

Octubre 2016

UN REFORZAMIENTO DE LA COBERTURA SOCIAL DE LA MATERNIDAD Y DE LA CONCILIACIÓN FAMILIAR

(Con ocasión de las SSTs de 14 de junio y 20 de julio,
ambas de 2016, RCU 1733/2015 y 568/2015)

José Antonio Panizo Robles

Administrador Civil del Estado

Miembro del Instituto Europeo de Seguridad Social

Sumario

- I. Comentarios introductorios
- II. La aplicación del beneficio del período de cotización por parto
 - 1. Síntesis de la STS de 14 de junio de 2016
 - 2. La aplicación del beneficio de cotización en los supuestos de parto
- III. Los efectos en la cotización a la seguridad social de los períodos de excedencia por cuidado de hijo, menor u otros familiares
 - 1. Síntesis del supuesto enjuiciado en la STS de 20 de julio de 2016
 - 2. La aplicación de los beneficios en la cotización por los periodos de excedencia o de reducción de jornada, por cuidado de hijo, menor o familiar

I. COMENTARIOS INTRODUCTORIOS

1. En los últimos meses, el Tribunal Supremo (TS) ha dictado dos sentencias (las de [14 de junio de 2016 –RCUD 1733/2015–](#) y [20 de julio de 2016 –RCUD 568/2015–](#)) que suponen un avance en la cobertura social de la maternidad y de las situaciones de conciliación familiar, asociadas a la misma, en cuanto suponen una interpretación de la legislación de la Seguridad Social en un sentido favorable para esa cobertura, frente a la interpretación más rígida que se venía efectuando por la Administración de la Seguridad Social, interpretación que, en el caso de la [STS de 20 de julio de 2016](#), tenía su respaldo en una disposición reglamentaria que considerada por el Alto Tribunal como nula por «ultra vires» y, por tanto, inaplicable.

2. A través de la primera de las sentencias citadas ([STS de 14 de junio de 2016](#)), el TS declara de aplicación el beneficio de cotizaciones, a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, por un total de 112 días por cada parto de un solo hijo (y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple), establecido por la disposición transitoria cuadragésima cuarta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por [Real Decreto Legislativo 1/994, de 29 de junio –TRLGSS/94–](#) (precepto que, en la actualidad, habrá que referirlo al [art. 235](#) del nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por [Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre –TRLGSS–](#)), aún en los casos en que el nacimiento de los menores se hubiese producido en el extranjero, frente a la pretensión de la Administración de limitar ese beneficio en los supuestos de que el parto se hubiese producido en España.

3. A su vez, mediante la [STS de 20 de julio de 2016](#), se aclara el alcance de la disposición transitoria séptima de la [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en relación con la consideración como cotizado a la Seguridad Social del periodo de excedencia por cuidado de hijo/menor o familiar, regulado en el artículo 180 del [TRLGSS/94](#) (en la actualidad, [art. 237 TRLGSS](#)), por cuanto el citado beneficio, a juicio del TS, ha de resultar de aplicación en todos los supuestos de prestaciones que se hayan causado, a partir de la vigencia de la [Ley Orgánica 3/2007](#) (24 de marzo de 2007), con independencia de que las situaciones de excedencia se hubiesen producido con anterioridad a dicha fecha, saliendo al paso de la regulación contenida en la disposición transitoria segunda del [Real Decreto 295/2009](#), que desarrolla, en materia de Seguridad Social, la ley anterior, que condicionaba esa aplicación a que la situación de excedencia hubiese nacido con posterioridad a dicha fecha o que, en todo caso, los periodos de descanso se hubiesen disfrutado a partir de la misma, si las situaciones habían nacido previamente, declarando «ultra vires» –por contradecir una disposición de rango superior– el precepto reglamentario.

Para una mejor comprensión del alcance de los dos fallos del TS, se analizan por separado cada uno de ellos.

II. LA APLICACIÓN DEL BENEFICIO DEL PERÍODO DE COTIZACIÓN POR PARTO

1. SÍNTESIS DE LA STS DE 14 DE JUNIO DE 2016

1.1. Por la interesada, se solicita ante la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en Pontevedra la declaración de la situación de incapacidad permanente (IP), siendo declarada en el informe del Equipo de Valoración de la Incapacidad (EVI) como afecta de la situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, si bien se deniega –mediante Resolución de 23 de junio de 2010– la correspondiente prestación, al no reunirse el periodo mínimo de cotización exigido, siéndole computados 112 días, por el nacimiento de uno de sus hijos nacidos en Pontevedra, y sin que se computara el correspondiente al parto de otro hijo, nacido en Francia (que, en caso de cómputo, daría lugar a la acreditación del periodo mínimo de cotización requerido).

Tras la desestimación de la reclamación previa formulada (mediante Resolución del 13 de septiembre de 2010), se presenta la correspondiente demanda ante la jurisdicción social.

1.2. La demanda es resuelta por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Pontevedra, por Sentencia de 12 de junio de 2012 (aclarado por Auto de 30 de abril de 2013), a través de la que se estima la misma, al entender el juzgador de instancia que, a efectos del acceso a la prestación de IP, debía ser computado el periodo de 112 días por el nacimiento de un hijo, aunque el parto se hubiese producido en el extranjero, reconociendo a la demandante en situación de IP en el grado de total para la profesión habitual, con el derecho a la correspondiente prestación económica.

1.3. La sentencia de instancia es recurrida en suplicación por el INSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia, la cual, con fecha 13 de marzo de 2015, dicta sentencia desestimando el recurso presentado, al entender que, en razón de la finalidad de la [Ley Orgánica 3/2007](#), así como la obligación que pesa sobre los poderes públicos para establecer medidas de protección social en favor de los españoles no residentes en España, el beneficio de cotización de 112 días, por parto, ha de ser aplicado a todas las mujeres trabajadoras de nacionalidad española, aun cuando el nacimiento se hubiese producido en el extranjero (en el caso enjuiciado, en Francia).

1.4. Contra la STSJ de Galicia, la representación de la Administración de la Seguridad Social formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, de 22 de abril de 2013, para la que la situación que se pretende proteger (la ausencia de cotización, durante el tiempo del parto y periodo

inmediatamente posterior) ha de haberse producido en territorio español, recurso que es resuelto en la forma indicada en el apartado I.

2. LA APLICACIÓN DEL BENEFICIO DE COTIZACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE PARTO

2.1. Dentro de las medidas de «acción positiva», la [Ley Orgánica 3/2007](#) incorporó en el [TRLGSS/94](#) una nueva disposición adicional –la cuadragésima cuarta–, mediante la cual se establecía un beneficio adicional, en favor de las mujeres y con efectos en las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, consistente en reconocer como cotizado a la Seguridad Social un periodo de 112 días por cada hijo nacido (y 14 días adicionales, en caso de parto múltiple, a partir del segundo), salvo que, en razón de su inclusión en la Seguridad Social en la fecha del parto, la interesada ya tuviese derecho a ese periodo de cotización¹.

La aplicación de este beneficio tiene lugar a partir del 24 de marzo de 2007 (fecha de entrada en vigor de la [Ley Orgánica 3/2007](#)) y el periodo de 112 días (o el que corresponda) surte efectos² para la acreditación del periodo de cotización exigido para las pensiones de jubilación y, en su caso, de IP, así como para la determinación de la cuantía de la prestación³.

2.2. En relación con la aplicación del beneficio del «periodo de cotización por parto» han surgido dos cuestiones: de una parte, el régimen de Seguridad Social de aplicación y, de otra, si ese beneficio era de aplicación en los casos en que el parto se hubiese producido en el extranjero.

Respecto de la primera cuestión, del contenido de la legislación vigente queda claro que el beneficio de la cotización «ficticia» por parto no se aplica al Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado, por cuanto la modificación de la [Ley Orgánica 3/2007](#) solo se extendió al ordenamiento de la Seguridad Social, sin que en la normativa de ese Régimen Especial se incorporase el mencionado beneficio de la cotización⁴. No obstante, esta exclusión el periodo de cotización por parto puede ser objeto de aplicación, aunque la pensión se reconozca en el Régimen de Clases Pasivas, cuando entra

¹ La práctica administrativa considera como partos (con los efectos señalados) a los abortos de 6 meses y los hijos fallecidos antes del entero desprendimiento del seno materno.

² Para la Administración, el beneficio de la cotización por parto no sirve para determinar la condición de trabajador «mutualista», ni para la aplicación de la escala de abono de años y días, según edad a 1 de enero de 1967, previsto en la [Orden de 18 de enero de 1967](#).

³ A efectos de la determinación de la cuantía de la pensión, la ubicación en el tiempo de los días asimilados a cotizados se realiza en el periodo inmediatamente posterior a la fecha del parto, y se atribuye al régimen de Seguridad Social que reconozca la pensión.

⁴ Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por [Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril](#).

en funcionamiento el mecanismo del «cómputo recíproco de cotizaciones»⁵ y la interesada acredita cotizaciones en otro Régimen de Seguridad Social, en cuyo caso, la Administración de la Seguridad Social ha de certificar los periodos de cotización por parto que corresponda.

2.3. A su vez, surgía el problema si el beneficio de cotización ficticia era de aplicación no solo a las pensiones del sistema de Seguridad Social (con la particularidad del Régimen de Clases Pasivas del Estado), sino también en el caso de las pensiones del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), teniendo en cuenta que la dicción literal de la citada disposición adicional 44.^a del TRLGSS/94 se refería a la aplicación del beneficio a «cualquier régimen de Seguridad Social», lo que llevó a la Administración a considerar que del mismo quedaba excluido el SOVI, posición contra la que reacciona el TS ([STS de 21 de diciembre de 2009](#), [RCUD 426/2009](#)) para el que la expresión anterior no puede ser interpretada en una literalidad estricta y con el tecnicismo propio de la normativa de Seguridad Social (que preserva esta denominación para el sistema de protección nacido a partir de 1967), sino teniendo en cuenta la finalidad de la disposición, lo que lleva a declarar aplicable el beneficio a las pensiones SOVI, al no constar su exclusión expresa en la citada disposición adicional⁶.

A su vez, otra de las cuestiones debatidas respecto de la cotización por parto venía consistiendo en si para la aplicación de dicho beneficio era o no necesario que el parto se hubiese producido en España, disyuntiva que la Administración de la Seguridad Social venía interpretando en forma positiva, de modo que solo se tenían en cuenta los partos producidos en territorio español, considerando cumplida esa exigencia si el parto, aún producido en el extranjero, hubiese tenido lugar durante una estancia temporal fuera de España de la madre, siempre que en esa fecha fuese residente habitual en España.

La controversia es resuelta en la [STS de 14 de junio de 2016](#), en favor de la aplicación del beneficio del periodo de cotización por parto, aunque el mismo se hubiese producido en el extranjero, considerando que la disposición adicional 44.^a del TRLGSS/94 (actual [art. 235 TRLGSS](#)) no condiciona el nacimiento del derecho al lugar en que se produjera el parto, de modo que el reconocimiento de los días asimilados a cotizados trae su origen en un hecho cierto –el parto–, sin que la ley delimite la clase del parto o el lugar en que se produce, regulación coherente con la finalidad de la [Ley Orgánica 3/2007](#), al incorporar una serie de disposiciones encaminadas a flexibilizar la exigencia de cotización con el objetivo de facilitar a las mujeres el acceso a las prestaciones por maternidad y de otro tipo, incrementando –entre otras cuestiones– la «carrera de cotización», cuando no ha habido esa protección.

2.4. En síntesis, para el TS el beneficio de la suma de los días cotizados por parto, conforme al contenido de la legislación de Seguridad Social, la aplicación del aforismo «donde la ley no distingue, no se debe distinguir» y la finalidad perseguida con el establecimiento del correspondiente

⁵ Real Decreto 691/1991, de 12 de abril.

⁶ Los criterios de la STS de 21 diciembre 2009 se reiteran, entre otras, en las SSTS de [7 de diciembre 2012](#) ([RCUD 852/2012](#)), [12 de diciembre de 2011](#) ([RCUD 589/2011](#)), [14 de diciembre de 2011](#) ([RCUD 1640/2011](#)) o [18 de mayo de 2012](#) ([RCUD 4187/2011](#)).

beneficio, se condiciona únicamente a dos supuestos: que se haya producido un parto y que la prestación solicitada tenga un hecho causante a partir del 24 de marzo de 2007, pero no a la vigencia del régimen en que se causa aquella o el lugar en que se haya producido el nacimiento.

III. LOS EFECTOS EN LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS PERÍODOS DE EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO, MENOR U OTROS FAMILIARES

1. SÍNTESIS DEL SUPUESTO ENJUICIADO EN LA STS DE 20 DE JULIO DE 2016

1.1. En el caso enjuiciado en la [STS de 20 de julio de 2016](#), la interesada había disfrutado de un periodo de excedencia por cuidado de hijo menor desde el 5 de diciembre de 2004 hasta el 7 de mayo de 2007. A partir de dicha fecha, y hasta marzo de 2011, vino prestando servicios en régimen de reducción del 40% de la jornada ordinaria, con la consiguiente reducción proporcional de sus retribuciones.

1.2. Como consecuencia de las dolencias padecidas, por la Dirección Provincial en Sevilla del INSS—y con efectos de 4 de marzo de 2011—se declaró a la interesada en situación de IP, en el grado de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común para su profesión habitual de auxiliar de clínica, con derecho a la respectiva prestación económica, cuya base reguladora fue reconocida teniendo en cuenta las cotizaciones reales efectuadas por la interesada, sin que se considerase como cotizado a la Seguridad Social el segundo año de excedencia por cuidado de hijo, conforme a las previsiones del artículo 180 del [TRLGSS/94](#)—en la redacción dada por la [Ley Orgánica 3/2007](#)—(en la actualidad, [art. 237 TRLGSS](#)), al amparo de las previsiones de la disposición transitoria 7.^a 3⁷ de la [Ley Orgánica 3/2007](#) y la disposición transitoria segunda⁸ del [Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo](#), de desarrollo, en materia de Seguridad Social, de la ley mencionada, dado que las situaciones de excedencia se habían producido antes del 24 de marzo de 2007 (y, en dicha época, esa cotización «ficticia» solo era de aplicación al primer año del periodo de excedencia).

1.3. Tras la desestimación de la reclamación previa, la demanda presentada ante la jurisdicción social es resuelta, con fecha 28 de mayo de 2013, por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Sevilla,

⁷ De acuerdo con la misma, la ampliación del periodo que se considera como cotizado en el apartado 1 del artículo 180 del [TRLGSS/94](#) (actualmente, [art. 237 TRLGSS](#)) y a la consideración como cotizados al 100% de los periodos a que se refieren los apartados 3 y 4 del citado artículo es de aplicación para las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la ley, esto es, a partir del 24 de marzo de 2007.

⁸ La consideración como cotizados al 100% de los periodos a que se refiere el artículo 180.4 del [TRLGSS/94](#) ([art. 237.4 TRLGSS](#)) se aplicará a los periodos de excedencia iniciados a partir de la fecha de entrada en vigor de la [Ley Orgánica 3/2007](#), o transcurridos a partir de este momento si se trata de excedencias iniciadas con anterioridad.

mediante la que se obliga a modificar el cálculo de la base reguladora de la pensión, considerando las cotizaciones correspondientes al segundo año de excedencia por cuidado de hijo, así como incrementando hasta el 100% las cotizaciones efectuadas con reducción de jornada.

La Sentencia del Juzgado de lo Social referido es recurrida en suplicación por el INSS, desestimándose por Sentencia del TSJ de Andalucía/Sevilla de 25 de septiembre de 2014, al considerar que los beneficios incorporados, en materia de cotización a la Seguridad Social, en las situaciones de excedencia por cuidado de hijo, menor u otro familiar, o para los periodos de reducción de jornada, se aplican a las prestaciones causadas a partir del 24 de marzo de 2007 (fecha de entrada en vigor de la [Ley Orgánica 3/2007](#)), con independencia de la fecha en que se hayan producido tales excedencias por cuidado de familiares o el periodo de reducción de jornada, por iguales circunstancias.

1.4. Contra la Sentencia del TSJ de Andalucía anterior, se formula por la Administración de la Seguridad Social recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, conforme a la cual, en aplicación de lo establecido en la disposición transitoria 7.^a de la [Ley Orgánica 3/2007](#) y disposición transitoria 2.^a del [Real Decreto 295/2009](#), los beneficios de mejora en la cotización, en los supuestos de excedencia o por los periodos de reducción de jornada, en ambos casos por cuidado de hijo, menor o familiar directo, establecidos en dicha ley, solamente pueden aplicarse en los casos y por el tiempo en que la excedencia o la reducción de jornada se ha producido a partir del 24 de marzo de 2007 o, habiéndose producido antes, por los periodos que, continuando en excedencia o de reducción de jornada, sean posteriores a la fecha señalada, recurso que es fallado en el sentido indicado en el apartado I.3.

2. LA APLICACIÓN DE LOS BENEFICIOS EN LA COTIZACIÓN POR LOS PERIODOS DE EXCEDENCIA O DE REDUCCIÓN DE JORNADA, POR CUIDADO DE HIJO, MENOR O FAMILIAR

2.1. Dentro de las medidas para favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y en línea con las reformas que se iban incorporando en el ordenamiento comunitario a través de las directivas sobre «permiso parental», la legislación laboral ha ido articulando un conjunto de mecanismos que permiten a tales personas, que se dedican al cuidado de los hijos menores o de otros familiares que precisan de tales cuidados, ausentarse durante un periodo de tiempo de su puesto de trabajo, a través de la excedencia en el mismo, o, en su caso, de una reducción de la jornada, con una minoración proporcional de las retribuciones percibidas.

Ahora bien, tales mecanismos podían suponer de hecho un perjuicio para las personas que se acogían a los mismos, en relación con los futuros derechos de Seguridad Social, bien por la no prestación de servicios o bien por la reducción de las retribuciones, durante el periodo de reducción de jornada, con su efecto en las cotizaciones sociales.

Para evitar estos inconvenientes, la legislación de Seguridad Social, en coordinación con la de carácter laboral, ha previsto unas medidas que palien esos efectos, en orden a considerar como co-

tizado todo o parte del periodo de excedencia por cuidado de hijos u otros familiares, bien computando las cotizaciones realizadas, durante el periodo de reducción de jornada, como si hubiesen sido realizadas en la jornada ordinaria, es decir, con unas retribuciones sin minorar⁹.

2.2. El primero de los mecanismos indicados lo constituye la excedencia por cuidado de familiares¹⁰, regulado en el **artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET)**¹¹ en la forma siguiente:

- a) Se reconoce el derecho de las personas trabajadoras a un periodo de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.
- b) A su vez, tales personas tienen derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valer por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

El periodo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia resulta computable a efectos de antigüedad y el trabajador tiene derecho a la asistencia a cursos de formación profesional. Durante el primer año de excedencia se tiene derecho a la reserva del mismo puesto de trabajo (que, en caso de familia numerosa, se extiende a 15 o 18, según se trate de categoría general o especial); transcurrido dicho plazo, la reserva queda referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente¹².

En estos supuestos, y dentro de las prestaciones familiares de carácter contributivo, el sistema de Seguridad Social (**art. 237 TRLGSS**) prevé que los periodos de excedencia, en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción, tienen la consideración de periodo de cotización efectiva¹³ a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, ma-

⁹ Sobre la excedencia por cuidados familiares, *vid.* PÉREZ ALONSO, M. A.: «La excedencia laboral. Aspectos laborales y de Seguridad Social», *Aranzadi Social*, núm. 10, octubre/2007.

¹⁰ *Vid.* JURADO SEGOVIA, A.: «La excedencia por razones familiares (art. 46.3 ET): puntos críticos», *Actualidad Laboral*, núm. 5, marzo/2012.

¹¹ Texto refundido aprobado por **Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre**.

¹² La excedencia, que puede disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. Si dos o más trabajadores de la misma empresa generan el derecho por el mismo sujeto causante, el empresario puede limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

¹³ Para la determinación de la base reguladora de las prestaciones, por esos periodos de excedencia se fija como base de cotización la correspondiente al promedio de las bases cotizadas durante los 6 meses previos al pase a la situación de excedencia.

ternidad y paternidad¹⁴. De igual modo, se considera como efectivamente cotizado a los efectos de las prestaciones indicadas, el primer año del periodo de excedencia que los trabajadores disfruten, 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 retribuida¹⁵.

2.3. Por lo que se refiere a la reducción de jornada, el **artículo 37.6 del ET**¹⁶ prevé que quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida, tiene derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. Asimismo, ese derecho se extiende a quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida¹⁷.

En estos casos, y para que la reducción de jornada no tenga efectos en los derechos de prestaciones de los interesados, en el TRLGSS (**art. 237**) se prevé que las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del periodo de reducción de jornada (por cuidado de hijo o de persona discapacitada) se han de computar, a los efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo¹⁸.

En el caso de reducción de jornada por cuidado de otros familiares, el incremento se extiende solo al primer año.

¹⁴ Cuando las situaciones de excedencia hayan venido precedidas por una reducción de jornada, a efectos de la consideración como cotizados de los periodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se han de computar incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

¹⁵ El resto del periodo de excedencia, en estos supuestos, tiene la consideración de situación asimilada al alta, a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, salvo en lo que respecta a incapacidad temporal, maternidad y paternidad. No obstante, para las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, se consideran periodos de situación asimilada a la de alta y de cotización efectiva para las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, los de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, de duración no superior a tres años, que disfruten de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.4 del referido Estatuto (disp. adic. 4.ª **RD 295/2009**).

¹⁶ Vid. Ezquerro Escudero, L.: «La reducción de jornada por guarda legal», *Aranzadi Social*, núm. 14, diciembre/2008.

¹⁷ Al igual que sucede en el supuesto de las excedencias, las reducciones de jornada, por motivos de cuidado familiar, constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

¹⁸ Sobre el cálculo de las prestaciones de Seguridad Social durante la reducción de jornada por guarda legal, vid. RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Cálculo de prestaciones de Seguridad Social durante la reducción de jornada por guarda legal», *Actualidad Laboral*, núm. 20, noviembre/2009.

2.4. La problemática que se venía planteado en esta materia derivaba de que la regulación, a efectos de la Seguridad Social, de las situaciones de excedencia/reducción de jornada ha sido de «ampliación paulatina», por lo que era necesario determinar qué regulación se aplicaba, en la determinación de la correspondiente prestación económica, en función del tiempo en que se disfrutó de la excedencia o se redujo la jornada, siempre en razón de la guarda legal o del cuidado de familiares¹⁹.

En este ámbito, no cabe duda de que la **Ley Orgánica 3/2007**²⁰ estableció una mejora sustancial²¹ en la regulación de los beneficios reconocidos en el ámbito de la Seguridad Social respecto de los periodos de excedencia por guarda legal y/o cuidado de hijos o familiares o en los casos de reduc-

¹⁹ En el cuadro siguiente se refleja la evolución de la incidencia, en la Seguridad Social, de los periodos de excedencia por cuidado de hijo menor o discapacitado u otro familiar, o de reducción de jornada debido a guarda legal y/o cuidado de hijos o familiares.

Período de aplicación	Ley que establece el beneficio	Regulación
Hasta 08/01/03	TRLGSS/94	Consideración, como periodo de cotización efectiva, del primer año con reserva de puesto de trabajo del periodo de excedencia de los trabajadores, en razón del cuidado de cada hijo.
08/01/03 – 31/12/03	Ley 40/2003	Igual que el anterior, ampliando el periodo a 15 meses para las familias numerosas.
01/01/04 – 23/03/07	Ley 52/2003	Consideración, como periodo de cotización efectiva, del primer año con reserva de puesto de trabajo del periodo de excedencia en razón del cuidado de cada hijo o de otros familiares.
24/03/07 – 11/01/11	Ley Orgánica 3/2007	Consideración, como periodo de cotización efectiva, de los dos primeros años de excedencia en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, duración de 30 meses, en caso de familia numerosa de categoría general, y 36 meses, si se trata de categoría especial. Consideración, como periodo de cotización efectiva del primer año del periodo de excedencia, 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. Incremento al 100 % de las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años, en los supuestos de reducción de jornada, en razón de cuidado de hijo o familiar dependiente.
12/01/11 – 31/12/12	Ley 39/2010	Además de las indicadas en la Ley Orgánica 3/2007 , el incremento de las cotizaciones realizadas en situación de reducción de jornada, por cuidado de menor que requiera hospitalización, debido a padecer cáncer u otra enfermedad grave «listada».
A partir del 01/01/13	Ley 27/2011	Se considera como cotizado a la Seguridad Social todo el periodo de excedencia por cuidado y guarda legal de hijo o familiar discapacitado.

²⁰ Sobre las modificaciones incorporadas en el ámbito de la Seguridad Social por la **Ley Orgánica 3/2007** *vid.* PANIZO ROBLES, J. A.: «Conciliación personal, familiar y laboral y Seguridad Social (Modificaciones incorporadas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario/2008.

²¹ A través de la disposición adicional decimoctava.

ción de jornada debido a las mismas causas, si bien el apartado 3 de la disposición transitoria séptima de aquella previó que esa ampliación de beneficios sería de aplicación únicamente a las prestaciones que se causasen a partir de la entrada en vigor de aquella, es decir, a partir del 24 de marzo de 2007.

Esta regulación fue completada a través de la disposición transitoria segunda del [Real Decreto 295/2009](#) que supeditaba la aplicación de las novedades introducidas por la [Ley Orgánica 3/2007](#), respecto de la consideración, como cotizados, de los periodos de excedencia o de incremento de las cotizaciones realizadas durante periodos de reducción de jornada, en uno y otro supuesto, por razón de guarda legal y/o cuidado de hijo o familiar, no solo a que las prestaciones correspondientes se causasen con posterioridad al 24 de marzo de 2007, sino que se precisaba, además, que esos periodos se hubiesen iniciado a partir de la indicada fecha o que, al menos, se hubiesen disfrutado a partir de ese momento si se trataba de periodos iniciados con anterioridad.

Por esta razón, en el caso que se enjuicia en la [STS de 20 de julio de 2016](#), la Administración de la Seguridad Social denegó la consideración, como cotizado, del segundo año de excedencia por cuidado de hijo, al haber iniciado y disfrutado la misma con anterioridad a la entrada en vigor de la [Ley Orgánica 3/2007](#) (fue ejercido el derecho en periodo comprendido entre diciembre/2005 y diciembre/2006).

Para el TS toda la problemática se centra en la interpretación de la disposición transitoria séptima de la [Ley Orgánica 3/2007](#), de modo que la aplicación de los beneficios se extiende respecto de las prestaciones que se generen a partir de su entrada en vigor, pero teniendo en cuenta los periodos de excedencia disfrutados, aunque lo fuesen con carácter previo a dicha fecha, considerando la previsión expresa en contrario de la disposición transitoria segunda del [Real Decreto 295/2009](#). La aparente contradicción entre la norma legal y el precepto reglamentario no puede resolverse para el TS a través de la aplicación de la disposición de rango inferior, sino «ignorando» el mismo (que se considera viciada de «ultra vires») y aplicando directamente la disposición legal.

2.5. En conclusión, y conforme al criterio del TS, y respecto de las prestaciones que se hayan causado o se causen a partir del 24 de marzo de 2007, se han de aplicar los beneficios contenidos, actualmente, en el [artículo 237 del TRLGSS](#), con el alcance que se estableció en la disposición adicional 18.^a de la [Ley Orgánica 3/2007](#) –y disposiciones posteriores–, respecto de los periodos de excedencia por cuidado de hijo, persona discapacitada u otro familiar directo (en los términos establecidos en el [art. 46.3 ET](#)), con independencia de la fecha en que se iniciaron los periodos de excedencia o de disfrute de los mismos.

De igual modo, y en cuanto a los periodos de reducción de jornada, en razón de guarda legal y/o cuidado de hijo, menor o familiar (conforme a lo regulado en el [art. 37.6 ET](#)), las cotizaciones efectuadas en dichos periodos han de ser incrementadas hasta el 100% (como si no hubiese existido la reducción de jornada y de retribución), con independencia de las fechas de inicio o disfrute de los periodos de reducción de jornada, siempre que se trate de prestaciones que se hayan causado o se causen tras el 24 de marzo de 2007.