sala de lo Social de Andalucía, con sede en Sevilla, en sentencia de 24 de julio de 2020 (Rec. 913/2019) y, respondiendo a la alegación de la recurrente en el sentido de que en la fecha del óbito de su padre sólo le faltaban 20 días para cumplir 45 años, la sentencia de la Sala de lo Social de Aragón de 5 de febrero de 2001 (Rec. 129/2000) en la que se razona que el precepto *"no es susceptible de una aplicación flexible, que en realidad constituiría una inobservancia legal, aunque por un solo día la persona interesada no hubiera llegado a cumplir dicha edad, pues los límites temporales de edad que el Derecho establece en diversas ocasiones para acceder a ciertas facultades y derechos, obedecen a decisiones legislativas que separan situaciones jurídicas que, por diferentes razones, no pueden reconocerse con igual contenido en cualquier tiempo (...) precisión que impide cualquier posible interpretación flexibilizadora, como las que, en otros ámbitos y por otros motivos, pueden admitirse"*.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.