

## EL BENEFICIO DE LA COTIZACIÓN FICTICIA POR PARTO Y SU EXTENSIÓN AL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS: UNA INTERPRETACIÓN NORMATIVA DESDE EL ENFOQUE DE GÉNERO

*Sentencia núm. 576/2022 de la Sala de lo Social del  
Tribunal Supremo, de 23 de junio  
ECLI:ES:TS:2022:2549*

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Trabajadora que interpone recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la STSJ de Andalucía (Granada), de 15 diciembre de 2020 (Rec. 815/2020), en la que se le denegaba el derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años de edad por no acreditar una de las condiciones exigidas para su devengo ex art. 274.4 LGSS, cual es la de haber cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral, y descartar, al mismo tiempo, que a los efectos de completar ese específico periodo de carencia se pudieran aplicar los 112 días de cotizaciones ficticias por parto previstos en el art. 235 LGSS. Según se relata en la sentencia, la trabajadora había cotizado a regímenes de la Seguridad Social que protegen la contingencia por desempleo por un total de 1861 días; era madre de tres hijos nacidos entre los años 1980 y 1981; y, en enero de 2019, el SEPE le había rechazado el acceso a este específico subsidio por estimar que, los periodos de cotización asimilados por parto, solo tenían validez para las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente, pero no para el subsidio por desempleo para mayores de 52 años de edad. Anulando tal resolución, el Juzgado de lo Social sí declaró el derecho de la trabajadora a percibir el subsidio sobre la base de la finalidad del precepto (compensar a la mujer que se vio compelida a abandonar el mundo laboral a causa de la maternidad). La referida STSJ de Andalucía ratificó la postura inicial mantenida por el SEPE aseverando que el art. 235 LGSS debía ser aplicado en sus estrictos términos y éstos no permitían ampliar el beneficio de las cotizaciones ficticias a prestaciones como la controvertida.

**RESUMEN:** La STS de 23 de junio de 2022 (Rec. 646/2021), dictada por el Pleno, resolverá el asunto en sentido positivo, aplicando al subsidio por desempleo para mayores de 52 años la previsión sobre cotizaciones ficticias por razón de parto

\* Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

contenida en el art. 235 LGSS. El Alto Tribunal esgrime una serie de razonamientos al objeto de facilitar a las mujeres trabajadoras el cumplimiento de los requisitos contributivos que condicionan el acceso. Entre los criterios interpretativos en los que se apoya la sentencia, sin duda destaca –por su peso decisivo en la resolución de la controversia– el canon hermenéutico de la perspectiva de género consagrado en el art. 4 de la LO 3/2007, sobre el que se expone gran parte de la extensa doctrina judicial existente hasta la fecha y se advierte, además, que es precisamente en relación a las normas jurídicas con un contenido corrector de desigualdades de género, como es el caso del art. 235 LGSS, cuando más sentido tiene aplicar esta pauta interpretativa en pos de la consecución de una igualdad efectiva.

## ÍNDICE

1. EL BENEFICIO DE LAS COTIZACIONES FICTICIAS COMO INSTRUMENTO CORRECTOR DE LA BRECHA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
2. EL SUBSIDIO ASISTENCIAL DE DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS DE EDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: CONFIGURACIÓN GENERAL Y SU PROXIMIDAD A LA PENSIÓN CONTRIBUTIVA DE JUBILACIÓN
3. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA GÉNESIS Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS: PUNTO CLAVE EN LA EXTENSIÓN DEL ART. 235 LGSS AL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS DE EDAD
4. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

### 1. EL BENEFICIO DE LAS COTIZACIONES FICTICIAS COMO INSTRUMENTO CORRECTOR DE LA BRECHA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El mecanismo de las cotizaciones ficticias encuentra su base legal en el art. 165.2 LGSS, donde expresamente se establece que *“en las prestaciones cuyo reconocimiento o cuantía esté subordinado, además, al cumplimiento de determinados períodos de cotización, solamente serán computables a tales efectos las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas en esta ley o en sus disposiciones reglamentarias”*.

No cabe duda, pues, de que junto a la “cotizaciones reales” o “efectivamente realizadas” también podrán ser computadas a los efectos de generar un determinado derecho prestacional las denominadas “cotizaciones ficticias”, entendidas como aquéllas correspondientes a periodos de inactividad laboral legal o reglamentariamente asimilados a cotizados pese a no haber existido durante los mismos la obligación de cotizar y, por ende, un ingreso directo y real de cotizaciones al sistema de Seguridad Social. Si bien se trata, en todo caso, de una posibilidad legal cuya efectividad queda condicionada –como el propio artículo “*in fine*” apunta– a un ulterior desarrollo legal o reglamentario en el que se concrete, entre otros aspectos, las situaciones que habrán de ser consideradas como asimiladas a cotizadas, el número de días cotizados que artificialmente generará cada concreta situación, y la prestación o prestaciones a las que será aplicable esa ficción jurídica.

Conforme al derecho positivo actual, los periodos de inactividad susceptibles de generar artificialmente días cotizados suelen atender a situaciones en las que la interrupción de la vida laboral obedece a necesidades de conciliación por maternidad o por cuidado de hijo/a y/o familiar. Y ello en tanto que la funcionalidad atribuida a esta figura, cual es la de cubrir lagunas de cotización, determinó que desde un principio se convirtiera en un instrumento idóneo para corregir las desigualdades de género existentes en materia de prestaciones de Seguridad Social, y más exactamente en orden a completar los periodos de ocupación cotizada que suelen condicionar el acceso a las prestaciones sociales de naturaleza contributiva o influir en el cálculo de su cuantía<sup>1</sup>. Una brecha que fundamentalmente deriva de los estereotipos de género que subyacen en el terreno de los cuidados y que se manifiestan en que, aún en la actualidad, sean las mujeres las que mayoritariamente se vean abocadas a abandonar o interrumpir sus carreras profesionales y de seguro para atender a las tareas familiares y a asumir, en consecuencia, la negativa repercusión que tal decisión conlleva para sus prestaciones futuras<sup>2</sup>.

En particular, son dos las situaciones asimiladas a tiempo cotizado que atienden a este propósito corrector de desigualdades de género en materia prestacional:

La primera de ellas es la excedencia por cuidado de hijos y otros familiares regulada en el art. 46.3 ET, en relación a la cual dispone el art. 237 LGSS que “[...] tendrá la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad”, de un lado, los periodos de hasta tres años de excedencia que se disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción (apartado 1), y de otro lado, los tres primeros años del período de excedencia que se disfrute en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen una actividad retribuida (apartado 2)<sup>3</sup>. A lo que igualmente añade en el apartado 3 que,

<sup>1</sup> Como indica Ballester Pastor, I., la falta de carencia mínima es la más susceptible de afectar al colectivo de mujeres y la que plantea situaciones más sangrantes de desprotección, en “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 112, 2011 (Ejemplar dedicado a: Reformas en materia de Protección Social), pág. 65.

<sup>2</sup> Aunque no es la causa principal, las brechas de género en pensiones son, en gran parte, “brechas reflejas o derivadas” de las desigualdades de género existentes en el mercado de trabajo y de los estereotipos de género en el terreno de los cuidados. Molina Navarrete, C.: “La Seguridad Social y su dinamismo reformador en perspectiva de género: el derecho a prestaciones correctoras de la inequidad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 52, 2021 (Ejemplar dedicado a: Número especial sobre Seguridad Social en Homenaje al Prof. Dr. Eduardo Ameglio). En: [http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2301-06652021000301203&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2301-06652021000301203&script=sci_arttext) (consultado el 2 de marzo de 2023).

<sup>3</sup> A raíz de la reforma introducida en el apartado 2 del art. 237 LGSS por el art. único.25 del RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de

a los efectos de las mismas prestaciones, las cotizaciones realizadas durante los tres primeros años del período de reducción de jornada previsto en el art. 37.6 ET, párrafos 1º y 2º, para los casos de cuidado de menores o familiares, se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido cotizar de haberse mantenido sin dicha reducción la jornada laboral<sup>4</sup>.

La segunda de las situaciones asimiladas a tiempo cotizado es la prevista en el art. 235 LGSS, bajo la denominación “*Periodos de cotización asimilados por parto*”, con la siguiente redacción: “*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*”.

Este último periodo de cotización ficticia fue introducido en la antigua LGSS de 1994<sup>5</sup> por la Disposición Adicional 18ª.23 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>6</sup>, como una de las diversas medidas de acción positiva en favor de la mujer trabajadora que el novedoso texto normativo implantaría para avanzar en la consecución efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de género en los diferentes ámbitos de la vida (art. 1.1), y entre ellos en el concreto terreno de la Seguridad Social.

Pues bien, desde su configuración original, la norma ha limitado expresamente la aplicación de este beneficio a las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente causadas en cualquier régimen de la Seguridad Social, omitiendo cualquier alusión directa al resto de prestaciones de naturaleza contributiva del sistema. Y en cuanto a su titularidad, ésta se atribuye exclusivamente a las mujeres (y no a los hombres) que, por no ser trabajadoras o funcionarias en el momento del parto, no disfrutaron de las dieciséis semanas (112 días) de descanso laboral subsidiado y cotizado por maternidad *ex arts.* 48.4 ET y 177 y ss. LGSS. Es decir, se limita a las mujeres que no acreditan haber cotizado durante aquel periodo

sostenibilidad del sistema público de pensiones (BOE de 17 de marzo de 2023), el periodo de excedencia considerado como cotizado en razón del cuidado de otros familiares se amplió de un año a tres años, quedando así equiparado en duración al previsto para los casos de excedencia por cuidado de hijo o menor.

<sup>4</sup> Al igual que el apartado 2, también el apartado 3 del art. 237 LGSS fue modificado por el art. único.25 del RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo, a los efectos de extender de dos a tres los años de reducción de jornada por cuidado de menor que serán considerados como cotizados al 100 por cien, y de uno a tres los años de reducción de jornada por cuidado directo de un familiar que también se entenderán cotizados al 100 por cien de la cuantía que correspondería cotizar de haberse conservado sin reducción la jornada.

<sup>5</sup> Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 29 de junio de 1994).

<sup>6</sup> BOE de 23 de marzo de 2007.

de dieciséis semanas a fin de compensarles por la falta de protección que en ese momento padecieron.

A lo que se ha de añadir, además, que el hecho de que la norma emplee el término “parto” en su formulación conduce a que solo las situaciones de maternidad biológica sean susceptibles de generar el derecho a estos 112 días de cotizaciones ficticias en favor de la mujer solicitante de la pensión, quedando excluidas, en cambio, el resto de situaciones de maternidad que también se encuentran amparadas por el sistema de Seguridad Social desde un punto de vista prestacional, como son las de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar (arts. 177 y ss LGSS).

No obstante, esta claridad de redacción que a priori parece caracterizar al art. 235 LGSS no le ha impedido suscitar ciertos conflictos interpretativos resueltos en sede judicial, como fue el dirimido por las dos Sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 21 de diciembre de 2009 (Recs. 201/2009 y 426/2009), en relación a la posible aplicación del beneficio de 112 días de cotización por parto a las prestaciones de vejez del antiguo régimen del SOVI<sup>7</sup>.

En ellas se afirmaba que la norma de Seguridad Social reguladora del derecho rebatido –en aquel momento la Disposición Adicional 44<sup>o</sup> de la LGSS de 1994– no debía ser aplicada en su tenor literal, sino desde la perspectiva marcada por la Ley que la implantó –LO 3/2007, de 22 de marzo– tanto en su art. 1.1, donde se señala que la finalidad de las medidas que la componen es la de conseguir la igualdad efectiva o real, como en su art. 4, en el que se consagra la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como un principio informador del Ordenamiento Jurídico que debe ser integrado y observado en la interpretación y aplicación de todas las normas jurídicas.

De modo que, si bien el precepto legal no hacía mención expresa a las mujeres que estuvieron integradas en el SOVI, las sentencias consideraron que su contenido debía ser interpretado en sentido favorable a su inclusión, a los efectos de permitirles completar el periodo de carencia exigido para acceder a las pensiones propias del ya extinto régimen, también de carácter contributivo. En este sentido razonaban que *“es cierto que las normas de Seguridad Social no se aplican al SOVI, pero [...] los cánones interpretativos que venimos indicando [los derivados de la LO 3/2007] hacen que el beneficio otorgado por la D.A. 44<sup>a</sup> LGSS [actual art. 235 LGSS] sea aplicable a todas las mujeres que no hubieran trabajado por haber tenido hijos, sin que implique sólo una mera proyección de futuro, [ya que] la Ley sirve al objetivo de paliar los efectos de la situación de discriminación ya producida y la que puede surgir. Es [...] una medida de acción positiva querida por el legislador que no puede obviar el dato de que el colectivo afectado (pensionistas de SOVI) está integrado fundamentalmente por mujeres y que, a mayor abundamiento, si*

<sup>7</sup> Sobre el contenido de estas decisiones judiciales vid. Kahale Carrillo, D.T.: “Los periodos de cotización asimilados por parto para las pensiones del SOVI. Cambio jurisprudencial a la luz de la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 28, 2011, págs. 46-51.

*no acreditan ulteriores trabajos y cotizaciones bajo la vigencia del sistema de Seguridad Social es, también mayoritariamente, porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y ulterior maternidad*". Por lo que negar el beneficio de las cotizaciones ficticias por parto a las pensionistas SOVI sería una decisión que afectaría fundamentalmente a mujeres que, además, abandonaron sus carreras laborales y de seguro en razón de la circunstancia biológica de la femineidad; es decir, por razón de una eventualidad exclusivamente femenina como es el parto.

Otra de las sentencias significativas en la aplicación e interpretación del art. 235 LGSS fue la STS de 14 de junio de 2016 (Rec. 1733/2015), en la que se declara que el derecho a obtener la bonificación de 112 días cotizados por parto también debía ser reconocido a las trabajadoras solicitantes de una pensión de jubilación o incapacidad permanente del sistema de Seguridad Social español en los casos en que el parto hubiera tenido lugar en el extranjero.

El argumento seguido en este caso por el Alto Tribunal fue que el precepto legal regulador de este beneficio no condiciona el nacimiento del derecho al lugar en que se produzca el parto. Adoptando una interpretación lógico sistemática de la disposición legal, llega a la conclusión de que el periodo de tiempo asimilado a los de cotización que en ella se regula obedece al hecho del parto en general –sin límite alguno y sin más especificación– y por ello se ha de reconocer *“a quienes no estaban de alta en el sistema de Seguridad Social español al tiempo del parto que se bonifica con el reconocimiento de 112 días de cotización”*, ya que *“es principio de derecho que donde la Ley no distingue nosotros tampoco debemos distinguir”*. Principio que la sentencia consideró aplicable al caso por el espíritu que informa la norma y dada su literalidad, de la que *“se deriva que el reconocimiento de los 112 días de cotización asimilada o ficticia se produce al tiempo de causarse la prestación contributiva de incapacidad permanente o jubilación”*, y no con anterioridad, y esto *“impide excluir su cómputo so pretexto de que el parto se produjo antes del alta en el sistema, por cuanto, precisamente, se bonifica el hecho de que la maternidad impidiera el trabajo”* de la posterior solicitante de una pensión de incapacidad permanente total.

## **2. EL SUBSIDIO ASISTENCIAL DE DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS DE EDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: CONFIGURACIÓN GENERAL Y SU PROXIMIDAD A LA PENSIÓN CONTRIBUTIVA DE JUBILACIÓN**

Al amparo del art. 41 CE, la acción protectora de nuestro sistema público de Seguridad Social incluye la contingencia de desempleo *ex art. 42.1.c) LGSS*. Por tal se entiende aquella situación *“en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el art. 267”* (art.262.1 LGSS), y en torno a la misma se articulan dos niveles diferentes de protección (art. 263 LGSS): el nivel contributivo, cuyo objeto es proporcionar prestaciones

sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir por la persona trabajadora como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior, o de la suspensión de su contrato de trabajo o la reducción temporal experimentada en su jornada laboral; y el nivel asistencial o no contributivo, complementario del anterior y destinado a la protección a los trabajadores desempleados que se encuentran en alguno de los supuestos que dan derecho a las distintas modalidades de subsidio por desempleo previstas en el art. 274 LGSS<sup>8</sup>.

Entre estas diferentes modalidades de subsidio está la dirigida a trabajadores mayores de 52 años que, aun no teniendo responsabilidades familiares, “*se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social*” (art. 274.4 LGSS).

Se trata del más comúnmente conocido como “subsidio por prejubilación”, sujeto a las mismas reglas de regulación previstas para los demás subsidios por desempleo en los arts. 275-280 LGSS (como son las referidas a su importe o a la exigencia de determinados requisitos de acceso, tales como el de carecer de rentas suficientes o el de estar inscrito y mantener la inscripción como demandante de empleo en la oficina pública correspondiente), pero caracterizado por presentar particularidades regulativas sustanciales que lo distinguen sobradamente del resto de modalidades.

Una de estas especificidades es la concerniente a su larga duración, ya que, frente a la establecida con carácter general de “*seis meses prorrogables, por períodos semestrales, hasta un máximo de dieciocho meses*” (art. 277.1 LGSS), el subsidio para mayores de 52 años se podrá percibir “*como máximo, hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación*” (art. 277.3 LGSS)<sup>9</sup>. Y sobre todo son destacables los requisitos contributivos que condicionan el derecho a esta modalidad de subsidio, pese a su formalmente proclamada condición de prestación de Seguridad Social de naturaleza no contributiva o asistencial<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> A estos dos niveles se une un tercer nivel de protección que es el de “inserción”, materializado en el Programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, a cuya regulación atiende el RD 1369/2006, de 24 de noviembre (BOE de 5 de diciembre de 2006).

<sup>9</sup> Recuérdese que, con carácter previo a la reforma introducida en este precepto legal por el art. 1. Cuatro del RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE de 12 de marzo de 2019), la duración máxima del subsidio por desempleo para mayores de 52 años se extendía hasta que el trabajador alcanzara la edad que le permitiera acceder a cualquier modalidad de pensión contributiva de jubilación, incluida la pensión de jubilación anticipada.

<sup>10</sup> Sobre la naturaleza jurídica de este subsidio y las clásicas teorías doctrinales existentes en torno a la misma, vid. Crespo Pérez, M.A.: “El subsidio de desempleo para mayores de 52 años y la acción protectora de la seguridad social”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 8-9, 2003, págs. 89-91.

Efectivamente, de un lado se requiere que la persona solicitante de este concreto subsidio haya cotizado por desempleo, al menos, durante seis años a lo largo de su vida laboral –por lo que el esfuerzo contributivo que comporta el acceso al mismo es incluso superior al exigido a los efectos de causar la prestación contributiva por desempleo, para la que basta con acreditar unos trescientos sesenta y cinco días cotizados en los últimos seis años–, y de otro lado es necesario, además, que el o la potencial beneficiario/a reúna todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación del sistema de la Seguridad Social. Una remisión a la normativa sobre jubilación que se traduce, principalmente, en que se habrá de reunir la misma carencia mínima requerida actualmente por nuestro sistema para acceder a una pensión contributiva por tal contingencia, cual es la de quince años cotizados en cualquier régimen a lo largo de toda la vida laboral, de los que al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho (art. 205.1.b LGSS).

Por tanto, es evidente que el subsidio por desempleo para mayores de 52 años de edad, dada su configuración legal en lo relativo a su duración y los requisitos de acceso a la prestación, presenta una estrecha relación con la pensión contributiva de jubilación, siendo éste uno de los aspectos en los que incide la Sentencia del TS de 23 de junio de 2022 para abordar la cuestión que se le eleva.

En concreto afirma en la sentencia el Alto Tribunal (FJ Sexto.3 A) que, pese a venir enmarcado entre las prestaciones por desempleo, son innegables las conexiones existentes entre este específico subsidio y la pensión contributiva de jubilación, hasta el punto de reconocer que, por parte de la jurisprudencia, el subsidio por desempleo en la modalidad para mayores de 52 años se viene asimilándolo más a una jubilación en sí que a una situación transitoria en la que se encuentran los trabajadores maduros desempleados a la espera de cumplir la edad de acceso a la pensión.

Esta íntima conexión entre las dos situaciones de necesidad protegidas por ambos tipos de prestación (subsidio y pensión) se manifiesta –prosigue razonando la sentencia– en la edad de acceso al subsidio (cuando se atisba en la lejanía el retiro) y en su duración (hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación), pero sobre todo en la remisión que realizan las reglas sobre desempleo a las propias de la jubilación (el art. 274.4 LGSS condiciona el acceso a este subsidio por desempleo al cumplimiento de todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación). De forma tal que, *“siendo obvio que el beneficio de cotizaciones ficticias opera cuando se trata del acceso a una pensión contributiva de jubilación (art. 235 LGSS), y que ahora se exige acreditar el cumplimiento de los requisitos propios de la pensión cuando se postula al subsidio, resulta innegable que la cotización ficticia despliega efectos en materia de desempleo”* (FJ Sexto. 3. B).

A lo que también añade la sentencia, como una evidencia más de la mencionada interconexión prestacional que justificaría la extensión del beneficio de las cotizaciones ficticias por parto al subsidio por prejubilación, el hecho de que, durante la percepción de dicho subsidio, exista una prestación anexa y muy relevante regulada en el art. 280.1 LGSS, consistente en el abono mensual a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) de la cotización correspondiente a la contingencia de jubilación, teniendo efectos tales cuotas para la determinación de la base reguladora y del porcentaje aplicable a la misma en el cálculo de la pensión (FJ Sexto. 3. E).

No obstante, frente a la firmeza argumental con la que defiende la aplicación del beneficio legal rebatido para el cómputo de los quince años de cotización que, al igual que en la pensión de jubilación, se exigen para acceder al subsidio por desempleo, el Tribunal Supremo plantea la duda de si las cotizaciones ficticias por parto se pueden contabilizar, no solo para acreditar esos quince años de cotización exigidos por el art. 274.4 LGSS mediante el reenvío a las normas sobre la jubilación, sino también para completar la primera de las exigencias contributivas impuestas por el mismo precepto legal; a saber, haber cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de toda la vida laboral.

En respuesta a esta última cuestión, el Tribunal argumenta que, si bien es cierto que el art. 235 LGSS solo confiere validez a las cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento a los efectos de acreditar los quince años que se exigen para devengar la pensión de jubilación y, por remisión del art. 274.4 LGSS, el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, una interpretación constitucional y sistemática de las normas implicadas conducen a considerar que tales cotizaciones asimiladas también deben ser contabilizadas para completar el periodo de los seis años de cotización por desempleo que exige el mismo art. 274.4 LGSS.

Sostiene exactamente, de un lado, que el art. 41 CE incluye un mandato que debe informar la práctica judicial a la hora de interpretar las leyes que lo desarrollan (art. 53.3 CE), y que ese mandato no es otro que el de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice prestaciones sociales suficientes “*ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo*”. Por lo que “*habida cuenta de los relevantes intereses promocionales perseguidos por el abono de cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento [...]*”, parece evidente, a juicio del Tribunal, “*que la mejor forma de proteger ante situaciones por desempleo consiste en resolver la duda interpretativa extendiendo su aplicación a los dos términos de la fórmula normativa a que acabamos de aludir*” (esto es, a los seis años cotizados en concepto de desempleo y a los 15 años cotizados en general a lo largo de toda la vida laboral).

Y de otro lado, también defiende que una interpretación sistemática de las diversas normas en presencia igualmente aconseja que los 112 días de cotizaciones ficticias desplieguen toda su virtualidad a la hora de contabilizar el tiempo previo de cotización por desempleo requerido por el art. 274.4 LGSS, toda vez que “*lo contrario abocaría al paradójico resultado de tomarlas en cuenta para una pensión futura pero no para la prestación inmediata*”.

### 3. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA GÉNESIS Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS: PUNTO CLAVE EN LA EXTENSIÓN DEL ART. 235 LGSS AL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS DE EDAD

Como el resto de medidas de acción positiva introducidas en favor de la mujer por la LO 3/2007, de 22 de marzo, el propósito y razón de ser del beneficio de las cotizaciones ficticias por parto –actualmente contenido en el art. 235 LGSS–, fue el de contribuir a la consecución de la igualdad efectiva y real entre hombres y mujeres en los diferentes ámbitos de la realidad social, y más concretamente en el ámbito de la Seguridad Social al objeto de favorecer, a efectos prestacionales, a las mujeres que se vieron y ven obligadas a abandonar el mercado laboral a causa de la maternidad. Forma parte, pues, de una acción normativa más amplia y general –materializada en la LO 3/2007– dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo en pos de una igualdad real entre mujeres y hombres dentro de la sociedad<sup>11</sup>.

Por ello, y dado que la perspectiva de género se encuentra en la génesis del art. 235 LGSS, una interpretación teleológica del mismo bastaría para defender su aplicación extensiva, más allá de la literalidad de sus términos, abarcando a otras prestaciones contributivas omitidas pero estrechamente relacionadas con las expresamente mencionadas por el propio precepto. De hecho, este canon interpretativo finalista es otro de los empleados por la comentada sentencia del Tribunal Supremo para fundamentar su postura a favor de la inclusión del discutido subsidio por desempleo en el radio de acción del mecanismo de las cotizaciones ficticias por alumbramiento.

Recuerda exactamente la sentencia que, una interpretación teleológica de preceptos como el presente, orientados en su configuración hacia la corrección de desigualdades de género, en varias ocasiones *“ha conducido a obviar la literalidad de alguna previsión cuando ello era necesario para alcanzar los fines perseguidos por el legislador y armonizarlos con los generales en materia de no discriminación”*. Y en este sentido, discurre el Alto Tribunal que, si bien es cierto que en sus estrictos términos el precepto legal circunscribe la eficacia de los periodos de cotización asimilados por parto a las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente, y que a lo largo de toda su existencia –desde el año 2007– no ha experimentado reforma alguna encaminada a ampliar este beneficio a otras

<sup>11</sup> Como recuerda la propia sentencia que aquí se comenta (FJ Cuatro. 3. C) por referencia a la STS de 29 de enero de 2020 (Rec. 3097/2017), *“la evolución experimentada por el Ordenamiento Jurídico [en materia de igualdad de género] fue fruto de la incorporación del concepto de “gender mainstreaming”, elaborado en IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas (Beijing, 1995) que, en el Derecho español, tiene su primera plasmación en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno”*. Un concepto que, posteriormente, *“tras inspirar la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, halla su plasmación con alcance general en la LO 3/2007, en la que se positiviza la configuración del principio de igualdad efectiva, superando el de igualdad formal, a todas luces insuficiente”*.

prestaciones contributivas distintas de las dos reseñadas, también es indiscutible –y por tanto aconsejable y razonable tomar en consideración–: en primer lugar, que la finalidad perseguida por la LO 3/2007 con la regla plasmada en el art. 235 LGSS fue la de facilitar a las mujeres que han sido madres el acceso a la pensión de jubilación, al tratarse ésta de *“la prestación de Seguridad Social que requiere una previa cotización de mayor extensión”*<sup>12</sup>; y en segundo lugar, que para la aplicación de dicha regla lo esencial y *“relevante es que haya habido un alumbramiento y que se produjera en época durante la cual la mujer no venía cotizando por desarrollar tareas productivas paralelas o anteriores”*.

Consideraciones finalistas en las que se ampara la sentencia para aseverar, sin más divagaciones que las expuestas, que *“la atención a las metas que se marcó la LO 3/2007 aconsejan tomar en cuenta las cotizaciones ficticias por alumbramiento para todo lo relacionado con el acceso a la pensión de jubilación, sea en sí misma, sea cuando aparece conectada con el subsidio por desempleo”* en la modalidad prevista en el apartado 4 del art. 274 LGSS.

Ahora bien, aunque este canon interpretativo que indaga en el propósito buscado por el Legislador sería suficiente para justificar la inclusión del subsidio por prejubilación en el beneficio de las cotizaciones ficticias del art. 235 LGSS, el Tribunal Supremo continúa ahondando en las razones que avalarían su decisión final recurriendo, además, al canon hermenéutico de perspectiva de género proclamado en los arts. 4 y 15 de la LO 3/2007 y, con anterioridad a esta normativa de alcance nacional, en el art. 29 de la Directiva 2006/54/CE 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.<sup>13</sup>

Dado que el beneficio regulado en el art. 235 LGSS solo comprende a las personas de género femenino, constituyendo en sí mismo una medida de acción o discriminación positiva a favor de la mujer, la Fiscalía defendía –en su informe emitido para este caso en particular– que era imposible extender a esta disposición legal la interpretación transversal que preconiza el art. 4 y preceptos concordantes de la LO 3/2007, bajo el entendimiento de que la perspectiva de género difícilmente puede aplicarse a una norma que, *“per se”*, concede un beneficio exclusivo para la mujer.

Sin embargo, el Alto Tribunal descarta adoptar esta postura fundamentándose en que su doctrina, lejos de compartir ese restrictivo enfoque sobre el canon

<sup>12</sup> Efectivamente, el acceso a la pensión contributiva de jubilación requiere haber cotizado durante un mínimo de 15 años (art. 205.1 a LGSS) y, además, los porcentajes aplicables a la base reguladora para el cálculo de su cuantía también están en función del tiempo cotizado a lo largo de la vida (art. 210.1 LGSS).

<sup>13</sup> DOUE L 204/23 de 5 de julio de 2006. Bajo el título *“Transversalidad de la perspectiva de género”*, el art. 29 de la citada Directiva Comunitaria dispone que *“Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva”*.

hermenéutico en cuestión, ha tomado el mismo “*como palanca interpretativa para flexibilizar el alcance de las exigencias normativas incluso cuando solo van referidas a la población femenina*” (FJ Sexto. 3. D). De hecho, considera que “*esta pauta interpretativa, precisamente, tiene el máximo sentido a la hora de efectuar la interpretación normativa en relación con situaciones en que están en juego instituciones jurídicas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres, como es el caso de las cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento*” (FJ Sexto 3. F).

Únicamente mediante la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de cualquier precepto, incluidos aquéllos que fueron conformados con un sentido antidiscriminatorio por razón de género, es posible alcanzar de manera efectiva y real la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombre. Recuerda la propia sentencia, reproduciendo lo expresado en el Preámbulo de la LO 3/2007, que la mayor novedad de la misma radicó y radica en la prevención de conductas discriminatorias y la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad, y que “*tal opción implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del Ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto*”.

Idea básica e inspiradora de la LO 3/2007 a la que responden –como continúa señalando la sentencia– los arts. 4 y 15 del mismo texto legal.

El primero de ellos, bajo la rúbrica “*Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas*”, contiene el que suele identificarse como principio general o canon hermenéutico de perspectiva de género empleando la siguiente redacción: “*La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del Ordenamiento Jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*”.

Ello significa –reproduciendo lo asentado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 septiembre 2018 (Rec. 1352/2017) y de 13 noviembre 2019 (Rec. 75/2018)– por un lado, que la igualdad entre mujeres y hombres constituye valor supremo del Ordenamiento Jurídico y, por otro lado, que consecuentemente con lo anterior, la aplicación de tal principio debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas. Por lo que ninguna duda cabe de que los jueces y tribunales tienen la obligación de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado; esto es, en la interpretación y aplicación de todas las normas que componen el Sistema Jurídico en general.

Y a mayor abundamiento, la segunda de las disposiciones señaladas –art.15 LO 3/2007–, incardinada en el Título II sobre “*Políticas públicas para la igualdad*”, dispone bajo el epígrafe “*Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres*” que este principio informará, con carácter transversal, la

actuación de todos los Poderes Públicos, incluido la de los jueces y tribunales que conforman el Poder Judicial, quienes en todo caso estarán obligados a adoptar –a los efectos de resolver cualquier conflicto jurídico que se les pueda plantear– la interpretación normativa que resulte más acorde con la consecución de los fines queridos por el Ordenamiento en tal sentido, e incluso a superar la literalidad de la norma para, de un lado, eliminar el efecto de discriminación sobre las mujeres que resultaría de su aplicación aséptica y, de otro lado, integrar dicha laguna mediante el principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres<sup>14</sup>.

Por todo lo cual resulta evidente para el Alto Tribunal que, la adopción de un enfoque de género en la interpretación y aplicación de la norma, aun cuando ésta contenga en sí una medida de discriminación positiva a favor de la mujer, es un recurso obligatorio y fundamental para lograr una mayor y mejor materialización del principio de igualdad real entre sexos. Siendo éste otro de los motivos por los que la sentencia considera que los periodos de cotización asimilados por parto –ubicados en el Capítulo XV del Título II de la LGSS, sobre “*Protección a la familia*”, y calificados por el propio Tribunal como una prestación de Seguridad Social mayoritariamente (o más bien exclusivamente) lucrada por mujeres–, deben ser objeto de una interpretación flexible que, en consonancia con su verdadero objetivo, permita tenerlos en cuenta para comprobar si se cumplen los extensos periodos de carencia exigidos para lucrar tanto de la pensión contributiva de jubilación como el propio subsidio por desempleo para mayores de 52 años de edad.

#### 4. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Recurriendo a una interpretación teleológica, sistemática, en clave constitucional y con perspectiva de género, el Tribunal Supremo justifica su decisión final de extender el beneficio de los 112 días de cotizaciones ficticias por parto, regulado en el art. 235 LGSS, a una prestación no expresamente incluida en el radio de acción de este precepto legal. Y a tal efecto, el razonamiento central empleado por la sentencia gira en torno a la necesidad de interpretar desde la perspectiva de género cualquier norma jurídica, incluidas las que, como la presente, comportan en sí mismas una medida de acción positiva destinada a mejorar las carreras de seguro de las mujeres que interrumpen su actividad laboral para dedicarse al trabajo reproductivo de cuidar a sus hijos/as.

Es opinión consolidada en la doctrina jurídica que la adopción de este enfoque, de obligatoria presencia *ex arts.* 4 y 15 de la LO 3/2007 tanto en la función legislativa, creadora de normas jurídicas, como en la función judicial de interpretar y aplicar las mismas, es esencial para avanzar en la implantación efectiva y real del principio

<sup>14</sup> Resalta esta función integradora que para los órganos judiciales implica la perspectiva de género Moli Noguera, R.: “La perspectiva de género y el Derecho del Trabajo ¿una hermenéutica en construcción o algo más?”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 2, núm. 2, 2021, pág. 87.

de igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida y, en nuestro caso, en el terreno de la Seguridad Social. Pero tampoco se puede desconocer la complejidad que comporta la incorporación de este canon hermenéutico en el Poder Judicial, al situarlo en la comprometida y arriesgada tarea de detectar los errores o deficiencias que, en detrimento de ese principio, hayan podido cometer previamente el Legislador o el Ejecutivo en la formulación de las normas a aplicar.

Ciertamente, interpretar con perspectiva de género comporta para jueces y tribunales asumir no solo una labor correctora o supresora de las discriminaciones directas o encubiertas que por razón de sexo se puedan identificar en una norma, sino también desempeñar –en correlación con aquella función– una labor integradora de las lagunas que tales correcciones puedan generar, adoptando un papel cuasi-legislativo que en muchos casos les lleva a alterar significativamente el tenor literal de la norma.

Por este motivo, el Tribunal Supremo ve preciso aclarar en la sentencia comentada que, con la solución adoptada, no se está preconizando la extensión del beneficio a otras prestaciones de Seguridad Social, y ni siquiera a otros supuestos de protección por desempleo. Particularmente afirma que “*no se trata de alterar las fronteras de la protección social delineada por el legislador*” y “*mucho menos de arribar a soluciones voluntaristas*” sin ninguna base jurídica, pues lo que sencillamente sucede es que “*las pautas interpretativas que acabamos de exponer (perfil del subsidio para mayores de 55 años, concordancia interna de la LGSS, finalidad de la LOI, mandato constitucional), convierte en razonable y deseable el resultado*” al que la sentencia llega (FJ Sexto. 3. F).

Mantener una postura contraria a la defendida, excluyendo los 112 días de cotizaciones ficticias del cómputo de los periodos de cotización requeridos a los efectos de devengar el subsidio por desempleo para mayores de 52 años de edad, supondría aceptar y perpetuar con respecto a este subsidio la misma situación de discriminación a la mujer que precisamente se pretende evitar con la aplicación de esta ficción legal a prestaciones que, como la de jubilación o incapacidad permanente, supeditan su reconocimiento al cumplimiento de largos periodos de cotización. De ahí que el Alto Tribunal se postule a favor de la extensión del beneficio de cotizaciones ficticias por parto al subsidio por prejubilación, a través de un razonado pronunciamiento del que es probable que se derive una ulterior reacción legislativa que positivice tal decisión en aras a garantizar la seguridad jurídica entre los/as distintos/as operadores/as jurídicos.

Momento que, de producirse, podría servir de resorte al Legislador para acometer con perspectiva de género otras reformas legales sobre el art. 235 LGSS. Entre ellas, su posible extensión a la pensión de viudedad al menos de cara a mejorar el cálculo de su cuantía cuando la beneficiaria es una mujer<sup>15</sup>, o incluso

<sup>15</sup> Polo Sánchez, M.C.: “Protección Social y Brecha de Género en la vejez: medidas de acción positiva en la lucha contra la discriminación postlaboral”, *Trayectorias Humanas Transcontinentales*, núm. 5, 2019.

la ampliación y reconocimiento de esos concretos días de cotizaciones asimiladas a otros supuestos de maternidad distinta de la biológica –tales como la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento–, partiendo de la base de que es sobre la labor de los cuidados intrafamiliares de hijos menores donde siguen subsistiendo los estereotipos de género que provocan la separación momentánea o definitiva de las mujeres del mercado de trabajo.