



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.



Sección: NAZ

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL  
Plaza de San Agustín N°6  
Las Palmas de Gran Canaria

Rollo: Recursos de Suplicación  
Nº Rollo: 0001311/2018  
NIG: 3501644420180002685  
Materia: Prestaciones  
Resolución: Sentencia 000904/2019

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Seguridad Social en materia prestacional

Nº proc. origen: 0000264/2018-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social N° 7 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención:

Recurrente

Recurrido

Recurrido

Interviniente:

INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Abogado:

l

SERVICIO JURÍDICO SEGURIDAD SOCIAL LP  
SERVICIO JURÍDICO SEGURIDAD SOCIAL LP

En Las Palmas de Gran Canaria, a 11 de septiembre de 2019.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ D. IGNACIO DUCE SÁNCHEZ DE MOYA, D. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO, Dña. GLORIA POYATOS MATAS y Dña. MARINA MAS CARRILLO, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0001311/2018, interpuesto por  
, frente a Sentencia 000250/2018 del Juzgado de lo Social N°  
7 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos N° 0000264/2018-00 en reclamación de  
Prestaciones siendo Ponente el ILTMO. SR. D. IGNACIO DUCE SÁNCHEZ DE MOYA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Según consta en Autos, se presentó demanda por l  
en reclamación de Prestaciones siendo demandados el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y celebrado juicio y dictada Sentencia parcialmente estimatoria, el día 29 de junio de 2018, por el Juzgado de referencia.

**SEGUNDO.-** En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:



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 las mismas 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.



"PRIMERO.- El 23-10-17 se concedió a la actora pensión de jubilación contributiva conforme a

Base reguladora: 1219,28

Porcentaje de Pensión: 81,29 %

Pensión inicial: 991,15 €

Complemento por Maternidad: 49,56 €

Suma de abonos: 1040,71 €

SEGUNDO.- En fecha 02.02.2018 se dictó resolución administrativa por el INSS a medio de la cual se ratifica la entidad gestora en el porcentaje de complemento por maternidad aplicado por "solo constar dos inscripciones de descendencia en el libro de familia de la dicente".

TERCERO.- La actora tuvo un hijo no inscrito en el Libro de familia el día 31-10-77. Si se computaran dicho hijo, el complemento de maternidad sería de un 10 %.

CUARTO.- Se agotó la vía previa"

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por  
contra el INSS y la TGSS debo declarar y declaro que el complemento de maternidad que corresponde a la actora es del 10 % de la base reguladora con fecha de efectos desde el 16-10-17."

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por  
, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente, señalándose para votación y fallo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia que, estimando parcialmente la demanda, declaró que el complemento de maternidad correspondiente a la actora para su pensión contributiva de jubilación era del 10% de su base reguladora, por haber tenido tres hijos; se alza la demandante en suplicación alegando un motivo de revisión fáctica y otro de censura jurídica, a fin de que, con revocación de aquella, se le reconozca un complemento de maternidad del 15 % de su base reguladora, computando un cuarto hijo con independencia de su estado vital.

SEGUNDO.- Con amparo en el art. 193 b) LRJS la parte recurrente propone la adición del siguiente texto al hecho probado tercero:



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.



*"La actora tuvo un alumbramiento con seis meses de gestación con resultado de feto fallecido. Si se computara dicho alumbramiento, el complemento de maternidad sería del 15%."*

Basa su propuesta en el documento unido al folio 41.

Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida; b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho, la «prueba negativa», consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (STS 14 de enero, 23 de octubre y 10 de noviembre de 1986) y STS, 17 de noviembre de 1990) «... sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador...); c), que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida; e) que en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o periciales que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica y, f) que en modo alguno ha de tratarse de la nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Del texto propuesto únicamente se acoge el primer inciso, que deriva de los antecedentes obstetricos de la actora detallados en la orden de ingreso en la Residencia Sanitaria '

Las Palmas de Gran Canaria el día 4.8.1973, relativa a su segundo embarazo, suscrita por el Médico Residente y el Jefe de Clínica. No se admite el segundo inciso por constituir una conclusión de la parte predeterminante del fallo que le interesa.

**TERCERO.-** Con amparo en el art. 193 c) LRJS la misma parte aduce infracción del art. 60 LGSS. Sostiene que, a efectos de la aplicación del complemento por maternidad regulado en dicho precepto, debe tenerse por acreditado el nacimiento de un cuarto hijo, computándose a tal efecto el alumbramiento que tuvo con seis meses de gestación, con resultado de feto fallecido.

El art. 60.1 LGSS dispone lo 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.*



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.



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."

Es decir que el referido complemento de las pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente se vincula a la "aportación demográfica a la Seguridad Social" de las mujeres que hayan tenido hijos biológicos nacidos o hijos adoptados con anterioridad al hecho causante. Consecuentemente su finalidad es la contribución demográfica de las mujeres trabajadoras al mantenimiento del sistema de Seguridad Social, computándose a tales efectos tanto los hijos biológicos como los adoptados, pero especificando como tales hijos biológicos los "nacidos" previamente al hecho causante de la pensión correspondiente. En tal sentido la sentencia impugnada ha excluido del cómputo para el cálculo del complemento solicitado al no considerar como hijo nacido al feto alumbrado por la actora tras un embarazo de seis meses.

Los arts. 29 y 30 CC en su redacción aquí aplicable establecían lo siguiente:

*"Artículo 29.*

*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.*

*Artículo 30.*

*Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno."*

Es decir que el concebido solo se tiene por "nacido", para todos los efectos que le sean favorables- como su expectativa hereditaria (arts. 959 y siguientes CC)- si tiene figura humana y vive 24 horas enteramente desprendido del seno materno. En este caso se ha acreditado que el feto fue alumbrado muerto tras un embarazo de seis meses, luego ha de concluirse que no se trató en ningún caso de 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.

Pero es que además, insistimos, la finalidad de tal complemento es compensar la aportación demográfica a la Seguridad Social de las interesadas, que de ningún modo podría cifrarse en el cómputo de los fetos abortados, los cuales no constituirían individuos hipotéticamente integrables en un futuro sistema de la Seguridad Social. Tal finalidad de la norma no puede



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 requieren un especial haber 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.



restringirse por tanto al mero hecho de la maternidad como confusamente se indica en el epígrafe del precepto y se recogió en la justificación de la enmienda nº 4242 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso añadiendo una Disposición Final 1ª bis en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 que incluía un nuevo art. 50 bis en la LGSS, Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio- hoy art. 60 LGSS vigente-. La perspectiva de la norma no está en la propia maternidad, sino en la contribución que el nacimiento, cuidado y educación de los hijos puede aportar a la Seguridad Social, que basado en un sistema solidario de reparto, está resultando deficitario por falta, precisamente, de suficientes cotizantes.

Así lo ha mantenido la Sala en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, al amparo del art. 267 TFUE, de fecha 7.12.2018 en el recurso de suplicación 850/2018, interpuesto por un padre viudo que cuidó, mantuvo y educó a cuatro hijos,- nacidos en 1980, 1982, 1989 y 1998- tras el fallecimiento de su esposa el día 7.5.2003 y quien había visto desestimada su solicitud de incremento del 15% sobre su pensión contributiva de jubilación en concepto de complemento por maternidad regulado en el art. 60 LGSS.

Las razones esgrimidas por la Sala ante el TJUE han sido las siguientes:

"III.3º)- Razones que fundamentan el planteamiento de la cuestión prejudicial.

1.- Complemento por maternidad español. Requisitos genéricos.

*En aplicación estricta de la norma reguladora del complemento por maternidad regulado en el actual art. 60 de la LGSS, se acota su aplicación exclusivamente a las mujeres, por motivo de "su aportación demográfica a la Seguridad Social", siendo los requisitos generales acumulativos para su aplicación, con las salvedades contempladas en los párrafos que van del segundo al sexto, los siguientes:*

*-ser mujer*

*-ser beneficiaria de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad*

*-que hayan tenido hijos biológicos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente.*

*Los requisitos generales para el acceso al complemento excluyen por tanto, a los pensionistas varones.*

2- Finalidad del complemento.

*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 grabado más intensamente a las mujeres que a los hombres y han sido generadoras de la brecha de género en las pensiones. Por ello se excluye incondicionalmente a los pensionistas varones configurando este precepto como una especie de acción afirmativa a favor del colectivo femenino, por ser tradicionalmente cuidadoras de hijos/as y no tanto por razones vinculadas estrictamente a la maternidad biológica. Esta finalidad u objetivos del complemento controvertido, se contiene de forma expresa en la*



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.



enmienda aprobada por el pleno del Congreso de los Diputados en la que trae su origen esta bonificación, al que expresamente refiere el INSS en su escrito de impugnación del recurso de suplicación, se trata de la Enmienda nº 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.

Por tanto el concepto de “maternidad” utilizado por la norma refiere a una interpretación amplia del término e incluye a los hijos/as adoptivos/as, es decir trasciende de la maternidad biológica y se vincula a la práctica de los cuidados proyectados sobre los menores descendientes, siendo la situación protegida la pérdida de oportunidades laborales o inferior cotización que conlleva irremediamente el tiempo dedicado al cuidado de hijos e hijas, pues tal “trabajo” carece de reconocimiento social o contributivo al sistema de la Seguridad social, excepto en los casos legales tasados en los arts. 235, 236 y 237 de la LGSS (protección a la familia), que reconocen cotizaciones ficticias por el parto, como hecho físico de la maternidad, reconociéndose por ello tal derecho exclusivamente a las mujeres (art. 235 LGSS). También se reconocen bonificaciones para compensar los defectos de cotización surgidos en torno al nacimiento, adopción o acogimiento de un menor, presumiblemente derivado del tiempo dedicado a su cuidado y por la posible repercusión en el mantenimiento del empleo, reconociéndose este beneficio a uno de los progenitores y en caso de controversia se otorgará a las mujeres (art.236 LGSS). Y por último, en el art. 237 LGSS se reconocen bonificaciones durante ciertos periodos limitados temporalmente por cuidado de hijos/as y otros familiares, tanto para mujeres como para hombres ( excedencias , reducción de jornada).

Compensar las desventajas sufridas en el desarrollo de la carrera profesional por las madres trabajadoras, por dedicarse a la crianza de sus hijos/as constituye un objetivo legítimo de política social, pero como se expondrá a continuación, nos suscita dudas interpretativas la total e incondicional exclusión de los padres, porque ello puede incentivar el abandono femenino del mercado laboral para el cuidado de hijos/as, fomentando la segregación de roles de género.

En primer lugar debe analizarse si estamos, o no ante una situación comparable pues la jurisprudencia de la UE ha admitido que el principio de igualdad de retribución consagrado en el art. 157 TFUE (antiguo 141 CE), no solo se opone a la aplicación de disposiciones que establezcan discriminaciones directamente basadas en el sexo, sino también a la aplicación de disposiciones que mantengan diferencias de trato entre trabajadores y trabajadoras en virtud de criterios no fundados en el sexo, cuando tales diferencias de trato no puedan explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo (Sentencias Seymour-Smith y Pérez C-167/97-apartado 52- y Vob, C-300/06-apartado 25 y jurisprudencia citada).



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.



La jurisprudencia del TJUE ha venido admitiendo las acciones positivas a favor del sexo femenino, para la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y para la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y el parto (sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, Rec. p. 3047, apartado 25; de 14 de julio de 1994, Webb, C-32/93, Rec. p. I-3567, apartado 20; de 30 de junio de 1998, Brown, C-394/96, Rec. p. I-4185, apartado 17, y de 1 de febrero de 2005, Comisión/Austria, C-203/03, Rec. p. I-935, apartado 43).

No obstante, "el complemento por maternidad" español, como se ha expuesto, no se vincula a la maternidad biológica, el embarazo o el parto sino a la crianza de hijos/as y la práctica de cuidar, por ser un factor que redundan negativamente en la carrera profesional e ingresos salariales de las personas trabajadoras. Los cuidados de hijos/as han sido históricamente asumidos por las mujeres, no por una cuestión biológica o vinculada al sexo sino por razones culturales y sociales (género), al asignarse a las mujeres el rol de cuidadoras y a los hombres el de proveedores del hogar.

No obstante, la práctica de cuidar de "facto" puede ser desempeñada tanto por mujeres como por hombre. Promover socialmente la implicación de los padres en la crianza de hijos/as, es un avance hacia la corresponsabilidad y por tanto, la igualdad real entre mujeres y hombres. Por ello, las situaciones de un trabajador y una trabajadora, padre y madre respectivamente de niños/as de corta edad, son comparables en relación con la necesidad en que pueden encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar del hijo/a (Sentencia Griesmar, apartado 56 y sentencia de 19 de marzo de 2002, Lommers, C-476/99, apartado 30, en relación con el acceso a servicio de guardería).

### 3-Exclusión incondicional de los varones pensionistas. Ausencia de clausula de salvaguarda.

La literalidad en la redacción de la bonificación analizada, presume en todos los casos, que tal crianza recaerá exclusivamente en las madres trabajadoras.

Limitar el ámbito subjetivo exclusivamente al colectivo femenino, presupone legalmente que los varones no cuidan a los hijos/as y por tanto se les niega legalmente su "aportación demográfica". Y aunque estadísticamente los cuidados recaigan mayoritariamente sobre las mujeres, no por ello podemos excluir a los padres de forma tan absoluta y radical.

Tal exclusión, sin clausula de salvaguarda alguna, destierra del acceso al complemento a aquellos hombres que como en el caso del demandante, puedan probar que han asumido en solitario el cuidado de sus hijos/as y por tanto han hecho una contribución demográfica. Aportación, que se hace más evidente al haber fallecido la esposa y madre de los hijos del Sr. Pérez en 2003. Y también se excluyen del acceso a la bonificación, otras situaciones similares, por ejemplo familias monoparentales de hombres, parejas homosexuales, adopciones de hijos o hijas realizadas por varones o casos en los que por otras razones, pudiera demostrarse que los cuidados y crianza de descendientes biológico o adoptivos, ha recaído de forma exclusiva en los padres.

### 4- La duda interpretativa.



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.



La duda de esta Sala, que suscita el planteamiento de la presente cuestión es si esta exclusión absoluta e incondicional de los padres trabajadores al acceso al complemento por maternidad, puede considerarse una diferencia de trato por razón de sexo injustificada, y discriminatoria, en determinadas circunstancias excepcionales, como en el caso de los padres viudos que habiendo dedicado tiempo y esfuerzo a la crianza de sus hijos/as quedan excluidos del citado complemento.

El caso que nos ocupa tiene gran similitud al resuelto por la sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2001 (Caso Griesmar, C-366/99), que entró a valorar el eventual carácter discriminatorio que podía tener una norma francesa por la que se atribuía cotización ficticia a las funcionarias que hubieran sido madres en el momento en que accedieran a la pensión de jubilación. El beneficio de cotizaciones ficticias, era automático a las madres de hijos/as biológicos, aunque se ampliaba también a los hijos/as adoptados, si se cumplía el requisito de haberse dedicado a sus cuidados durante un periodo mínimo de 9 años. El Gobierno francés, al igual que sucede en el complemento por maternidad español, defendió la legalidad de la controvertida bonificación porque estaba destinada: "a compensar las desventajas a las que se enfrentan las funcionarias, con hijos en su vida profesional, aunque no hayan dejado de trabajar" (I-9435).

5-A continuación se detallan las similitudes entre el presente caso y el caso Griesmar:

a)- En el caso Griesmar como en el presente, la bonificación o complemento no se vincula al parto ni el permiso de maternidad, sino a la educación o crianza de los hijos/as. Ello queda más claro en el caso español porque el art. 235 de la LGSS regula expresamente una cotización ficticia a favor de las mujeres madres pensionistas por razón de cada parto natural, con el siguiente tenor literal:

"Artículo 235 Periodos de cotización asimilados por parto.

A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple".

b)-Además en ambos casos, el legislador/a nacional, parte de la presunción de que tanto los hijos/as naturales como adoptivos/as son cuidados en el hogar, exclusivamente por las madres.

c)-Las situaciones de padres y madres pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos/as, porque aunque ciertamente las mujeres asumen estadísticamente más esta tarea o "trabajo", ello no puede excluir incondicionalmente la posibilidad de comparación de su situación con la de los hombres que asuman el cuidado de sus hijos/as y que por esa razón hayan podido sufrir las mismas desventajas en su carrera.

d)- En ambos casos, tanto la norma francesa como la española no permiten al padre pensionista, que se encuentre en tal situación, beneficiarse de la bonificación, aún cuando pudiera probar que ha asumido efectivamente el cuidado de sus hijos/as, o incluso en los casos de ausencia de las madres (biológica o adoptiva) durante la crianza, por fallecimiento.





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.



e)- En el asunto Griesmar el TJUE se puso de manifiesto que la medida controvertida:

*“no estaba destinada realmente, a pesar de las alegaciones del gobierno francés, a compensar las desventajas que sufren en su carrera las funcionarias, ayudándolas en su vida profesional. Por el contrario, esta medida se limita a conceder a las funcionarias que sean madres una bonificación de la antigüedad en el momento de su jubilación, sin aportar ningún remedio a los problemas que puedan encontrar durante su carrera profesional”*(I-9438, 65)

*Por tanto, el Tribunal europeo constató la existencia de una diferencia de trato por razón de sexo con respecto a los padres funcionarios que hubieran asumido efectivamente el cuidado de sus hijos/as y considera que la bonificación concedida a las madres funcionarias no constituye una medida destinada a ayudar a las mujeres en su vida profesional porque, al concederse en el momento del cese de la actividad, no es un remedio efectivo a los problemas a los que han tenido que enfrentarse las mujeres durante su carrera profesional, derivados de la práctica de cuidar. Las dificultades profesionales soportadas por las madres no se resuelven mediante el sistema de bonificación previsto y, por tanto, la diferencia de trato por razón de sexo que establece la normativa francesa no se justifica y resulta discriminatoria para los hombres.*

*Lo relevante de la regulación francesa, al igual que ahora ocurre con el art. 60 de la LGSS española es la total exclusión de los padres trabajadores, aunque efectivamente se hubiesen dedicado a cuidar de sus hijos/as. Es por ello, sustancialmente, por lo que se determina que la atribución exclusiva de la cotización ficticia a la madre funcionaria vulneraba el principio de igualdad de retribución en la medida en que excluye de la bonificación que establece para el cálculo de pensiones de jubilación a los funcionarios que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos.*

*En el caso español, “el complemento por maternidad”, debiera llevarnos a idéntica consideración contenida en el caso Griesmar, es decir, que el objetivo del cuestionado complemento, resulta inadecuado en relación a las medidas adoptadas, pues no aporta ningún remedio a los problemas que puedan encontrar las trabajadoras durante su carrera profesional.*

*6-En conexión con la anterior sentencia, fue dictada posteriormente la sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014 (Caso Leone, C-173/13), siendo parte también el mismo Estado francés. En este caso se declara que determinadas ventajas concedidas al personal funcionario en materia de jubilación establece una discriminación indirecta por razón del sexo. Dicha desigualdad de trato, derivada de un requisito que cumplen sistemáticamente las funcionarias gracias al carácter obligatorio del permiso por maternidad, de modo que una madre, por el simple hecho de serlo accedía automáticamente al beneficio, pero no ocurría lo mismo en el caso de los padres funcionarios. Además se declaró también que la norma no estaba justificada, ya que no respondía verdaderamente al empeño en alcanzar el objetivo legítimo de política social invocado por Francia ni que dicha normativa se haya aplicado de manera congruente y sistemática desde este punto de vista.*

*7-Por último, debe destacarse también, en esta tendencia jurisprudencial de eliminar las normas que atribuyen exclusivamente a las madres determinados beneficios o ventajas*



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 requieren 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.



relacionadas con el cuidado de los hijos/as, la sentencia del TJUE de fecha 30 de septiembre de 2010 (caso Roca Álvarez, C-104/09), que incorpora el concepto de corresponsabilidad como criterio de interpretación en la acomodación al derecho de la UE de la normativa española (permiso de lactancia). En esta sentencia se determinó que la preferencia materna de ciertos beneficios vinculados a los cuidados de hijos/as, puede implicar una perpetuación de roles de cuidado que puede dirigirse en contra de las mujeres. Y se calificó de discriminatoria la preferencia legal femenina, con posibilidad secundaria de disfrute por el padre, sobre un permiso parental (lactancia), ello en base a que la naturaleza del permiso, pese a su denominación, ha quedado desvinculada del amamantamiento por parte de la madre, considerándose en la actualidad un tiempo de cuidado a favor del hijo/a.

8-De igual modo, la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2015 (caso Maïstrellis, C-222/2014), en su apartado 50 recuerda que un permiso parental condicionado en el caso del padre a que la madre trabaje, lejos de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional, puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental (véanse, en este sentido, las sentencias Lommers, C 476/99, EU:C:2002:183, apartado 41, y Roca Álvarez, C 104/09, EU:C:2010:561, apartado 36).

### III.4º)- Planteamiento de la cuestión prejudicial.

1-En base a lo expuesto, se generan a esta Sala dudas interpretativas en relación al art. 60 de la LGSS, específicamente si tal medida, tal y como está redactada vulnera el principio de igualdad de retribución ( art. 157 TFUE) en la medida en que excluye incondicionalmente de la bonificación/complemento que establece para el cálculo de las pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente a los pensionistas y padres que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as, por haber fallecido la madre o por otras razones excepcionales. Y si tal bonificación es una discriminatoria por razón de sexo a tenor de las Directivas 79/7/CEE y 76/207/CEE, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE referencia anteriormente.

2-Este Tribunal entiende que el complemento analizado puede vulnerar la Directiva 79/7CEE (art. 4.1º), respecto a las condiciones de acceso al complemento por maternidad, al excluirse de forma incondicional a los padres, incluso en los casos en los que se pueda demostrar que se han ocupado de la crianza de los hijos de forma exclusiva, como es el caso del demandante, tras el fallecimiento de la madre biológica de sus 4 hijos.

Es cierto que en el caso Griesmar/Leone no fue analizada específicamente esta Directiva, pues se trataba de un caso de discriminación retributiva, pero creemos que dicha Doctrina es perfectamente aplicable al presente caso porque procede directamente del TFUE, porque entra en el análisis de conceptos, y porque aunque en la Directiva 79/7, admite solo diferencias por razón de sexo de carácter temporal, la obligación principal es la de remover las diferencias. Efectivamente, el art. 7 de la Directiva 79/7 admite diferencias de trato en materia de seguridad social entre hombres y mujeres por razón del cuidado de hijos, pero lo hace solamente con carácter transitorio, estableciendo expresamente la obligación de que los Estados miembros eliminen progresivamente las diferencias entre hombres y mujeres que pudieran existir en el momento en que se aprobó la Directiva (art. 7.2 de la Directiva 79/7), de lo que se infiere que la misma no admite la generación ex novo de tratamientos diferenciados en materia de seguridad social por razón del cuidado de los hijos.



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.



3-También creemos que puede vulnerar la Directiva 76/207/CEE (art. 2.2º.3º y 4º), de acuerdo con la interpretación dada por el TJUE, que establece que los tratos beneficiosos exclusivamente atribuidos a mujeres tan solo caben en materia de embarazo y maternidad, pero no pueden trascender al cuidado de hijos/as. Por tanto, existe una vinculación entre las responsabilidades en la práctica del cuidado y la discriminación por razón de sexo, porque la exclusión absoluta de los padres en el acceso a bonificaciones vinculadas a esta finalidad, en los casos en que pueda probarse que han cuidado en exclusiva a sus hijos, por fallecimiento de la madre biológica, perpetúa la asignación de roles de género y con ello las discriminaciones por razón de sexo."

Con fundamento en ello, las cuestiones planteadas por la Sala, todavía sin respuesta, son las siguientes:

"1ª)-¿El artículo 157 TFUE debe interpretarse en el sentido de que el "complemento por maternidad" concurrente en las pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, como el controvertido en el asunto principal que excluye de forma absoluta e incondicional a los padres pensionistas que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as, es causa de discriminación en materia de retribución, entre trabajadoras-madres y trabajadores-padres?

2ª)-¿La prohibición de discriminación por razón de sexo establecida en el art. 4.1 de dicha Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe ser interpretada en el sentido que se opone a una norma nacional como el artículo 60 del 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, que excluye de forma absoluta e incondicional de la bonificación que establece para el cálculo de pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, a los padres pensionistas que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as?

3º) ¿El artículo 2 (párrafos 2º, 3º y 4º) y artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida como la controvertida en el litigio principal, que excluye de forma absoluta e incondicional de la bonificación que establece para el cálculo de pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, a los padres pensionistas que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as?

4º) ¿La exclusión del demandante, del acceso a la bonificación derivada del "complemento por maternidad" español, se opone al mandato de no discriminación contenido en el artículo 21.1º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2000/C 364/01)?"

Luego si lo sostenido por la Sala es la posible vulneración del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en perjuicio del varón- padre educador y cuidador de sus hijos- en el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social o en materia de empleo o



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.



retributiva; no podemos vincular ahora la atribución del derecho al complemento exclusivamente al concepto de "maternidad" aplicable en los supuestos de los arts. 177 LGSS- prestación por maternidad- o 235 LGSS- periodos de cotización ficticios por parto-, pues aquí la finalidad de la norma es otra, atinente al sostenimiento del propio sistema de la Seguridad Social y su viabilidad, mediante el nacimiento, cuidado, mantenimiento y educación de los hijos- nacidos o adoptivos- como hipotéticos y futuros integrantes del mismo. Ello excluye de forma palmaria a los fetos alumbrados muertos como el objeto de autos que de ningún modo puede computarse a aquellos efectos como hijo "nacido". Y habiéndolo entendido así la sentencia impugnada ha de ser confirmada con desestimación del recurso interpuesto.

Vistos los citados preceptos y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por  
contra la Sentencia dictada el día 29 de junio de 2018 por el Juzgado de lo Social Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, debemos confirmar como confirmamos dicha sentencia.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y librese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

### ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe **Recurso de Casación para Unificación de doctrina**, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el **depósito de 600 €** previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el **importe de la condena**, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/1311/18 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274



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.



Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

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

**VOTO PARTICULAR, que emite la Magistrada D<sup>a</sup> GLÒRIA POYATOS MATAS, al que se adhiere la Magistrada D<sup>a</sup> MARINA MAS CARRILLO**

Haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 260.2 de la LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en los presentes autos, por discrepar, con la mayor consideración y profundo respeto, de la opinión de la mayoría de la Sala, considerando que debió estimarse totalmente el recurso interpuesto por la parte actora en cuanto a la infracción jurídica denunciada (interpretación del art. 60 LGSS- complemento de maternidad).

**ÚNICO-** La mayoría de la Sala se ha pronunciado a favor de desestimar el recurso planteado interpretando que en la contabilización de hijos/as a efectos del complemento de maternidad regulado en el art. 60 de la LGSS, **solo pueden ser contabilizados los hijos nacidos vivos**, descartándose por tanto *“el aborto con seis meses de gestación con resultado de feto fallecido” (HP3º)*, que pretende contabilizar la actora.

A continuación, se expone la fundamentación jurídica sobre la que debió construirse la respuesta a la infracción jurídica denunciada por la actora.

**I-LA SENTENCIA RECURRIDA** estimó parcialmente la demanda, en materia de porcentaje de aplicación del complemento por maternidad concurrente en la pensión de jubilación contributiva de la actora, reconociéndole un porcentaje del 10%, al contabilizársele un tercer hijo nacido el 31/10/77 que nació vivo y murió a las pocas horas de nacer. No obstante, no se le contabilizó el 4º hijo, porque según se recoge en el FJ1º de la Sentencia: *“no puede extraerse que hubiera nacimiento el día 4/8/73 ya que la documentación médica habla de aborto”*.



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 disposición 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 requieren 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.



**II.- HECHOS RELEVANTES.** De acuerdo con el relato fáctico de la sentencia, tras la estimación por la Sala del motivo de revisión fáctica (HP3º), estos son los hechos de relevancia para la resolución del recurso.

-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

Complemento por maternidad: 49'56 euros

(Hecho probado primero y folio 12 de autos)

-En fecha **2 de febrero de 2018** se dictó resolución por el INSS en respuesta a la reclamación previa presentada por la actora frente a la resolución de 20/10/17, en la que se ratifica la anterior resolución en base a los siguiente:

*"usted alega que tuvo cuatro hijos, sin embargo en el libro de familia solo constan dos inscripciones: \_\_\_\_\_, nacida el 1/9/1975 y \_\_\_\_\_, nacida el 15/10/1983. No procede por tanto la aplicación de un mayor porcentaje del complemento por maternidad"* (Hecho probado tercero y folio 37 de autos)

-La actora **tuvo un hijo no inscrito en el libro de familia el día 31 de octubre de 1977.** (Hecho probado tercero y folio 45- informe ginecología de la Residencia Sanitaria

\_\_\_\_\_). De acuerdo con lo contenido en el Fundamento jurídico 1º de la Sentencia recurrida: *"consta indubitadamente el nacimiento de un hijo en la fecha reseñada que murió a las pocas horas"*

-La actora **tuvo también un alumbramiento con seis meses de gestación, con el resultado de feto fallecido.** (Hecho probado tercero, folio 41 de autos- informe médico de asistencia e ingreso de fecha 4 de agosto de 1973, en el que hace constar: *"aborto 6 meses- parto feto fallecido"*).

### III-NORMATIVA DE APLICACIÓN

#### A)-Complemento Por maternidad.

Mediante 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 ser el artículo 60 (párrafo primero) de la actual LGSS que se reproduce en la sentencia de la Sala (FJ3º).

#### B)- Requisitos genéricos.

En aplicación estricta de la norma reguladora del complemento por maternidad (art. 60 LGSS), se acota su aplicación exclusivamente a las mujeres, por motivo de **"su aportación demográfica a la Seguridad Social"**, siendo los requisitos generales acumulativos para su aplicación, con las salvedades contempladas en los párrafos que van del segundo al sexto, los siguientes:

-Ser mujer.



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.



-Ser beneficiaria de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad.

-Que hayan tenido hijos biológicos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente.

-Solo se computarán los "hijos nacidos" (biológicos)

### C)- Finalidad del complemento.

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 grabado 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 contiene de forma expresa en la enmienda aprobada por el pleno del Congreso de los Diputados en la que trae su origen esta bonificación, al que expresamente refiere el INSS en su escrito de impugnación del recurso de suplicación, se trata de la Enmienda nº 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.** "

Por tanto el concepto de **"maternidad"** utilizado por la norma refiere a una **interpretación amplia** del término e incluye a los hijos/as adoptivos/as, es decir trasciende de la maternidad biológica y se vincula a la práctica de los cuidados proyectados sobre los menores descendientes, siendo la situación protegida la pérdida de oportunidades laborales o inferior cotización que conlleva irremediablemente el tiempo dedicado a los hijos e hijas, pues tal **"trabajo"** carece de reconocimiento social o contributivo al sistema de la Seguridad social, excepto en los casos legales tasados en los arts. 235, 236 y 237 de la LGSS (protección a la familia). Tales preceptos regulan prestaciones familiares en tres supuestos diferentes y claramente determinados, por lo que respecta a la situación protegida y finalidad de la bonificación:

-El art. 235 de la LGSS, regula el derecho a una **bonificación de cotizaciones por parto** de un solo hijo, en pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente de 112 días completos y de catorce días más a partir del segundo, si el parto fuera múltiple. Este derecho no se tiene en los casos en los que la madre trabajadora o funcionaria hubiera cotizado durante la totalidad de las 16 semanas o tiempo correspondiente (prestación de maternidad). Este derecho es exclusivo de las mujeres.



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.



-El art. 236 de la LGSS reconoce **beneficio por cuidado de hijos/as menores**. Específicamente se reconoce como cotizado (salvo para el reconocimiento del periodo mínimo cotizado) el periodo en el que se haya interrumpido la cotización a causa de la extinción laboral o la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando tales circunstancias se hayan producido entre comprendido entre los 9 meses anteriores al nacimiento o los 3 meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. El periodo máximo cotizado es de 270 días por hijo o menor acogido. **Este derecho se reconoce a uno de los progenitores** y en caso de controversia se otorga a la madre.

-Y el art. 237 de la LGSS reconoce diferentes **periodos como cotizados a efectos de lucrar determinadas pensiones y prestaciones**, en caso de excedencias o reducciones de jornada por cuidado de hijos/as o menores acogidos, así como por cuidado de otros familiares. Este derecho se reconoce al familiar (trabajador o trabajadora) que solicita la correspondiente licencia o excedencia laboral.

**D)- Interpretación de la norma sustantiva. Integración de la Perspectiva de género.** Procede a continuación interpretar si el complemento por maternidad, debe incluir o no, para la contabilización del porcentaje vinculado al número de hijos/as biológicos, el alumbramiento de la actora de un "feto fallecido" derivado de un aborto de seis meses.

-Desde un **punto de vista gramatical**, el precepto regulador del complemento cuestionado determina que sólo se computarán "**los hijos nacidos**", en el caso de hijos/as biológicos. No exige que los hijos/as hayan nacido vivos tal y como se exige, por ejemplo, en el art. 30 del C.Civil, como requisito para adquirir la personalidad, que literalmente recoge: "*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*". Tampoco se exige que el hijo nacido haya tenido que vivir un tiempo determinado fuera del útero materno, como se exigió antes de la reforma introducida por Disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil («B.O.E.» 22 julio).

Por último, tampoco la norma 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 TJUE de 29 de noviembre de 2001 (*Caso Griesmar, C-366/99*), 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 pensión de jubilación. El beneficio de cotizaciones ficticias, era automático a las madres de hijos/as biológicos, aunque se ampliaba también a los hijos/as adoptados, 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**, tal y como se recoge en la Enmienda aprobada en el Pleno del Congreso de los Diputados , a la que se ha hecho referencia





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.



anteriormente, la finalidad del complemento por maternidad 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**, debe destacarse que el complemento por maternidad, a diferencia de las restantes prestaciones familiares reguladas en los arts. 235 a 237 de la LGSS, pretende suavizar los perjuicios laborales soportados por las mujeres (que son mayoritariamente las cuidadoras de hijos/as) 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).

**-Integración de la hermeneútica interpretativa de la perspectiva de género. Acción Positiva o afirmativa de género.** 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 de lo contenido en el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH), que literalmente exige integrar el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas como principio informador. De igual modo, también el art. 29 de la Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo ordena aplicar la transversalidad de la perspectiva de género.

Juzgar con perspectiva de género no es una opción judicial 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 el art. 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (ratificado por España en BOE nº142 de 13 de junio de 1980), en relación con los arts. 1, 9.2º, 14, 10.2º y 96 de la Constitución Española en relación con el 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 (art. 2 f) y 5. a) de la 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 reciente **STC nº140/2018 de 20 de diciembre**.

La perspectiva de género, tal y como decíamos en la **Sentencia de esta Sala de 2 de mayo de 2017 (Rec. 1237/2016)**, debe integrarse en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico, sustancialmente en tres fases del procedimiento judicial:

-En la aplicación de las normas procesales. Evitando el excesivo rigorismo procesal que impida el acceso a la justicia de las mujeres.

-En la valoración de la prueba. Evitando una justicia mecánica y teniendo en cuenta el contexto, momento histórico, y las características personales de la víctima (origen social, nivel cultural, edad, etc.)



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.



-En la aplicación e interpretación de las normas sustantivas. El ejercicio argumentativo debe tener presente el enfoque contextualizado y pro persona.

Hacer real el principio de igualdad no permite neutralidad, hay que adoptar un enfoque constitucional, removiendo los obstáculos que lo dificulten, e integrando la perspectiva de género, como criterio de referencia, de acuerdo con la Doctrina constitucional contenida en diversas resoluciones, como la **STC 216/1991, de 14 de noviembre recoge**: " *la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico -inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho- no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2 , que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva "*. Y, en relación a la LOIMH señala la **STC 12/2008, de 29 de enero ( RTC 2008, 12)**, que "el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material ". También la **STC nº 26/2011 de 14 de marzo de 2011** insiste en la interpretación de la norma de manera más favorable a la efectividad a los derechos fundamentales de las mujeres y no de forma mecánica o formalista en correspondencia al mandato constitucional de remoción de los obstáculos impeditivos de la Igualdad real o sustancial, y en la misma línea la **STC nº 39/2002 del Pleno de este Tribunal, de 14 de febrero de 2002**, entre otras.

La interpretación social del Derecho con perspectiva de género exige la contextualización y la actuación conforme al principio pro persona, que se configura en este ámbito como un criterio hermenéutico que obliga a los órganos jurisdiccionales a adoptar interpretaciones jurídicas que garanticen la mayor protección de los derechos humanos. Esta hermenéutica interpretativa (la perspectiva de género) fue precisamente la que llevó a la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su sentencia de fecha 7 de diciembre de 2018 (Rec. 2819/2018) en asunto idéntico al presente a incluir dentro de la contabilización de hijos/as del art. 60 de la LGSS un aborto producido a los 180 días de gestación.

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 minusvalorado o discriminado (en función de la raza, sexo, situación física de minusvalía, etc.), alcanzar una situación real de igualdad de oportunidades. Tienen como objetivo alcanzar la igualdad sustancial. Tratan diferente a lo diferente como mecanismo para generar mayor igualdad. Por ello se configuran como medidas correctivas de situaciones de desigualdad generadas a lo largo de una historia de relegación y subordinación de un grupo social, al cual se trata de compensar, eliminando o minimizando un estado de desigualdad estructural, es decir un estado en el que participa la sociedad en su conjunto y la padece todo un sector de la misma. La acción positiva protege al sector desventajado en su totalidad y siempre son medidas temporales pues únicamente están justificadas hasta el momento en que se elimine la desventaja que las originó.



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 disposición 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.



**La Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)**, ratificada por España en 1.984 señala que las acciones afirmativas no se considerarán discriminatorias y las define en su art. 4.1º como *“medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”*. Especialmente destacable es la **Recomendación General nº25 del Comité Cedaw sobre “medidas especiales de carácter temporal”**, en la que expresamente se recoge:

*“En opinión del Comité, 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. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. (...) La igualdad de resultados es la culminación lógica de la igualdad sustantiva o de facto. “*

**En la LO 3/2007 de 22 de marzo**, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, se regulan también con el siguiente tenor literal:

“Artículo 11 Acciones positivas. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.(...)”

**La Directiva comunitaria 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006** relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), recoge en su artículo 3:

“Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral.”

De acuerdo con lo expuesto, las acciones positivas son medidas que tienen por finalidad eliminar los obstáculos que se oponen a la igualdad real o, de hecho, entre hombres y mujeres, y por tanto son elementos imprescindibles en la aplicación e integración (real) del principio de igualdad. Por ello su interpretación y aplicación debe hacerse en conexión con las normas reguladoras del principio de igualdad, mediante una interpretación del derecho conforme al principio internacional *“pro persona”* que rige la interpretación de los derechos humanos.

#### **IV- PROYECCIÓN DE LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS AL CASO.**

En base a lo expuesto, debió hacerse una interpretación con perspectiva de género del complemento por maternidad, acorde con su finalidad e integrar a efectos de contabilización, el feto fallecido con seis meses de gestación, por las siguientes razones:



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.



1º-Ha quedado probado que **hubo un alumbramiento o parto**, habiéndose producido éste en un avanzado estado de gestación (6 meses-24 semanas). Tal y como se contiene en el informe médico de asistencia hospitalaria que obra en el folio 41 de autos en el que consta que hubo un aborto por “*parto con feto fallecido*” de 6 meses.

2º-Además, es evidente que al menos, **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. Ello no debe confundirse con las eventuales prestaciones sustitutivas del salario, como la prestación por riesgo durante el embarazo, pues la finalidad del complemento por maternidad debatido va más allá y pretende compensar las brechas de género y la pérdida de oportunidades laborales derivadas de la maternidad, en sentido amplio.

3º-A lo anterior debe añadirse, el tiempo de duración del **proceso de recuperación padecido por la madre trabajadora tras sufrir un aborto** después de seis largos meses de embarazo, lo que irremediamente tiene consecuencias físicas, pero sobre todo psicológicas para la madre hasta que logra recuperarse de la pérdida del ser que ha crecido en su seno durante dos trimestres.

4º-El proceso de recuperación tras el parto, aún en el caso del feto fallecido antes o después del alumbramiento con al menos 6 meses de gestación, es biológicamente indiscutible por ello dispone de la misma protección a efectos de prestaciones por maternidad que en casos de nacimientos de hijos/as con vida. Ello es así a tenor de lo dispuesto en el **artículo 8.4 del 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**, expresamente dispone:

*“En el supuesto de fallecimiento del hijo, la duración de la prestación económica no se verá reducida, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas posteriores al parto, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.(...) Lo dispuesto en el párrafo anterior 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. (...)”*

Por tanto, 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 analógicamente 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 pone de relieve la interrupción forzosa de la madre trabajadora de su carrera profesional y por ende, la pérdida de oportunidades laborales, derivadas del proceso biológico de la gestación.

5º-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 con posterioridad al parto, en fase de recuperación física y psicológica derivada de la pérdida sufrida. Un sufrimiento, 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.



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.



6º- Excluir los casos de gestación de un 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. **Por tanto tal exclusión supone cosificar a las mujeres y protegerlas condicionalmente solo en los casos en los que "produzcan" hijos/as vivos**, difuminándose a condición de un "resultado útil" la verdadera finalidad del complemento que tal y como reza en la Enmienda nº 4.242 que promovió la reforma legal en la que tiene su causa el cuestionado complemento, vinculada: *"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"*

No será posible suavizar esas discriminaciones históricas si la interpretación de las acciones positivas implementadas legalmente para ello, es más restrictiva que el texto de la ley. No podemos descuartizar 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, en el que el embarazo y la maternidad son consideradas situaciones excepcionales.

Por todo lo anterior debió contabilizarse el cuarto hijo a efectos en el porcentaje aplicable en concepto de complemento por maternidad sobre la pensión de jubilación contributiva reconocida a la actora, lo que se traduce en un 15% de complemento por maternidad, esto es **la cantidad de 148'67 euros mensuales (15% sobre 991'15 euros) con efectos del 16 de octubre de 2017**, a tenor de los datos contenidos en el hecho probado primero de la sentencia recurrida y la propia resolución de 23/10/17 (folio 12 de autos).

En consecuencia, el recurso debió ser estimado.

**DILIGENCIA.-** En Las Palmas de Gran Canaria, a

Dada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo./a. Sr./a Presidente que la suscribe a los efectos de su notificación, uniéndose certificación literal de la misma a los autos originales, conforme a lo dispuesto en los Art. 266.1 de la L. O. P. J. y 212 de la L. E. C., archivándose la presente en la Secretaría de este Juzgado en el Libro de su clase. Doy fe

