

## PERSPECTIVA DE GÉNERO

# SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TS N.º 576/2022 DE 23 DE JUNIO



ILUSTRE  
COLEGIO DE ABOGADOS  
DE MADRID

# ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	4
II.- SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TS N.º 576/2022.....	5



# I. INTRODUCCIÓN

En el año 2007 se publicó la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en adelante LOI, cuyos artículos 3 y 4 consagran el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres y la consideración de este como principio informador del ordenamiento jurídico:

***Artículo 3. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.***

*El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.*

***Artículo 4. Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.***

*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.*

La Disposición Adicional 18.23 de la LOI introdujo en la LGSS una nueva Disposición Adicional cuadragésima cuarta, que establece el cómputo a favor de la trabajadora solicitante de una pensión contributiva de incapacidad permanente y jubilación de 112 días de cotización por cada parto:

*A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de*

*cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.»*

El texto de la DA 44 de la LOI, que se recoge actualmente en el artículo 235 de la LGSS con alguna leve diferencia en cuanto a la redacción, pero no en cuanto al contenido, se refiere de manera expresa a la jubilación y a la incapacidad permanente.

No se refiere, por tanto, a otras prestaciones como el subsidio para mayores de 55 años, que es el caso que se somete a la consideración del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia objeto de comentario: [Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 23 de junio de 2022, recurso n.º 646/2021. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro](#), cuyo resumen en CENDOJ es el siguiente: *Subsidio por desempleo para mayores de 55 años: A efectos del subsidio, los periodos de cotización asimilados por parto (art. 235 LGSS) han de tomarse en cuenta para comprobar si se cumplen los requisitos de carencia tanto de la pensión de jubilación (quince años en total: art. 205.1.b LGSS) cuanto del propio subsidio (seis años por desempleo: art. 274.4 LGSS). Interpretación de la norma teleológica, sistemática, en clave constitucional y con perspectiva de género. Estima recurso frente a STSJ Andalucía (Granada) 2802/2020.*

A la vista de la novedad de la cuestión jurídica planteada al Tribunal, este, de acuerdo con lo previsto en el art. 197 de la LOPJ procede a llevar el debate a la Sala en Pleno.

## II.– SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TS N.º 576/2022.

### II.1 Supuesto de hecho.

Los hechos delimitadores de la controversia jurídica se recogen en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia, de esta manera:

***PRIMERO.– Antecedentes y términos del debate.***

*Se discute si resulta aplicable al subsidio por desempleo para mayores de 52 años la previsión sobre cotizaciones ficticias por razón de parto que alberga el art. 235 de la LGSS/2015, en relación con la derogada Disposición Adicional ( DA) 44ª de la LGSS/1994.*

***1. Hechos del litigio.***

*Sin perjuicio de que debamos examinar ulteriormente la similitud fáctica de los casos comparados, los hechos que están en la base del litigio son escuetos y pacíficos:*

*La actora cotizó a regímenes que protegen la contingencia por desempleo por un total de 1861 días, siendo madre de tres hijos nacidos en 1980 y 1981.*

*Su solicitud de subsidio por desempleo (enero de 2019) para mayores de 55 años fue denegada porque no había cotizado al menos seis años a un régimen que proteja la contingencia de desempleo.*

*Su reclamación previa fue desestimada por el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) dado que los periodos de cotización asimilados al parto solo se computan a efectos de las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente.*

El Juzgado de lo Social n.º 4 de Jaén estimó la demanda de trabajadora y declaró su derecho a recibir el subsidio para mayores de 55 años desde la fecha de solicitud (*sentencia de 2 de marzo de 2020, n.º 7/2020*), sin embargo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) n.º 2802/2020 de 15 de diciembre de 2020, estima el recurso del SEPE y revoca la sentencia del juzgado.

Frente a dicha sentencia se interpone recurso de casación para unificación de doctrina invocando como contradictoria la sentencia del [Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 1581/2015, de 3 de marzo, recurso n.º 6619/2014](#).

En esta última sentencia citada, favorable para la trabajadora, consta que:

*...la actora solicitó subsidio por desempleo para mayores de 52 años, el cual le fue denegado por no haber cotizado al menos seis años en un régimen que proteja la contingencia de desempleo. La demandante alegaba que la DA 44ª de LGSS ha de ser aplicada para computar 112 días por cada uno de los nacimientos de sus hijas, acaecidos en 1975 y 1978, aunque sólo establezca el beneficio de la cotización ficticia para el lucro de "pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente en cualquier régimen de la Seguridad Social".*

*El legislador ha querido compensar el inconveniente que acompañó a la mujer en el pasado que se vio compelida a abandonar el mundo del trabajo por circunstancias de matrimonio y maternidad. Por lo que reconoce el beneficio de cotización ficticia que disciplina la DA 44ª de la LGSS. Con los 224 días postulados, añadidos a los 1945 días*

*de cotización por desempleo acreditados, se obtienen 2169 días. En consecuencia, declara el derecho a percibir el subsidio postulado.*

Considerando que se da la contradicción necesaria, el tribunal pasa a resolver el debate planteado, haciendo un cuidadoso análisis sobre la interpretación con perspectiva de género y sobre las cotizaciones ficticias.

## **II.2.– Interpretación con perspectiva de género.**

La doctrina general sobre la interpretación con perspectiva de género se encuentra en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia objeto del presente comentario.

Comienza el examen de la doctrina general sobre la interpretación con perspectiva de género recordando dos cuestiones que sirven de marco de referencia: la primera, *que ninguna duda cabe sobre la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas. Así lo hemos sostenido, por ejemplo, en las SSTS de 26 septiembre 2018 (rcud. 1352/2017) y 13 noviembre 2019 (rcud. 75/2018);* la segunda, el principio general contenido en el artículo 4 de la LOI que se ha transcrito en la introducción y sus consecuencias: *por un lado, que la igualdad entre mujeres y hombres constituye valor supremo del ordenamiento jurídico; y, por otro, que consecuentemente, la aplicación de tal principio debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas.*

Una vez expuesto el alcance general, el tribunal trae a colación diversas sentencias que han resuelto con perspectiva de género cuestiones tanto de relaciones



laborales (excedencias, MSCT, aplicación del plan de igualdad en contratos de puesta a disposición de ETTs, *quantum* remuneratorio de diversos permisos, discriminación por razón de género, conversión de contratos de jornada completa a jornada parcial o convenio aplicable para la fijación de categoría y salario) como de Seguridad Social (cesión del derecho de maternidad a favor del otro progenitor cuando la madre no ha efectuado tal opción en el momento de inicio del período de descanso; pensión de viudedad a mujer divorciada sin pensión compensatoria, víctima de violencia de género; prestación a favor de familiares causada por la mujer que percibe pensión de vejez SOVI; compleción del período mínimo para acceder a jubilación anticipada mediante cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social Obligatorio de la mujer; consideración de accidente no laboral de complicaciones en el parto a efectos de IPA; derecho a pensión de viudedad de pareja de hecho no unida ni conviviente con el causante en el momento de fallecimiento por ser víctima de violencia de género).

Una vez expuestas las consideraciones sobre la interpretación con perspectiva de género y las sentencias donde se ha aplicado dicha perspectiva (con resultados no siempre iguales, claro está), el tribunal pasa al examen pormenorizado de las cotizaciones ficticias.

El principal obstáculo para extender el beneficio del abono de los 112 días de cotización por razón de parto al subsidio por desempleo para mayores de 55 años es la literalidad del precepto, que no ha sido modificado desde su aparición en la DA 18 de la LOI en 2007 hasta la actualidad, pese a las sucesivas reformas de la LGSS.

Frente a este obstáculo, las razones que impulsan al tribunal a conceder finalmente la extensión del beneficio al supuesto planteado son las siguientes:

a) Naturaleza del subsidio e íntima conexión con la pensión de jubilación.

El alto tribunal reconoce que:

*...son innegables las conexiones entre el subsidio para mayores de 55 (o 52) años y la pensión contributiva de jubilación. Dos bien evidentes, por cuanto ahora interesa, refieren a la edad de acceso (cuando se atisba en la lejanía el retiro) y a su duración (a tenor del art. 277.3 LGSS, "hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación").*

Asimismo, el artículo 274 LGSS condiciona el acceso al subsidio por desempleo en la modalidad de mayores de 55 años al cumplimiento de "todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación".

*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 el subsidio, resulta innegable que la cotización ficticia despliega efectos en materia de desempleo.*

Por tanto, sigue diciendo el tribunal,

*La duda está en si ese reenvío surte efectos solo para cumplir con una de las exigencias del primer párrafo del artículo 274 LGSS (reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación) o si también posee virtualidad respecto del inmediatamente anterior ("hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral").*

b) El siguiente argumento a favor lo encuentra el tribunal en el artículo 41 CE,

cuando insta a mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice prestaciones sociales suficientes "ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo". Considera que este mandato constitucional debe informar la práctica judicial a la hora de interpretar las leyes que lo desarrollan (art. 53.3).

c) Interpretación finalística de la regla sobre cotizaciones ficticias.

Acude aquí el TS a su propia doctrina sobre cómo debe ser interpretada la regla sobre cotizaciones ficticias, para lo que es imprescindible atender a que la finalidad del precepto es favorecer a las mujeres que se han visto obligadas a abandonar el mercado laboral por causa de maternidad. Esa interpretación teleológica ha permitido ampliar la literalidad de la norma en ocasiones anteriores. Dicha interpretación se expresa de la siguiente manera:

*Consideramos que la atención a las metas que se marcó la LOI 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 previo subsidio por desempleo.*

d) La interpretación sistemática de la norma, unida a la íntima conexión entre el subsidio y la pensión de jubilación a la que se ha referido el tribunal anteriormente, también conduce a la conclusión de hay que contabilizar las cotizaciones asimiladas o ficticias por razón de alumbramiento.

En este sentido, se recuerda que, por un parte, el SEPE debe cotizar por la contingencia de jubilación y tales cotizaciones son tomadas en cuenta tanto a efectos de base reguladora cuanto del porcentaje aplicable a la misma y, por otra, que quien solicita el subsidio de desempleo para mayores de 55 años debe,

ineludiblemente, en ese momento haber cotizado quince años.

Por ello, no computar las cotizaciones ficticias por alumbramiento abocaría al paradójico resultado de tomarlas en cuenta para una pensión futura pero no para la prestación inmediata.

e) Valencia de la transversalidad promocional.

El último argumento esgrimido se refiere a que extender la aplicación de las cotizaciones ficticias al subsidio de mayores de 55 años por los motivos expuestos anteriores es razonable y deseable:

*Lo que 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 a que llega la sentencia referencial. Las dudas que pudieran subsistir se disipan, precisamente, aplicando este resorte interpretativo.*

*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.*

**La conclusión del Pleno es que:**

*A efectos del subsidio por desempleo para mayores de 55 años, los periodos de cotización asimilados por parto (art. 235 LGSS) han de tomarse en cuenta para*

*comprobar si se cumplen los requisitos de carencia tanto de la pensión de jubilación (quince años en total: art. 205.1.b LGSS) cuanto del propio subsidio (seis años por desempleo: art. 274.4 LGSS). A esa conclusión accedemos a partir de una interpretación teleológica, sistemática, en clave constitucional y con perspectiva de género.*

En Madrid, a 3 de agosto de 2022

UNIDAD TÉCNICA JURÍDICA BIBLIOTECA

ÁREAS PROCESALES

COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID C / SERRANO 9 , BIBLIOTECA  
TEL: 91 7889380

RESUELVE TUS CONSULTAS EN LA UNIDAD TÉCNICA JURÍDICA. ACCEDER DESDE LA WEB  
[icam.es](http://icam.es) - ÁREA RESERVADA - FORMACIÓN BIBLIOTECA - CONSULTAS PROCESALES