

Juzgando con perspectiva de género el complemento de maternidad

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 904/2019, de 11 de septiembre**

Glòria Poyatos i Matas

Magistrada especialista de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias

Exigir a alguien ser lo mismo que quienes marcan la norma significa sencillamente que la igualdad entre los sexos está concebida conceptualmente para no ser lograda jamás [...] la línea central de la ley de igualdad da por supuesto que la sociedad ya es fundamentalmente igual [...] hacer algo a favor de las mujeres queda estigmatizado como protección especial o como acción afirmativa en vez de reconocerse sencillamente como no discriminación o igualdad por primera vez.

Catherine MacKinnon¹

1. Marco normativo

Mediante el **Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre**, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), se renumera el complemento por maternidad, que pasa a estar regulado en el **artículo 60**. Literalmente en su apartado 1 se establece lo siguiente:

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

¹ MacKinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, pp. 422-423.

Cómo citar: Poyatos i Matas, G. (2020). Juzgando con perspectiva de género el complemento de maternidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 904/2019, de 11 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 141-148.

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 %.
- b) En el caso de 3 hijos: 10 %.
- c) En el caso de 4 o más hijos: 15 %.

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. [...]

Su aplicación se acota exclusivamente a las mujeres, por motivo de «su aportación demográfica a la Seguridad Social», siendo los requisitos generales acumulativos, con las salvedades contempladas en los párrafos que van del segundo al sexto, los siguientes:

1. Ser mujer.
2. Ser beneficiaria de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad.
3. Haber tenido hijos biológicos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente.
4. Solo se computarán los «hijos nacidos» (biológicos).

La causa por la que se regula el complemento por maternidad es, literalmente, «por la aportación demográfica» de las mujeres a la Seguridad Social, lo que parece justificar que se acote su reconocimiento exclusivamente respecto a las pensionistas mujeres. La norma pretende compensar, a modo de acción positiva, la aportación a la demografía realizada por las mujeres mediante la maternidad y el esfuerzo asociado a tal maternidad, suavizando así las históricas discriminaciones que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres y han sido generadoras de la brecha de género en las pensiones. Esta finalidad u objetivos del complemento controvertido se contienen de forma expresa en la enmienda aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en la que trae su origen esta bonificación².

² Se trata de la enmienda núm. 4.242 del Grupo Parlamentario Popular, en la que literalmente se dice:

El complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social se fundamenta en la consecución de los siguientes objetivos principales:

- Reconocer, mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad.
- Valorar la dimensión de género 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 las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres.

2. Relato fáctico. Hechos relevantes

La Sentencia de fecha 29 de junio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Las Palmas estimó parcialmente la demanda interpuesta en materia de aplicación del complemento por maternidad en pensión de jubilación contributiva, reconociéndose a la actora una bonificación del 10 % correspondiente a 3 hijos biológicos.

El procedimiento derivaba de la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), en la que solo se contabilizaron 2 hijos (inscritos en el libro de familia) de los 4 que solicitaba la actora.

El juez de instancia reconoció la contabilización de un tercer hijo nacido en 1977 que murió a las pocas horas de nacer. No obstante, no se le reconoció la contabilización del cuarto hijo, porque: «no puede extraerse que hubiera nacimiento el día 4/8/73 ya que la documentación médica habla de aborto».

Frente a la sentencia se alzó en suplicación la demandante, solicitando la contabilización de este cuarto hijo, y, por tanto, un porcentaje del 15 %, en aplicación de lo previsto en el [artículo 60 de la LGSS](#).

La [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas de 11 de septiembre de 2019](#) se hace eco del criterio mayoritario de la sala por el que se entiende que los fetos fallecidos tras 6 meses de gestación no tienen encaje en la contabilización de hijos a efectos de devengo del complemento de maternidad que se sustenta sobre «la aportación demográfica a la Seguridad Social» y «de ningún modo podría cifrarse en el cómputo los fetos abortados, los cuales no constituirían individuos hipotéticamente integrables en el futuro sistema de la Seguridad Social» (FJ 3.º).

Haciendo uso de la facultad conferida por el [artículo 260.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial](#), formulé voto particular a la sentencia, por discrepar, desde la mayor consideración y respeto, con el criterio mayoritario de la sala, considerando que debió estimarse el recurso de suplicación, de acuerdo con las consideraciones jurídicas que se exponen a continuación.

De acuerdo con el relato fáctico de la sentencia, estos son los hechos relevantes:

- Mediante resolución del INSS de fecha de salida 23 de noviembre de 2017 se reconoce a la actora pensión de jubilación contributiva, con las siguientes condiciones:
 - Base reguladora: 1.219,28 euros.
 - Porcentaje pensión: 81,29 %.
 - Pensión inicial: 991,15 euros.
 - Complemento por maternidad: 49,56 euros.

- En fecha 2 de febrero de 2018 se dictó resolución por el INSS en respuesta a la reclamación previa presentada por la actora, en la que se ratifica la anterior resolución con base en lo siguiente:

[...] usted alega que tuvo cuatro hijos, sin embargo, en el libro de familia solo constan dos inscripciones: ICC, nacida el 1/9/1975, y TCC, nacida el 15/10/1983. No procede, por tanto, la aplicación de un mayor porcentaje del complemento por maternidad.

- La actora tuvo un hijo no inscrito en el libro de familia el día 31 de octubre de 1977. De acuerdo con lo contenido en el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida: «[...] consta indubitadamente el nacimiento de un hijo en la fecha reseñada que murió a las pocas horas [...]».
- La demandante tuvo también un alumbramiento con 6 meses de gestación, con el resultado de feto fallecido, informe médico de asistencia e ingreso de fecha 4 de agosto de 1973, en el que hace constar: «aborto 6 meses-parto feto fallecido».

3. Voto particular. Clave del razonamiento jurídico: perspectiva de género en la interpretación de acciones positivas

La cuestión litigiosa se centró en la interpretación de la norma sustantiva.

Desde un punto de vista gramatical, el precepto legal determina que solo se computarán «los hijos nacidos», no exige que los hijos/as hayan nacido vivos tal y como sí exige, por ejemplo, el [artículo 30 del Código Civil](#) (CC). Tampoco se exige que el hijo/a nacido haya tenido que vivir un tiempo determinado fuera del útero materno, como se exigía en el ya derogado artículo 30 del CC³. Y, por último, tampoco se hace referencia a periodo de tiempo mínimo efectivo de cuidados y educación de los vástagos, es decir, de vida de los/as menores.

Como ejemplo de normativa similar que sí vincula el complemento a un tiempo mínimo de vida de los descendientes puede destacarse el caso francés y la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2001 \(asunto C-366/99, Griesmar\)](#), que analizó el carácter discriminatorio de la ley francesa por la que se atribuía cotización ficticia a las funcionarias que hubieran sido madres en el momento en que accedieran a la

³ Antes de la reforma introducida por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (disp. final tercera), disponía: «Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

pensión de jubilación. El beneficio de cotizaciones ficticias era automático si se cumplía el requisito de haberse dedicado a sus cuidados durante un periodo mínimo de 9 años. En el caso francés, la ley exigía un tiempo mínimo de vida de los descendientes para poder obtener la bonificación de cotizaciones, pero ello no se exige en el caso de la norma española.

Desde un punto de vista teleológico o finalista, la finalidad del complemento pretende compensar o suavizar mediante esta bonificación las consecuencias de las discriminaciones históricas derivadas del esfuerzo asociado a la maternidad, que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres, así como reconocer la aportación demográfica de las mujeres que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad.

Desde un punto de vista sistemático y contextual, este complemento, a diferencia de las prestaciones familiares reguladas en los [artículos 235 a 237 de la LGSS](#), pretende suavizar los perjuicios laborales soportados por las mujeres derivados de su aportación demográfica, esto es, por el sacrificio y esfuerzo anudado a la procreación biológica o por adopción, que tiene incuestionables efectos negativos en la carrera profesional (techo de cristal) y en la carrera de cotizaciones (brecha salarial y de pensiones).

A los anteriores criterios de interpretación, y dado que el complemento por maternidad se configura como una acción positiva a favor de las madres trabajadoras, debe añadirse necesariamente, por mandato del [artículo 4 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la perspectiva de género. Ello no es una opción, sino una obligación normativa y vinculante. El derecho a la igualdad y el acceso a la justicia son normas imperativas de derecho internacional público generadoras de obligaciones *erga omnes* a tenor de lo previsto en los artículos 53 y 64 de la [Convención de Viena sobre derecho de los tratados](#), en relación con los artículos [1](#), [9.2](#), [14](#), [10.2](#) y [96](#) de la Constitución española, respecto al deber internacional de «diligencia debida», que exige del Estado firmante, a través de todos sus poderes (incluido el judicial), respetar, proteger y garantizar el cumplimiento efectivo del derecho para lograr la igualdad de resultado –arts. 2 f) y 5 a) de la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#) (CEDAW), en relación con las Recomendaciones [28](#), [33](#) y [35](#) del Comité CEDAW-. Las anteriores obligaciones internacionales vinculan al poder judicial español en su actividad jurisdiccional, que debe ejercer teniendo presente el «control de convencionalidad» tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional ([STC](#)) [140/2018, de 20 de diciembre](#). Ello exige la contextualización y la actuación conforme al principio pro persona, como un criterio hermenéutico que obliga a adoptar interpretaciones jurídicas que garanticen la protección de los derechos humanos. Hay que adoptar un enfoque constitucional, removiendo los obstáculos e integrando la perspectiva de género como criterio de referencia ([SSTC](#) [216/1991, de 14 de noviembre](#), [26/2011, de 14 de marzo](#), y [39/2002, de 14 de febrero](#)).

Debe añadirse, además, que lo que estamos interpretando es una medida legal de acción positiva de género. Las acciones afirmativas son una estrategia temporal destinada

a remover situaciones, prejuicios, comportamientos y prácticas culturales y sociales que impiden a un grupo social discriminado alcanzar una situación real de igualdad de oportunidades. Tienen como objetivo alcanzar la igualdad sustantiva. Por ello, su interpretación y aplicación debe hacerse en conexión con las normas reguladoras del principio de igualdad y no de forma mecánica, tal y como expresamente se indica en la [Recomendación 25 del Comité CEDAW](#) sobre medidas especiales de carácter temporal:

[...] un enfoque jurídico o programático puramente formal no es suficiente para lograr la igualdad *de facto* con el hombre, que el comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre.

4. Proyección de los criterios interpretativos al caso

Con base en lo expuesto, debe hacerse una interpretación con perspectiva de género del complemento por maternidad, acorde con su finalidad, y contabilizarse el cuarto hijo, por las siguientes razones:

1. Ha quedado probado que hubo un alumbramiento o parto, habiéndose producido este en un avanzado estado de gestación (6 meses-24 semanas).
2. Durante el semestre de duración del embarazo, la demandante también debió soportar las dificultades laborales derivadas del proceso de gestación inescindible con el proceso de maternidad biológico, para el que está pensado el complemento debatido.
3. Debe añadirse, también, el tiempo de duración del proceso de recuperación tras sufrir un aborto tan avanzado, lo que irremediamente tiene consecuencias físicas, pero sobre todo psicológicas para la madre trabajadora hasta que logra recuperarse de la pérdida del ser que ha crecido en su seno durante 2 trimestres.
4. El proceso de recuperación tras el parto, incluso en gestaciones de 1 semestre, es biológicamente incuestionable, por ello dispone de la misma protección a efectos de prestaciones por maternidad (nacimiento y cuidado del menor) que en casos de nacimientos de hijos/as con vida ([art. 8.4 RD 295/2009, de 6 de marzo](#)).
5. Además, el concepto «nacimiento» lleva aparejado de forma inescindible el proceso de gestación previo y parto biológico que, en el presente caso, ha quedado probado que sí se ha producido. La actora también ha padecido las consecuencias laborales derivadas de la maternidad, en su fase de gestación y parto, en fase de recuperación física y psicológica derivada de la pérdida sufrida. Un sufri-

miento, y unas consecuencias claramente anudadas al sexo femenino, al ser el embarazo y el parto situaciones exclusivas del sexo femenino, como también lo son los perjuicios laborales y de cotizaciones anudados a la procreación.

6. Excluir los casos de gestación de 1 semestre, aunque el feto nazca sin vida, cuando la norma analizada no lo excluye expresamente, supone interpretar el concepto «aportación demográfica» de forma restrictiva y amputada, pues no puede haber aportación demográfica biológica sin previo proceso de gestación, con las consecuencias laborales negativas que ello tiene para las mujeres en casos como el presente. Ello supone condicionar este derecho a los casos en que las madres «produzcan» hijos/as vivos, difuminándose a condición de un «resultado útil» la verdadera finalidad del complemento vinculada «al esfuerzo asociado a la maternidad [...] y las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres».

Por ello debió estimarse el recurso planteado y reconocerse el 15 % (complemento por maternidad), esto es, la cantidad de 148,67 euros mensuales (15 % sobre 991,15 €) con efectos del 16 de octubre de 2017.

Juzgar con perspectiva de género no es una opción, sino una obligación normativa interna e internacional. Puede definirse como una metodología de análisis jurídico que obliga a todos los órganos judiciales a adoptar un enfoque global y contextualizado del conflicto jurídico, que garantice una mayor protección de los derechos humanos ante situaciones asimétricas o impactos normativos lesivos de género, frente a otros criterios tradicionales como la automaticidad o la literalidad.

El complemento comentado fue diseñado legislativamente como una acción positiva de género en cumplimiento de las obligaciones internacionales de España. La norma no exige que los hijos/as nazcan vivos, tengan figura humana, vivan un tiempo determinado desprendidos del seno materno, estén inscritos en el libro de familia, ni tampoco se exige un periodo mínimo de dedicación a la crianza, como sí hacen otras legislaciones.

El concepto «nacimiento» lleva aparejado de forma inescindible el proceso de gestación previo y parto biológico, que en el presente caso ha quedado probado que sí se ha producido, y, por tanto, la actora también ha padecido las consecuencias laborales negativas derivadas de la maternidad, en su fase de gestación y, con posterioridad al parto, en fase de recuperación física y psicológica derivada de la pérdida sufrida. Excluir casos como el presente del acceso a la bonificación supone interpretar el concepto «aportación demográfica» de forma amputada, pues no puede haber aportación demográfica biológica sin previo proceso de gestación, con las consecuencias laborales negativas que ello tiene para las mujeres en casos como el presente. Por tanto, tal exclusión supone cosificar a las mujeres y protegerlas condicionalmente solo cuando «produzcan» hijos/as con vida, difuminándose a condición de un «resultado útil» la verdadera finalidad del complemento.

No será posible suavizar las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres si la interpretación de las acciones positivas implementadas legalmente para revertir el proceso es más restrictiva que el texto de la ley. No podemos descartar el concepto de «aportación demográfica» excluyendo del mismo el proceso previo de gestación, que es inescindible de la maternidad biológica y uno de los puntales que sostienen las discriminaciones laborales que sufren las mujeres en un mercado de trabajo globalizado que equipara el buen aprovechamiento del tiempo con un concepto de «productividad» forjado sin perspectiva de género.