

Cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social de la mujer a efectos de completar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada, en aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social.

STS-SOC núm. 115/2020, de 6 de febrero.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *Pensión de jubilación anticipada. Cómputo del periodo de realización del Servicio Social de la mujer, a efectos de acreditar el periodo mínimo de cotización para acceder a la jubilación anticipada, ex artículo 208. 1b), último párrafo LGSS. Interpretación de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007. Interpretación con perspectiva de género.*

Palabras clave: *Jubilación anticipada. Periodo mínimo de cotización. Servicio social de la mujer. Principio de igualdad de trato y de oportunidades.*

Abstract: *Early retirement pension. Computation of the period of realization of the Women's Social Service, in order to prove the minimum contribution period to access early retirement, ex article 208. 1b), last paragraph LGSS. Interpretation in accordance with article 4 of Organic Law 3/2007. Interpretation with a gender perspective.*

I. Introducción

La sentencia comentada ofrece un nuevo ejemplo de aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las normas por parte de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. En este caso concreto, se trataba de resolver el problema de si el tiempo del “Servicio Social de la mujer” ha de tomarse en consideración, a efectos del acceso a la jubilación anticipada, en la misma forma en la que se tiene en cuenta, a dichos efectos, el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria, supuesto este último que, a diferencia de la situación analizada, sí se encuentra expresamente previsto en la LGSS (art. 208.1 b)).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 115/2020, de 6 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de Casación para la unificación de doctrina, Nº 3801/2017.

ECLI: ES:TS: 2020:338.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sra. Dña. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina planteado se centra en determinar si, a efectos de completar el periodo mínimo para acceder a la jubilación anticipada, ha de tenerse en cuenta el tiempo de prestación del Servicio Social obligatorio de la mujer, aplicando lo establecido en el artículo 208.1 b), último párrafo de la LGSS respecto al servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria.

1. Hechos probados

La demandante solicitó pensión de jubilación anticipada que le fue denegada por no acreditar el periodo mínimo de cotización, al faltarle 7 días para completar la carencia exigida.

Interpuesta reclamación previa, esta fue desestimada de nuevo por resolución del INSS, en la que se detallan todos los periodos cotizados y se especifica que no cabe computar los días de vacaciones retribuidas y no disfrutadas porque en la fecha del hecho causante era pensionista de incapacidad permanente total.

Para la Entidad gestora tampoco sirve para acreditar el periodo mínimo de cotización exigido el servicio Social Sustitutorio, ya que no está contemplado en el artículo 208 LGSS. En este sentido, la demandante había aportado certificado del Ministerio de Hacienda en el que consta que aquella se incorporó al "Servicio Social de la Mujer" el día 1 de abril de 1968, terminando el mismo y expidiéndose certificado ordinario de la prestación el 9 de mayo de 1968, obteniendo además una bonificación de 100 días.

Contra la citada resolución administrativa, la interesada interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, que dictó sentencia con fecha 17 enero de 2017, estimando la pretensión de la actora y reconociendo el derecho de esta a acceder a la pensión de jubilación anticipada, condenando al INSS a su abono desde la fecha del hecho causante.

Contra la anterior sentencia, la representación letrada del INSS formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia en fecha 15 de junio de 2017, recurso 2308/2017, estimando el recurso de suplicación que formula el INSS y revocando la resolución de instancia.

Contra dicha sentencia, la representación de la trabajadora interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 11 de octubre de 2016.

2. Sentencia recurrida y sentencia de contraste

La sentencia recurrida, dictada por el TSJ de Cataluña, de 15 de junio de 2017 (rec. 2308/2017), estimó el recurso de suplicación presentado por la Entidad Gestora, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, que reconocía el derecho de la demandante a acceder a la pensión de jubilación anticipada.

La sentencia entendió que ninguna de las disposiciones que regulaban el denominado servicio social de la mujer española, durante el tiempo que reclama, asimilaban tal periodo al trabajo por cuenta ajena, ni contemplaron obligación alguna de las autoridades competentes en orden a la supuesta afiliación, alta o cotización, a

cualquier sistema de cobertura pública o privada, por lo que “es claro que si durante el periodo en que la actora realizó dicha prestación social obligatoria nunca estuvo comprendida dentro del ámbito de cobertura de cualquier sistema público de previsión social, no puede reconocérsele dicho periodo a efectos de cálculo del porcentaje de la prestación de jubilación que tiene reconocida”. En consecuencia, al no proceder el cómputo de dicho periodo como asimilado al de cotización, no se puede reconocer la pensión de jubilación anticipada que reclama.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 11 de octubre de 2016 (rec. 1821/2016), desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal del INSS frente a la sentencia de 28 abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Donostia/San Sebastián, en reclamación de jubilación anticipada.

Consta en dicha sentencia que la actora solicitó pensión de jubilación anticipada que le fue denegada, ante lo cual interpuso reclamación previa que fue desestimada por el INSS por entender que le faltaban 19 días de cotización, no computando el periodo alegado como Servicio Social de la Sección Femenina, al considerar que no tenía cabida en el entonces vigente artículo 161 bis 2 c) LGSS de 1994^[1].

La sentencia de contraste entendió que bajo la expresión “prestación social sustitutoria” cabe entender incluido el periodo de trabajo obligatorio efectuado por las mujeres al amparo del Servicio Social creado por Decreto de 7 de octubre de 1937 y reglamento de desarrollo aprobado por Decreto de 28 de noviembre de 1937, con sus modificaciones aprobadas por decretos de 31 de mayo de 1940 y de 9 de febrero de 1944, vigente hasta el 1 de septiembre de 1978, en que entró en vigor el Real Decreto 1914/1978, de 19 de mayo, que lo suprimió. La sala se basa en que dicha normativa lo configuró “como un deber nacional de las mujeres españolas de 17 a 35 años, que mientras lo cumplían se consideraban empleadas en el servicio inmediato a España (art. 2 del Reglamento), con un régimen jurídico equiparable en parte al de los varones al servicio de las armas (art. 4 y 5 del reglamento), viniendo a cumplir, por tanto, para las mujeres, una función sustitutoria del servicio militar obligatorio de los varones”.

A favor de la equiparación como días cotizados del citado periodo con el servicio militar de los hombres, a efectos del cumplimiento del periodo mínimo de cotización, juega el hecho de que se trata como aquel de un periodo de trabajo activo prestado al Estado, en beneficio y por orden de este, excluido legalmente de cotización. Siendo evidente la similitud de ambas situaciones, debe operar la finalidad protectora que se pretende con ese cómputo como días cotizados.

Por último, la lectura de la norma en términos compatibles con la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo refuerza esta interpretación.

IV. Posición de las partes

La parte actora es una trabajadora que había prestado el denominado Servicio Social de la Mujer entre el 1 de abril al 9 de mayo, habiendo obtenido además una bonificación de 100 días, y que pretende que el mismo le sea computado para completar el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la pensión de jubilación anticipada.

La parte demandada es la Entidad gestora (INSS), que deniega la prestación solicitada por entender que la actora no acredita la carencia requerida para acceder a la pensión de jubilación anticipada, sin que pueda ser tenido en cuenta como asimilado a estos efectos el servicio social sustitutorio, ya que esta situación no está contemplada en el artículo 208 LGSS.

V. Normativa aplicable al caso

Para enmarcar jurídicamente la cuestión debatida la Sala Cuarta del Tribunal Supremo toma en consideración las siguientes normas:

- Directiva 79/7 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, en particular, su artículo 1 (sobre aplicación progresiva dentro del ámbito de la seguridad social, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres), y artículo 4. Este último precepto, en su apartado 1, señala que “El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a: el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones; el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones”. En su apartado 2, dispone que “el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad”.
- Constitución española: Artículo 14: “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.
- LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres- LOIEMH: Artículos 1, 3, 4, 6 y 15:
 - Artículo 1. Objeto de la Ley: “1. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, (...), en cualesquiera de los ámbitos de la vida (...), para (...) alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.
 - Artículo 3. Principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres: “El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres 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”.
 - Artículo 6. Discriminación directa e indirecta. “1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. 2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.
 - Artículo 15. Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres: “El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos...”.

- LGSS (Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre):
 - Artículo 2. principios y fines de la Seguridad Social. “1. El sistema de la seguridad Social (...), se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad”.
 - Artículo 208. Jubilación anticipada por voluntad del interesado, en particular, su apartado 1 b) último párrafo- “Acreditar un periodo mínimo de cotización... A estos exclusivos efectos solo se computará el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año”.
- Decreto número 378, de 11 de octubre de 1937: Arts. Primero y cuarto y Exposición de motivos.
 - Artículo primero: “Se declarará deber nacional de todas las mujeres españolas comprendidas en edad de diez y siete a treinta y cinco años la prestación del “Servicio Social”. Consistirá este en el desempeño de las varias funciones mecánicas, administrativas o técnicas precisas para el funcionamiento y progresivo desarrollo de las instituciones sociales...”;
 - Artículo cuarto. “El “Servicio Social” tendrá una duración mínima de seis meses. Este tiempo habrá de ser cumplido, a voluntad de la obligada a prestarlo, bien de manera ininterrumpida o por fracciones espaciadas a lo largo del plazo máximo de tres años. En todo caso, ninguna de estas fracciones será de duración inferior a un mes de servicio consecutivo”.
 - Exposición de Motivos: “... Hasta hoy, sólo el servicio militar obligatorio cumplía estos fines mediante la movilización de todos los hombres aptos para el manejo de las armas. Futuras medidas de gobierno ensancharán en España la extensión e intensidad de esta prestación varonil a los designios del estado. Respecto de la mujer nada había sido establecido hasta el día. Quedaba, pues, apartada del servicio inmediato de la Patria y del Estado, los cuales no recibían el caudal de colaboraciones y esfuerzos que la mujer española puede proporcionarles en abundancia y rectitud. A remediar esta situación tiende el presente Decreto, inspirado en el propósito de que toda nuestra energía y potencia nacionales se ponga en tensión para un rápido resurgimiento del Estado Español.

VI. Doctrina básica

1. El servicio militar como periodo asimilado a cotizado y su aplicación a los distintos regímenes del sistema

El art. 208 LGSS, que, como se ha indicado, regula la jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada, en su apartado 1, establece los requisitos exigidos para el acceso a la misma, siendo estos los tres siguientes: a) Tener cumplida una edad que resulte inferior en dos años, como máximo, a la edad legal que en cada caso resulte de aplicación, sin que a estos efectos, resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el artículo 206; b) acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de treinta y cinco años, sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta la parte proporcional de las pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año; c) el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los sesenta y

cinco años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada.

El servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria, solo computa para la jubilación anticipada, tanto por causa no imputable a la persona trabajadora (art. 207.1 c) LGSS), como voluntaria (ex art. 208 LGSS). El tiempo máximo a computar sería de 12 meses y, exclusivamente, a los efectos de acreditar el periodo mínimo de carencia exigido en cada modalidad, que es de 35 y 33 años, según se trate de cese voluntario o involuntario, respectivamente. Del mismo modo, de acuerdo con la LGSS, dicho periodo también resulta computable a efectos de acreditar un periodo mínimo de cotización de 33 años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial (art. 215 LGSS). Sin embargo, sigue sin ser computable para la jubilación ordinaria tal y como se contempla en la D.A. 28ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, al haber sido aplazada la aprobación de un marco reglamentario que lo permita por las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado aprobadas hasta la fecha^[2].

En cuanto al ámbito de aplicación personal del precepto objeto de litigio en el presente recurso de casación- el art. 208 LGSS- hay que considerar que se extiende a las personas trabajadoras por cuenta ajena integradas en el RGSS, y también, de acuerdo con la propia LGSS, a las encuadradas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (art. 318 d) LGSS) y en el Régimen Especial de la Minería del Carbón (D.A. 1ª LGSS). Asimismo, la D.T. 5ª LGSS regula el acceso a la jubilación anticipada en los supuestos de pluriactividad, en los que se haya cotizado a varios regímenes del sistema de la Seguridad Social, pero el interesado no reúna todos los requisitos exigidos para acceder a la pensión en ninguno de ellos.

De otro lado, la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo pesquero, reconoce el derecho a la pensión de jubilación en los mismos términos y condiciones previstos en el RGSS o en el RETA (art. 30).

En lo que se refiere al Régimen de Clases Pasivas, ante todo, debe tenerse en cuenta que este integra a los funcionarios Civiles del Estado hasta el 31 de diciembre de 2010, ya que a partir de esa fecha, este colectivo pasa a integrarse en el RGSS a efectos de la jubilación (D.A. 3ª LGSS) y, por tanto, el régimen de Clases Pasivas se encuentra en un proceso de extinción paulatina.

Por lo que respecta al reconocimiento del servicio militar a efectos de este régimen, el Real Decreto 670/1978, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, en su artículo 32, habla de la consideración como servicios prestados del tiempo que exceda de los periodos obligatorios.

Para determinar lo que se considera como “servicio militar obligatorio”, el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, reenvía a la legislación castrense, que, en este caso, es el art. 24 de la LO 13/1991, de 24 de enero, que lo fija en 9 meses.

Para beneficiarse de este periodo de cotización ficticio, es necesario tener la condición de funcionario con independencia del régimen de cobertura de Seguridad Social (Clases pasivas o Régimen General), debiendo distinguirse dos supuestos:

- Cuando ya era funcionario al incorporarse al servicio militar, la situación en la que quedó el funcionario fue de servicios especiales y, por tanto, se le reconoce todo el tiempo que estuviera en el servicio militar (el obligatorio y el exceso) a efectos de derechos pasivos tal y como se regula en el art. 29.2 párrafo tercero de la ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública. Igualmente, y a los mismos efectos, se debe entender que la prestación social sustitutoria, debe ser computada a todos los efectos como servicios efectivos al Estado y, por consiguiente, le debe ser de aplicación los beneficios y prestaciones establecidas en la Ley de Clases Pasivas.

- Cuando se adquiriera la condición de funcionario posteriormente a la prestación del servicio militar, solo el tiempo de prestación que exceda del obligatorio, aplicando la Ley de Clases Pasivas del Estado, y la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos a la Administración Pública, debe considerarse como servicio efectivo al Estado, y por tanto, computarse para el reconocimiento y cálculo de la pensión de Clases pasivas o de Seguridad Social.

En suma, los funcionarios de carrera que ya tuvieran tal condición al incorporarse al servicio militar, se le computa dicho periodo a efectos de cotización y a aquellos que adquirieron tal condición posteriormente al cumplimiento del servicio militar solo se le computa el exceso del periodo obligatorio a estos efectos.

2. El servicio social femenino

El Servicio Social femenino que inicialmente se organizó por la Sección Femenina de la Falange Española, trataba de jugar un papel similar al servicio militar obligatorio (SMO: “la mili”) establecido para los hombres. Se trataba de una prestación también obligatoria- “un deber nacional” para las mujeres entre 17 y 35 años, siempre que estuviesen solteras, que quisieran acceder a un trabajo remunerado o a un título académico u oficial, pero también se exigía para unirse a una asociación, obtener el pasaporte o el carné de conducir.

El Real Decreto 1914/1978, de 19 de mayo, suprimió la obligatoriedad de este servicio. Las labores del servicio social femenino iban desde la colaboración en hospitales hasta la ayuda en orfanatos o comedores infantiles, pasando por el auxilio en los trabajos realizados en las bibliotecas. Usualmente se trataba, a diferencia de “la mili” de los hombres, de una actividad a tiempo parcial y en un centro próximo al domicilio de la ciudadana y, generalmente, con una duración entre 3 y 6 meses.

La Ley de la Seguridad Social no reconoce ningún efecto al tiempo que las mujeres dedicaron al servicio social al contrario que para el supuesto de servicio militar (o prestación sustitutoria) que sí reconoce el cómputo de como máximo un año en el caso de las jubilaciones anticipadas para el cumplimiento de la carencia especial de estas modalidades de jubilación (33 o 35 años, según la modalidad de jubilación anticipada de que se trate).

El defensor del Pueblo ha reclamado una modificación legislativa “a la vista de la jurisprudencia y de la interpretación dada por los tribunales sobre la equiparación entre el Servicio Social Femenino y el servicio militar” a efectos de su cómputo para el reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Social, mostrando su disconformidad con la actual regulación a la que considera discriminatoria. Critica, asimismo, que pese a la similitud de ambas situaciones y a la doctrina judicial favorable a su equiparación, el INSS siga sin aplicar esta interpretación obligando a las mujeres a recurrir las resoluciones por discriminación.

3. La integración de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las normas

La igualdad entre mujeres y hombres es un derecho fundamental, que tiene un reconocimiento formal tanto en el ámbito internacional^[3], en el europeo^[4], y por supuesto, en el interno (arts. 9.2 y 14 CE; art 3 LOIEMH^[5], entre otras); pero que sigue sin ser una realidad material. Para la consecución de la efectividad de este derecho, resulta esencial la Educación, pero también la Justicia.

En efecto, en su construcción histórica, el Derecho se ha impregnado de los estereotipos de género imperantes en la sociedad. La superación de los mismos exige la adopción de un método crítico de conocimiento de la norma jurídica, tanto sustantiva como procesal, así como de expresión en las resoluciones, que evite contribuir a su perpetuación.

Como señala el propio Consejo del Poder Judicial, interpretar con perspectiva de género “exige del Poder Judicial razonar con una lógica distinta de las épocas pasadas y que resulte útil para remover los obstáculos que dificultan la igualdad efectiva”^[6].

En este sentido, la aplicación de la perspectiva de género como método jurídico de análisis “requiere constatar la existencia de una relación desequilibrada de poder, se ha de identificar a la persona que se encuentra en situación de desigualdad por razón de género y valorar la posible adopción de medidas especiales de protección”^[7].

Además, la mirada de la realidad y de las normas desde la perspectiva de género viene reclamada por nuestra más reciente legislación, en la línea marcada por la Ley de Igualdad que ya la preveía expresamente en diversos preceptos, e impuesta por la ratificación del Convenio de Estambul.

En esa labor cobra especial relevancia el principio de igualdad como criterio de interpretación y de decisión. El artículo 4 de la Ley de Igualdad (LOIEMH) eleva “la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (a) principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

Tal criterio hermenéutico ha sido ya incorporado, desde hace más de diez años, a diversas sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, como recuerda la propia sentencia analizada en su fundamento jurídico séptimo^[8] y también por parte de los Tribunales Superiores de Justicia.

Asimismo, repercute directamente sobre los criterios de interpretación recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil español conforme al que “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

VII. Parte dispositiva

La STS 338/2020, de 6 de febrero, estima el recurso de casación interpuesto, casa y anula la sentencia recurrida, en el recurso de suplicación interpuesto en representación del INSS frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, de 17 de enero de 2017, resolviendo el debate de suplicación, en el sentido de desestimar el recurso y declarar la firmeza de la sentencia de instancia.

VIII. Pasajes decisivos

En tanto el artículo 208.1 b), último párrafo, de la LGSS reconoce, a efectos de acreditar el periodo mínimo de cotización para acceder a la jubilación anticipada, el de prestación del servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria con el límite máximo de un año, no hay norma alguna que considere como periodo cotizado, a dichos efectos, el periodo de prestación del “Servicio Social de la Mujer”.

No cabe argüir que a las mujeres no se les podía reconocer dicho derecho ya que no realizaban el servicio militar.

La obligatoriedad de la realización del servicio se establece tanto para los hombres- artículo 1 de la Ley 55/1968, de 27 de julio (...)- cuanto para las mujeres – “Servicio Social de la Mujer”- artículo primero del Decreto número 378 de 11 de octubre de 1937(...)

En ambas normas se configura como “deber” tanto la prestación del servicio militar como la prestación del “Servicio Social de la Mujer”.

La finalidad de ambas prestaciones es similar (...)

En ninguna de las dos prestaciones hay obligación de cotizar a la Seguridad Social.

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

IX. Comentario

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo analiza el caso de una mujer que había solicitado la jubilación anticipada y que le fue denegada por el INSS por faltarle siete días para cumplir el periodo mínimo de cotización exigido. En primera instancia, un Juzgado Social de Barcelona sí le dio la razón y le reconoció su derecho a acceder a la jubilación anticipada. Con posterioridad, el TSJ de Cataluña revocó dicha sentencia, estimando el recurso del INSS, al considerar que el tiempo que la actora estuvo cumpliendo el Servicio Social de la Mujer no comportaba obligación por parte de las autoridades competentes en orden a una supuesta afiliación, alta o cotización.

La sentencia comentada parte de la constatación de la existencia de una desigualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, pues mientras que a los hombres que deseen acceder a la jubilación anticipada por cese voluntario, el artículo 208.1 b) LGSS les reconoce como asimilado a cotizado para completar el periodo mínimo de cotización exigido el de prestación del servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria con el límite máximo de un año, no hay norma alguna en nuestro ordenamiento que considere como periodo cotizado, a dichos efectos, el periodo de prestación del “Servicio Social de la Mujer”.

Tras analizar la normativa reguladora de ambas prestaciones sociales, la Sala Cuarta, del Tribunal Supremo, comprueba que ambos servicios al Estado español se configuraban como “deber”, siendo también su finalidad similar, tal y como resulta de la propia comparación que se realizaba entre tales prestaciones en la Exposición de motivos del Decreto número 378 de 11 de octubre de 1937, reguladora del “Servicio Social de la Mujer”.

Igualmente las dos prestaciones tienen en común que en ninguna de ellas hay obligación de cotizar. Sin embargo, dado que el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria mencionada en el art. 208.1 b) LGSS, solo lo realizaban los hombres, se está reconociendo un periodo no cotizado, a efectos de la jubilación anticipada, únicamente a los hombres.

Ante ello, el Alto Tribunal considera que, en virtud del artículo 4 de la LO 3/2007, el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y ha de ser observado en la interpretación de las leyes. Por ello, no cabe hacer una interpretación “rígidamente literal” del artículo 208.1 b) LGSS, ya que la misma conduciría a violar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social, proclamado en la normativa europea- artículo 1 y 4 de la Directiva 79/7 del Consejo, de 19 de diciembre de 1978- y en la normativa interna- artículos 1, 4 y 6 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y 2.1 de la LGSS.

Concluye la Sentencia afirmando que dicha interpretación con perspectiva de género conduce a entender que el periodo de prestación del “Servicio Social de la mujer” ha de tomarse en consideración, a efectos del acceso a la jubilación anticipada, en la misma forma en la que se tiene en cuenta, a dichos efectos, el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria. En consecuencia, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por la trabajadora frente al INSS y declara la firmeza de la sentencia de instancia.

X. Apunte final

Como en otras sentencias anteriores, mencionadas en su fundamento jurídico séptimo, la aplicación de la perspectiva de género, permite a la Sala Cuarta del

Tribunal Supremo “razonar con una lógica distinta a la de épocas pasadas” en la interpretación de las normas para remover los obstáculos que dificultan la igualdad efectiva.

En el presente caso, la Sala admite que en nuestro ordenamiento no hay norma alguna que considere cotizado a efectos de alcanzar el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la jubilación anticipada, el periodo de prestación del Servicio Social de la Mujer. Pero añade que la aprobación de la LOIEMH (LO 3/2007) persigue la igualdad efectiva de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, y que el principio de igualdad de trato es un principio informador del ordenamiento jurídico que debe integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

En definitiva, no se trata de favorecer a la mujer, sino de impartir justicia libre de estereotipos de género para poder conseguir la igualdad real y efectiva. Ello solo es posible con el análisis detallado de cada caso, determinando si existe una discriminación y aplicando la ley correctamente.

Referencias:

1. [^] *El artículo 161 bis c) del hoy derogado Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, regulaba los requisitos de acceso a la jubilación anticipada por voluntad del interesado, siendo su precepto equivalente en la actual regulación el artículo 2017 LGSS (RD Legislativo 8/2015).*
2. [^] *El último aplazamiento se debe a la Disposición Adicional quincuagésima tercera de la Ley 6/2018, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, que se encuentran actualmente prorrogados,*
3. [^] *Entre las más recientes, destaca el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011, que entró en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2014.*
4. [^] *En el ámbito europeo, la igualdad entre hombre y mujeres constituye un principio fundamental de la Unión, recogido en Tratado de la Unión Europea (art. 3.3); el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art.153.1, letra i) y 157), y, muy especialmente, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE –la “Carta”– (art. 23 y 33). A escala de la UE hay varias Directivas en materia de igualdad de género y condiciones de trabajo y en material de seguridad social (por ejemplo, Directiva 79/7 del Consejo, de 19 de diciembre de 1978).*
5. [^] *LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.*
6. [^] *CGPJ, Guía Práctica de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, 2016, p. 288.*
7. [^] *AVILÉS PALACIOS, L. “Juzgar con perspectiva de género. Por qué y para qué.”, 2017, consultable en: <http://www.mujeresjuezas.es/2017/08/29/juzgar-con-perspectiva-de-genero-por-que-y-para-que/>(fecha de consulta: 10/03/2020).*
8. [^] *Sentencia de 21 de diciembre de 2009, recurso 201/2009, en la que a una trabajadora del RETA, se le computó como cotizados, asimilados por parto, los 112 días de bonificación establecidos en la Disposición Adicional Cuadragésimo Cuarta (DA 44ª) de la LGSS; sentencia de 26 enero de*

2011, recurso 4587/2009, concediendo pensión de viudedad a mujer divorciada, sin pensión compensatoria, víctima de violencia de género y sentencia de 13 de noviembre de 2019, recurso 75/2018, reconociendo el derecho de los trabajadores puestos a disposición por una ETT a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria.