

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS
(Sede de Las Palmas)***Sentencia 1669/2025, de 11 de diciembre de 2025**Sala de lo Social**Rec. n.º 1799/2024***PONENTE:***Doña Gloria Poyatos Matas.***SENTENCIA**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL
Plaza de San Agustín Nº6 Las Palmas de Gran Canaria Teléfono: 928 30 64 00
Fax.: 928 30 64 08
Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org
Proc. origen: Seguridad Social en materia prestacional Nº proc. origen: 0000350/2022-00
Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 3 de Arrecife
Rollo: Recursos de Suplicación Nº Rollo: 0001799/2024 NIG: 3500444420220000717
Materia: Prestaciones
Resolución: Sentencia 001669/2025

En Las Palmas de Gran Canaria, a 11 de diciembre de 2025.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados Dña. GLORIA POYATOS MATAS, D. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO y Dña. YOLANDA ÁLVAREZ DEL VAYO ALONSO, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0001799/2024, interpuesto por Dña. Violeta, frente a Sentencia 000148/2024 del Juzgado de lo Social Nº 3 de Arrecife los Autos Nº 0000350/2022-00 en reclamación de Prestaciones siendo Ponente la ILTMA. SRA. Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.**

Según consta en Autos, se presentó demanda por Dña. Violeta, en reclamación de Prestaciones siendo demandados el SEPE, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y D.P. TESORERÍA GENERAL SEGURIDAD SOCIAL y celebrado juicio y dictada Sentencia desestimatoria, el día 18/09/24, por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.

En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO.- Doña Dulce Nombre Violeta, con D.N.I. Nº NUM000 solicitó subsidio por desempleo por agotamiento de prestaciones contributivas con responsabilidades familiares que le fue reconocido por el Servicio Público de Empleo Estatal mediante Resolución de 28 de marzo de 2019 con una cuantía diaria de 5,64 euros.

(Hecho probado conforme a los folios Nº 1 a 4 del expediente administrativo aportado por la Entidad Gestora demandada).

SEGUNDO. Dicho subsidio fue renovado en varias ocasiones desde el 12 de septiembre de 2019 siendo el último periodo reconocido del 14 de junio al 13 de diciembre de 2021.

Síguenos en...



Consta consulta de datos del INSS para el reconocimiento de subsidio para mayores de 52 en fechas de 27 de marzo de 2019 y 23 de enero de 2020 donde se informa que la actora no reunía el requisito de carencia genérica al faltarle 555 días en la primera consulta y 505 días en la segunda.

(Hecho probado conforme a los folios N° 12 y 13 del expediente administrativo obrante en las actuaciones).

TERCERO. La actora en fecha 24 de enero de 2022 formuló solicitud de prestación por desempleo para mayores de 52 años. Consta informe del INSS de 25 de enero de 2022 que acredita que la actora cumple con el requisito de carencia genérica para el acceso al subsidio.

(Hecho probado conforme al folio N° 14 a 17 del expediente administrativo aportado por la Entidad Gestora demandada).

CUARTO. Mediante Resolución de 7 de febrero de 2022, de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal se reconoce a la actora una prestación por desempleo para mayores de 52 años con un cuantía diaria inicial de 15,44 euros.

(Hecho probado conforme al folio N° 18 del expediente administrativo aportado por la Entidad Gestora demandada).

QUINTO. En fecha 14 de febrero de 2022 el actor dirige escrito al Sepe donde considera tener derecho a la ayuda para mayores de 52 años desde el 26 de marzo de 2019.

(Hecho probado conforme al folio N° 24 del expediente administrativo obrante en las actuaciones).

TERCERO.

El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:

“DESESTIMO la demanda interpuesta por DOÑA Violeta frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL con ABSOLUCIÓN de las codemandadas de todas las pretensiones deducidas en su contra en la presente litis.”

CUARTO.

Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Dña. DULCE NOMBRE Violeta, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día indicado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.

La demanda, planteada frente al SEPE, reclamaba diferencias en concepto de subsidio por desempleo, en la modalidad, mayores de 52 años desde el 27/1/2019 y hasta el 13/12/2022 (912 días efectivos de subsidio) en la cantidad de 8.937'60 euros.

La actora fue perceptora de subsidio por desempleo durante dicho periodo pero en la modalidad de cargas familiares, en cuantía de 5'64 euros diarios y, según la actora, debió percibir subsidio por desempleo en la modalidad mayores de 52 años, en la cantidad de 15'44 euros/día. La demandante, trabajadora a tiempo parcial, entiende que desde el 27/3/19 reunía todos los requisitos para acceder al subsidio reivindicado y por ello solicita, ahora, la nulidad de las resoluciones administrativas del SEPE, por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, en base a la STC 91/2019 de 3 de julio y jurisprudencia del TJUE.

Habiéndose señalado el juicio, inicialmente, en fecha 24/11/22 fue suspendido para ampliación de la demanda frente al INSS y la TGSS, lo que hizo la demandante en fecha 25/11/22, al cuestionarse la certificación del periodo cotizado aportado por el INSS y que obraba en el expediente administrativo del SEPE y que sirvió de base para no reconocerle subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Según la operaria, de haberse aplicado el coeficiente global de parcialidad (vigente en aquel momento) y, también el periodo de 140 días más de cotización por razón de alumbramiento de tres hijos, el certificado del INSS hubiera sido positivo.

En el mismo escrito de ampliación de demanda, la actora solicitó, como prueba, que se requiriese al INSS para la aportación de informe sobre el cálculo de cotizaciones de la actora con aplicación del coeficiente de parcialidad, entre el 27/3/19 y el 31/12/2021. Mediante oficio de 5/5/23 se admitió la prueba requiriéndose al INSS para su aportación, reiterándose tal requerimiento por oficio de 10/7/23.

Finalmente, el INSS presentó el informe fechado a 17/7/23 y el expediente administrativo, celebrándose el juicio en fecha 20 de julio de 2023.

La sentencia de instancia desestimó la demanda, sustancialmente, por las siguientes razones:

“a la vista de la prueba practicada resulta que la actora tenía reconocido en marzo de 2019 un subsidio por desempleo por agotamiento de la prestación contributiva con cargas familiares por que según los certificados emitidos por el INSS no reunía el requisito de carencia genérica.(...) si la actora consideraba que en base a la doctrina jurisprudencial que invoca reunía el período de cotización necesario y procedía el reconocimiento de otra prestación debió impugnar cualquiera de las reanudaciones del subsidio que se fueron sucediendo desde el 12 de septiembre de 2019. Al no hacerlo así y dejar transcurrir el tiempo sin interponer reclamación previa (art 71 de la LRJS) frente a aquellas resoluciones perdió la ocasión de que su pretensión fuera conocida y resuelta en esta litis.

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco se podría llegar a una conclusión distinta la aplicación del art 1 del Real Decreto-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 sobre eliminación de los porcentajes aplicables a la cuantía del subsidio cuando proviene de un trabajo desarrollado a tiempo parcial pues se trata de una modificación de la regulación del subsidio por desempleo para mayores de 55 años cuando la actora estaba percibiendo subsidio por desempleo por agotamiento de prestaciones contributivas con responsabilidades familiares. Además y en cualquier caso, tampoco procedería la diferencia reclamada en la demanda pues la actora esta percibiendo subsidio por desempleo para mayores de 52 desde enero de 2022 por lo que de conformidad con el art 53 del TRLGSS los efectos económicos de su solicitud deberían limitarse a los tres meses anteriores a su escrito de 14 de febrero de 2022.”

Frente a la citada sentencia nº 148/2024 de fecha 18 de septiembre de 2024, dictada por el juzgado de lo social nº3 de Arrecife en los autos 350/2022, se formaliza recurso de suplicación por la parte actora. El recurso ha sido impugnado por la Entidad Gestora del subsidio reclamado, SEPE

SEGUNDO.

En el primer motivo del recurso, al amparo del art. 193 a) de la LRJS se solicita la nulidad de la sentencia por falta de motivación e incongruencia omisiva.

Entiende la recurrente que la sentencia incurre en un defecto insubsanable que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que, habiendo alegado que la administrada había presentado ante el SEPE, el 14/02/2024 un recurso de administrativo de revisión, no explica el juzgador porque considera que se trate de una reclamación administrativa extemporánea, cuando el recurso de revisión tiene un plazo de 4 años y es imprescriptible cuando se trata de vulneración de derechos fundamentales. De la lectura de los fundamentos de derecho de la sentencia solo se razona sobre la extemporaneidad de la reclamación y no se pronuncia sobre la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos por vulneración de derechos fundamentales alegados tanto con la demanda como con la ampliación de la misma.

En segundo lugar, se alega que no se pronuncia sobre la cotización que debía contabilizarse a favor de la demandante, trabajadora a tiempo parcial, ni tampoco se pronuncia sobre las cotizaciones ficticias a añadir derivadas de los tres alumbramientos (3 hijos) de la trabajadora. Se invoca la STS 576/2022. Por todo ello, entiende que se ha producido no solo una vulneración a la tutela judicial efectiva sino una total indefensión por la falta de motivación e incongruencia omisiva de la sentencia, al dejar imprejuzgada la cuestión planteada a la consideración del órgano judicial.

La Entidad Gestora impugnante se opuso a este motivo. Se sostiene que la reclamación previa de la actora de fecha 14/2/2022 y que obra en el expediente administrativo (doc nº15), no cuestionaba las cotizaciones por lo que su pretensión actual incurre en falta de coherencia a tenor del art. 72 de la LRJS. También se indica que en este procedimiento lo que

se impugna es una resolución del SEPE siendo esta Entidad incompetente para fijar los periodos de cotización a efectos de jubilación, pues ello corresponde al INSS.

Resolvemos.

En primer lugar, la nulidad de actuaciones sólo puede articularse por la vía del art.193a) LRJS, que exige como requisitos para que pueda prosperar el motivo aducido:

- 1) Hay que identificar el precepto procesal que se entienda infringido o doctrina emanada del TS, TC o los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, o la del TJUE (vid art.219.2 LRJS y art.1.6 CC)
- 2) La infracción debe haber provocado un perjuicio real sobre los derechos de defensa del interesado, irrogándole indefensión (STC 168/2002). El concepto de indefensión relevante a efectos constitucionales no coincide con cualquier indefensión de índole meramente procesal. Para que la indefensión tenga el alcance constitucional que le asigna el art.24.2 CE se requiere que el órgano judicial haya impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones. (vid SSTC 70/84,48/86,98/87, etc).
- 3) El defecto procesal no puede alegarse por la parte que lo provocó.
- 4) Es preciso que la parte perjudicada haya formulado protesta en tiempo y forma

En relación a la incongruencia interna de la sentencia como causa de nulidad, la STS de 29 de abril de 2005 (Rec. 3177/2004) nos recuerda:

“Como señala la sentencia de contraste «Es constante y reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que la incongruencia es causa de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]) y así lo han señalado, entre otras muchas, la STC 20/1982 (RTC 1982, 20) y la 136/1998, de 29 de junio (RTC 1998, 136), que cita a la anterior. A su vez, la reciente STC, núm. 1 de 25 de enero de 1999 (RTC 1999, 1) , con cita, entre otras, de las SSTC de que hay incongruencia omisiva cuando falta el pronunciamiento sobre alguna pretensión que hubiera sido llevada al procedo en el momento procesal oportuno para ello# y, entre los diversos supuestos de incongruencia vulneradora del aludido derecho fundamental de defensa, incluye la antes invocada STC 136/1998 la incongruencia interna y la incongruencia "por error", siendo precisamente esta última la que se ha producido en el caso que enjuiciamos».

En este sentido y ante supuestos análogos al aquí debatido, también se han pronunciado las sentencias de esta Sala de 21 de marzo (RJ 2002, 3816) y 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 2473) (recurso 2145/01 y 332/02), 18 de julio de 2003 (RJ 2003, 6121) (recurso 3891/02), 27 de octubre (RJ 2005, 1311) y 18 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 197) (recurso 4983 y 6623/03), señalando esta última sentencia que «El Tribunal Constitucional viene definiendo la incongruencia omisiva o ex silentio en una consolidada doctrina (sentencia 91/2003, de 19 de mayo [RTC 2003, 91] y 218/2003, de 15 de diciembre de 2003 [RTC 2003, 218] , entre otras muchas) como un "desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido" (SSTC 136/1998, de 29 de junio [RTC 1998, 136] y 29/1999, de 8 de marzo [RTC 1999, 29]) que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial e f e c t i v a s i e m p r e y cuando esa desviación "sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurra la controversia procesal" (STC 215/1999, de 29 de noviembre [RTC 1999, 215]).

Y abundando sobre la incongruencia omisiva, el TC en su sentencia nº1/1999 recoge lo siguiente : “(...)

- a) No toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Para apreciar esta lesión constitucional debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues, si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas -y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial-, respecto de las segundas la exigencia de

respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más posible excepción que la existencia de una desestimación tácita de la pretensión sobre la que se denuncia la omisión de respuesta explícita (SSTC 56/1996 [RTC 1996\56], 85/1996 [RTC 1996\85], 26/1997 [RTC 1997\26] y 16/1998 [RTC 1998\16]).

- b) Para que sea posible apreciar la existencia de una respuesta tácita a las pretensiones sobre las que se denuncia la omisión de pronunciamiento es preciso que la motivación de la respuesta pueda deducirse del conjunto de los razonamientos de la decisión (STC 91/1995 [RTC 1995\91], fundamento jurídico 4º). c) Más en concreto, habrá igualmente de comprobarse que la pretensión omitida fuera efectivamente llevada al juicio en momento procesal oportuno para ello (SSTC 91/1995 y 56/1996). En éstos u otros términos similares se ha pronunciado últimamente este Tribunal en las SSTC 82/1998 (RTC 1998\82), fundamento jurídico 3º# 83/1998 (RTC 1998\83), fundamento jurídico 3º# 89/1998 (RTC 1998\89), fundamento jurídico 6º# 101/1998 (RTC 1998\101), fundamento jurídico 2º# 116/1998 (RTC 1998\116), fundamento jurídico 2º# 129/1998 (RTC 1998\129), fundamento jurídico 5º# 153/1998 (RTC 1998\153), fundamento jurídico 3º y 164/1998 (RTC 1998\164), fundamento jurídico 4º, y 206/1998 (RTC 1998\206), fundamento jurídico 2º, por citar sólo algunas de nuestras más recientes decisiones sobre la materia.(...)"

Descendiendo al caso, lo que se cuestiona son las resoluciones dictadas por el SEPE en materia de subsidios por desempleo reconocidos a la trabajadora desde el 27/3/2019 y hasta el 13/12/2021 que lo fueron tras agotar las prestaciones contributivas con responsabilidades familiares.

Entiende la actora que tales subsidios debieron ser de la modalidad especial subsidio para mayores de 52 años, al reunir todos los requisitos, incluida la carencia genérica para acceder a la pensión de jubilación tal y como se exige (en la actualidad) por el 274 y 280 de LGSS. El argumento fundamental es que no se tuvo en cuenta que la actora tenía amplios periodos cotizados a tiempo parcial y no le fue aplicado el entonces vigente, coeficiente de parcialidad en el cálculo de las cotizaciones efectuado en marzo de 2019. Y también se reivindica la suma de las cotizaciones por parte al haber tenido tres hijos, citándose a la STS 576/2022 que fijó jurisprudencia a favor de su contabilización como carencia genérica a efectos de jubilación como requisito para acceder al subsidio para mayores de 52 años.

Por todo ello, partiendo del hecho de que la trabajadora sí reunía los requisitos, se reclaman las diferencias económicas entre el subsidio reconocido y el que debió reconocerse, con aplicación de una base reguladora inferior, sino bajo la modalidad de mayores de 52 años, con una base superior y, además, con el beneficio (añadido) de cotización a efectos de jubilación que lleva aparejada el subsidio para mayores de 52 años.

La sentencia de instancia, parece apreciar la excepción de extemporaneidad alegada por el SEPE, cuando dice en el FJ3º que: "si la actora consideraba que en base a la doctrina jurisprudencial que invoca reunía el periodo de cotización necesario y procedía el reconocimiento de otra prestación debió impugnar cualquiera de las reanudaciones del subsidio que se fueron sucediendo desde el 12 de septiembre de 2019. Al no hacerlo así y dejar transcurrir el tiempo sin interponer reclamación previa (art 71 de la LRJS) frente a aquellas resoluciones perdió la ocasión de que su pretensión fuera conocida y resuelta en esta litis".

Con esta manifestación inaplica la previsión contenida en el art. 53 de la LRJS en materia de prescripción del derecho al reconocimiento de prestaciones, en el que se prevé un plazo de 5 años, o, en su caso, revisión, ello sin perjuicio de la retroactividad a efectos económicos, prevista en el mismo precepto que debe analizarse a la luz de las vulneraciones de Derechos que se denuncian en el escrito de demanda y de la jurisprudencia actualizada del TJUE.

Pero en cualquier caso, siquiera fugazmente y a modo de "obiter dicta" el juzgador de instancia desciende al fondo del asunto al manifestar que:

"Sin perjuicio de lo anterior, tampoco se podría llegar a una conclusión distinta la aplicación del art 1 del Real Decreto-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 sobre eliminación de los porcentajes aplicables a la cuantía del subsidio cuando proviene de un trabajo desarrollado a tiempo parcial pues se trata de una modificación de la regulación del subsidio por desempleo para mayores de 55 años cuando la actora estaba percibiendo subsidio por desempleo por agotamiento de prestaciones contributivas con responsabilidades familiares.

Además y en cualquier caso tampoco procedería la diferencia reclamada en la demanda pues la actora esta percibiendo subsidio por desempleo para mayores de 52 desde enero de 2022 por lo que de conformidad con el art 53 del TRLGSS los efectos económicos de su solicitud deberían limitarse a los tres meses anteriores a su escrito de 14 de febrero de 2022”

No se aprecia incongruencia omisiva, ni falta de motivación, el magistrado ha sido coherente en su pronunciamiento, incluso yendo más allá de la apreciación de extemporaneidad, entendió en cuanto al fondo que, tampoco procedía el derecho reclamado por la demandante. Cuestión distinta es que la recurrente no comparta la decisión judicial, que descansa en razones eminentemente jurídicas, para lo cual dispone la recurrente de las posibilidades que le concede el art. 193 b) y c) de la LRJS para combatir la sentencia, sin necesidad de acudir a la nulidad de actuaciones, que es una posibilidad que solo debe acordarse como medida excepcional y, de forma, restrictiva.

TERCERO.

En el segundo motivo del recurso, al amparo del art. 193 b) de la LRJS se solicita la revisión fáctica del HP5º proponiéndose la siguiente literalidad:

“Que el 14/02/2022 presentó, sin asistencia letrada, recurso de revisión de los actos administrativos recaídos entre septiembre de 2019 y diciembre de 2021, instando a la rectificación y regularización de los mismos por considerar que tenía derecho a la ayuda para mayores de 52 años.”

Descansa en el folio 6 de autos y en el folio 24 del expediente administrativo del SEPE.

La Entidad impugnante se opuso al solicitarse por la recurrente hechos que no fueron probados y se separan de la realidad de la realidad de los hechos acreditados en el acto del juicio.

Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias:

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

Aplicando los criterios transcritos vamos a desestimar la propuesta de revisión fáctica que se hace pues la referencia a “sin asistencia letrada”, no se extrae de manera clara, directa y sin conjeturas del documento referido, esto es, la designa provisional de abogado de oficio que se hace a la demandante en fecha 8/6/22. De otro lado, este detalle carece de relevancia a efectos de redundar sobre el fallo. E igualmente se va a desestimar la restante propuesta modificativa, pues ya el relato original del HP5º se hace referencia a la solicitud efectuada por la demandante ante el SEPE en fecha 14/2/22 en la que “considera tener derecho a la ayuda

para mayores de 52 años desde el 26/3/2019", que es literalmente lo que se contiene en el escrito. No puede añadirse nada más al no deducirse de forma literosuficiente del documento señalado.

En base a lo expuesto, se desestima este segundo motivo del recurso.

CUARTO.

En el último motivo del recurso, al amparo del art. 193 c) de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 274.4º de la LGSS, la STC 91/2019 de 3 de julio de 2019, la STJUE de 10/3/2005 (C-196/02), la STS de 3/12/2020 (Rec. 8332/2019) y de 14/5/14 (Rec. 2328/2013) , la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial que figura como Anexo a la Directiva 1997/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre, relativa al principio de no discriminación y el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales que prohíbe la discriminación.

Entiende la recurrente que tras la reforma introducida por el RD Ley 8/2019 de 8 de marzo respecto al art.

274.4º de la LGSS que redujo la edad de 55 a 52 años para el acceso a esta modalidad especial de subsidio por desempleo, más beneficiosa, el SEPE debió reconocer acceso a este subsidio a partir del derecho que se le reconoció el 27/3/2019, pues en dicha fecha la trabajadora reunía el requisito de edad y, también el resto de requisitos, incluido el de carencia genérica para acceder a la jubilación pues reunía 5475 días de cotización (15 años), aunque fuese a tiempo parcial. Por tanto, en aplicación de la Jurisprudencia del TJUE que dio lugar a la STC 91/2019 de 3 de julio de 2019, se ha entendido que la actual regulación del cálculo de la pensión de jubilación en supuestos de cotización a través de contratos a tiempo parcial es nula por vulnerar el principio de igualdad entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, pero también por ser discriminatorio de forma indirecta por razón de sexo, y que debía ser considerando el período de alta del trabajador.

Por la Entidad impugnante se mostró oposición alegándose que por el SEPE no se reconoció a la demandante el derecho a acceder al subsidio para mayores de 52 años, por dos veces (el 27/3/19 y el 31/12/21) porque la información aportada por el INSS evidenciaba que la trabajadora no reunía los requisitos del art. 274.4º de la LGSS (carencia genérica para acceder a la jubilación). La anterior información pudo ser impugnada por la actora en marzo de 2019, y al no hacerlo se aquietó con lo resuelto, por lo que no puede prosperar ahora el recurso, según esta parte.

A)- DATOS FÁCTICOS RELEVANTES

Nos hallamos ante una controversia eminentemente jurídica y debemos partir de los datos de relevancia que obran en el relato fáctico y los dos expedientes administrativos (SEPE e INSS) que, también, obran en las actuaciones. Destacamos lo siguiente:

-La actora solicitó subsidio por desempleo que le fue reconocido por el SEPE mediante resolución de 28 de marzo de 2019, con una cuantía diaria de 5'37 euros.

-Dicho subsidio fue renovado el 12 de septiembre de 2019, siendo el último periodo reconocido del 14 de junio al 13 de diciembre de 2021.

-Consta consulta de datos del INSS para el reconocimiento de subsidio para mayores de 52 en fechas de 27 de marzo de 2019 y 23 de enero de 2020 donde se informa que la actora NO reunía el requisito de carencia genérica al faltarle 555 días en la primera consulta y 505 días en la segunda.

-La actora en fecha 24 de enero de 2022 formuló solicitud de prestación por desempleo para mayores de 52 años. Consta informe del INSS de 25 de enero de 2022 que acredita que la actora cumple con el requisito de carencia genérica para el acceso al subsidio

-Mediante Resolución de 7 de febrero de 2022, de la Dirección Provincial del SEPE se reconoce a la actora una prestación por desempleo para mayores de 52 años en cuantía diaria de 15,44 euros.

-Informe del INSS de 17 de julio de 2023

A los anteriores hechos debe añadirse otro dato sustancial que obra en las actuaciones pues tras producirse la suspensión de la vista oral señalada inicialmente el 24/11/2022, para que por la actora se ampliase la demanda frente al INSS y la TGSS, solicitó literalmente:

“Se requiera a la TGSS y al INSS, a fin de que remita informe de vida laboral de la demandante, así como INFORME sobre el coeficiente global de parcialidad aplicable a la demandante, entre el 27 de marzo de 2019 y el 31 de diciembre de 2021, así como de los días de complemento de cotización por razón de alumbramiento que le corresponden en virtud STS 576/2022 de 23 de junio”.

Dicha prueba fue admitida, requiriéndose al INSS por parte del juzgado para la aportación de dicho “INFORME”, hasta en dos ocasiones, la primera mediante oficio de 5/5/23 y, la segunda, mediante oficio de 10/7/23.

La respuesta del INSS obra en las actuaciones con fecha de presentación en el juzgado, según el programa procesal Atlante, el día 17 de julio de 2023. Literalmente se da respuesta a la petición de “informe sobre el coeficiente global de parcialidad aplicable a la demandante entre el 27 de marzo de 2019 y el de 31 de diciembre de 2021”.

Según el INSS, el coeficiente de parcialidad que obra en el expediente administrativo de la demandante es del 68'23% y se añade literalmente:

“En el expediente administrativo consta en la página 6 el periodo mínimo de cotización exigido en el expediente NUM001, que es de 3.735 días, para la fecha de hecho causante de 26 de marzo de 2019.

En la Certificación de solicitante de subsidio por desempleo para mayores de 52 años (página 1 del expediente administrativo) consta que “sí cumple los requisitos a fecha 26 de marzo de 2019”

Lo anterior, se confirma por el INSS en su propio expediente administrativo (folio 1) en el que reza en observaciones relativas al subsidio por desempleo para mayores de 52 años de la actora: “sí cumple el requisito a fecha 26 de marzo de 2019”

Por tanto, en base a los datos contenidos en el relato fáctico y, sobre todo, del propio Informe de fecha 17/7/23 expedido por el INSS y del expediente administrativo de esta misma Entidad, la actora SÍ reunía el requisito de carencia genérica para acceder a la pensión de jubilación contributiva a fecha 26 de marzo de 2019, y, por tanto, lógicamente también reunía el requisito a fecha 31/12/21, al solicitarse un nuevo subsidio por desempleo.

B)- NORMATIVA DE APLICACIÓN

Debemos partir de la redacción del art. 274.4º de la LGSS vigente a la fecha de la primera solicitud del derecho a subsidio por desempleo (el 27/3/19), tras las reformas introducidas por el 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 12/3/2019) y con vigencia desde el 13 de marzo de 2019.

B.1º-Cálculo de cotizaciones del trabajo parcial, Jurisprudencia del TJUE y Doctrina del TC.

“Artículo 274- Beneficiarios del subsidio por desempleo

(...) 4. Podrán acceder al subsidio los trabajadores mayores de cincuenta y dos años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que 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.

Si en la fecha en que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en los apartados anteriores, los trabajadores no hubieran cumplido la edad de cincuenta y dos años, pero, desde dicha fecha, permanecieran inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo, podrán solicitar el subsidio cuando cumplan esa edad. A estos efectos, se entenderá cumplido el requisito de inscripción ininterrumpida cuando cada una de las posibles interrupciones haya tenido una duración inferior a noventa días, no computándose los períodos que correspondan a la realización de actividad por cuenta propia o ajena. En este último caso, el trabajador no podrá acceder al subsidio cuando el cese en el último trabajo fuera voluntario.”

Por lo que respecta a la cuantía y a las cotizaciones durante la percepción del subsidio para mayores de 52 años, tras la dicha reforma se establece lo siguiente:

Síguenos en...

Artículo 278. Cuantía del subsidio.

1. La cuantía del subsidio por desempleo será igual al 80 por ciento del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual vigente en cada momento. En el caso de desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial, dicha cuantía se percibirá en proporción a las horas previamente trabajadas en los supuestos previstos en los apartados 1.a), 1.b) y 3 del artículo 274.

Artículo 280. Cotización durante la percepción del subsidio.

1. La entidad gestora cotizará por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años.

Las cotizaciones efectuadas conforme a lo previsto en el párrafo anterior tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquella en cualquiera de sus modalidades, así como para completar el tiempo necesario para el acceso a la jubilación anticipada.

En ningún caso dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido en el artículo 205.1.b), que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 274.4 ha debido quedar acreditado en el momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años. (...)

No está de más, recordar que la modalidad contractual a tiempo parcial ha sido, desde su regulación autónoma en nuestro derecho a través de la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores, una de las figuras jurídicas más modificadas al socaire primero, de los cambiantes criterios de nuestro legislador interno, y después, de conformidad con la normativa marcada desde la Unión Europea, vía Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1.997, debidamente transpuesta a nuestro derecho mediante el RD legislativo 15/1998 y el RD ley 5/2001 convalidado mediante la Ley 12/2001.

Las citadas “reformas” se han extendido no sólo respecto a la modalidad contractual sino también, y especialmente, en relación a la especial cotización de las personas trabajadoras a tiempo parcial, generando no pocos problemas interpretativos, que han venido siendo resueltos con muchísima controversia, por nuestros Tribunales internos ante la denominada “doble penalización contributiva”, aplicada inicialmente más allá de la base reguladora, al exigirse un periodo de cotización superior en relación con el trabajo a tiempo completo.

Ello ha tenido un histórico y tolerado, institucionalmente, impacto nocivo respecto a la población trabajadora femenina, pues las estadísticas informan desde todos los ámbitos (internacional, regional e interno), que son las mujeres quienes hacen uso de esta modalidad contractual como herramienta jurídica para poder conciliar la tarea no retribuida de cuidados y el trabajo “remunerado”.

Tal situación dio lugar al dictado de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Asunto Elbal Moreno- C – 385/2011) que advirtió, por primera vez a nuestro país, a golpe de cuestión prejudicial, que la “doble penalización” en el cálculo de cotizaciones a tiempo parcial, contraviene flagrantemente las previsiones del artículo 4.1º, de la Directiva 79/7 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en materia de Seguridad Social, dado el alto grado de feminización en el uso de esta modalidad contractual. Resumidamente calificó esta forma de cálculo de discriminación indirecta por razón de sexo.

Tras el aviso europeo, llegó la respuesta de nuestro Tribunal Constitucional, que en sentencia 61/2013 de fecha 14 de marzo de 2013, anuló parcialmente, la Disposición Adicional VII de la LGSS, que contenía el discriminatorio cálculo de cotizaciones parciales. El nuevo vacío legal, “motivó” finalmente a quien legisla a buscar el esperado pacto con los interlocutores sociales, en materia de acceso a la protección social de las personas trabajadoras a tiempo parcial, que cristalizó el 31 de julio de 2013, recepcionado mediante el RD Ley 11/2013 que introdujo por primera vez en la DA 7ª de la LGSS (RD Leg 1/1994), el denominado “ coeficiente de parcialidad”.

Pero, aunque el dicho coeficiente fue una mejora en relación a la situación anterior, lo cierto es que las trabajadoras parciales (en su mayoría) seguían siendo discriminadas en el acceso a las grandes pensiones contributivas de la Seguridad Social (jubilación e Incapacidad permanente). Y de nuevo el TJUE, en su sentencia de 8 de mayo de 2019 (Asunto Villar-Laiz-C-161/18) declaró que esta peculiar forma de cálculo del periodo cotizado seguía discriminando indirectamente a las trabajadoras al oponerse frontalmente al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social.

De este modo España volvía a tropezar con la misma piedra de la discriminación por razón de sexo. Lo siguiente fue la STC 91/2019 de 3 de julio de 2019 que declaró la nulidad del coeficiente de parcialidad y se recuerda en esta sentencia:

“Nuestra conclusión sobre la lesión del art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo, está en línea con la alcanzada por el Tribunal de Justicia en la reciente sentencia de 8 de mayo de 2019 (asunto C-161/18), en la que, como se indicó en el fundamento jurídico 7, se señala que «la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo pro rata temporis»”

El control de constitucionalidad del Tribunal de garantías dio lugar mas recientemente a la STC 155/2021 de 13 de septiembre de 2021, que elimina la aplicación del coeficiente de parcialidad, también, en el acceso a la pensión de incapacidad permanente.

Por último, debe destacarse que la reforma derivada del RD Ley 8/2019 de 8 de marzo en relación al subsidio por desempleo, que tuvo una incidencia equilibradora, en relación al castigado trabajo parcial. De un lado, se reduce la edad de acceso a la modalidad especial de subsidio que pasa de 55 a 52 años y, de otro lado, se fija una cuantía generalizada accesible, también a las personas trabajadoras a tiempo parcial. Además, se aumenta la cotización para la jubilación, eliminándose el requisito de rentas de la unidad familiar.

B.2º- Prescripción del derecho y periodo reclamable

El art. 53 de la LGSS dispone en su párrafo primero, lo siguiente: “Artículo 53. Prescripción.

1. El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 55.”

B.3º-Enjuiciamiento con perspectiva de género y periodo reclamable

No vamos a aportar aquí las numerosas y recalcitrantes estadísticas sobre el trabajo parcial, desagregadas por sexos. A estas alturas es incuestionable que tal modalidad de trabajo recae de forma desproporcionada en el sector femenino de la población trabajadora, así que, por todas las estadísticas, solo referiremos al más reciente informe publicado por el Ministerio de Igualdad: “Principales indicadores estadísticos Igualdad 2025”, que reproduciendo los datos del INE, informa que el 73,6% de las personas ocupadas a tiempo parcial son mujeres, lo que supone 2.252.600 mujeres frente a 806.400 hombres. Un dato que, si comparamos con el del año anterior, ha ascendido 0,2 puntos. Además, según la EPA, el 93,3% de las personas que trabajan a tiempo parcial por cuidado de niños son mujeres, y el 79,0% lo hacen por otras obligaciones familiares.

Evidenciado el impacto desproporcionado que tiene el trabajo parcial entre las mujeres, se hace necesario aproximarnos con cautela a esta controversia, integrando la perspectiva de género como hermenéutica interpretativa prevalente en el enjuiciamiento del caso, para evitar una discriminación de género institucional, aún cuando las partes no lo soliciten expresamente, a tenor de lo previsto en el art. 1, 10.2º, 9.2º, 14 y 96 de la Constitución española, arts. 5.1º, 7.1º y 2º de la LOPJ, en relación con los arts. 4 y 15 de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMIH) # los arts. 2.c), d) e), 11.1º de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW)# en relación con el apartado II. A- punto 15 g) de la Recomendación General nº33 sobre el acceso de las mujeres

a la Justicia del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer que es vinculante para el Reino de España al haber ratificado nuestro país el Protocolo Facultativo de la CEDAW 6 de octubre de 1999, que exigen de los poderes públicos del Estado la "debida diligencia" en la aplicación de los estándares y obligaciones internacionales en materia de género, tal y como se contiene en la Recomendación general nº16 sobre igualdad que hizo el Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación nº16 sobre igualdad.

Esta hermenéutica interpretativa, que pretende integrar en el derecho las experiencias de la otra mitad de la población, históricamente excluidas, ya ha sido transitada por la Sala cuarta del Tribunal Supremo desde la STS 21/12/2009 (Pleno) -Rec. 201/09- donde se integra, por primera vez, la transversalidad del principio de igualdad en una interpretación normativa acorde con los postulados impuestos por la LOIEMH, hasta su consolidación actual, entre otras muchas otras, pueden destacarse las SSTS 864/2018, 26 de septiembre de 2018 (Rec 1352/2017), 778/2019, 13 de noviembre de 2019 (Rec. 75/2018), 815/2019, 3 de diciembre de 2019 (Rec. 141/2018, Pleno), 79/2020, 29 de enero de 2020 (Rec 3097/2017, Pleno) y 115/2020, 6 de febrero de 2020 (Rec. 3801/2017) o la STS de 14 de octubre de 2020 (Rec. 2753/2018). Y explícitamente nos recuerda la STS de 23 de junio de 2022 (Rec. 646/2021) en relación a la contabilización periodos cotización asimilados al parto periodo cotización jubilación acceso al subsidio mayores 55 años: "En numerosas ocasiones hemos advertido 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".

En esta línea las SSTS de 26 septiembre 2018 (Rec. 1352/2017) y 13 noviembre 2019 (Rec. 75/2018): "La interpretación que aquí se sostiene viene avalada por la aplicación del principio general contenido en el artículo 4 de la LOI (L0 3/2007, de 22 de marzo) según el cual 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."

También esta Sala ha aplicado el enjuiciamiento con perspectiva de género en numerosas sentencias, por todas, nuestras Sentencias de 7 de marzo de 2017 -Rec. 1027/2016, de 2 de mayo de 2017 (Rec. 1237/2016), de 8 de agosto de 2017 (Rec. 908/2017)# de 3 de julio de 2018 (Rec. 260/2018)# 2 de julio de 2019 (Rec. 369/2019)# de 27 de agosto de 2019 (Rec. 533/2019# de 29 de agosto de 2019 (Rec. 531/2019)# de 17 de diciembre de 2019 (Rec. 860/2019# de 14 de febrero de 2020 (Rec. 1429/2019)# de 13 de marzo de 2020 (Rec. 1400/2019)# de 29 de enero 2021 (Rec.940/2020)# de 1 de julio de 2021 (Rec. 685/2021), de 27 de julio de 2021 (Rec. 867/2021), de 3 de febrero de 2022 (Rec. 1792/2021), de 10 de febrero 2022 (Rec. 1481/2021), de 10 de junio de 2022 (Rec. 1979/2021), entre otras muchas. Descendamos, ahora sí, al análisis, con tal perspectiva, del art. 53 de la LGSS.

Sobre esta concreta cuestión ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo en relación al "varón discriminado", específicamente en la STS nº 322/2024 de fecha 21 de febrero de 2024 en la que se declara la imprescriptibilidad del complemento de maternidad en su redacción inicial (art. 60 LGSS), tras declararse discriminatorio por razón de sexo, en STJUE de 12 de diciembre de 2019. En palabras del Tribunal Supremo:

"La Directiva 79/7/CEE, que establece el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres respecto de los regímenes de Seguridad Social relativos a las prestaciones de enfermedad, invalidez y vejez, entre otras# debe ponerse en relación con el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo. E, igualmente, el artículo 4 LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres dispone: "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."

2. De conformidad con las citadas sentencias del Pleno de la Sala Social del TS de fecha 17 de febrero de 2022 (citadas), por aplicación de los principios de interpretación conforme del Derecho de la Unión, de cooperación leal y de efecto útil# teniendo en cuenta que, en el supuesto litigioso, era extremadamente difícil que el beneficiario pudiera ejercitar su derecho en la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación, lo que provocó la demora en la reclamación# así como el principio informador del ordenamiento jurídico relativo a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, que se integra y observa en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas# debemos reiterar la doctrina que sostiene

que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica producirá efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60, lo que determina, tal como se ha anticipado que al tratarse de una discriminación por razón de sexo contraria al principio de no discriminación y al derecho a la igualdad en los términos del artículo 14 CE y del derecho de la Unión Europea al que se acaba de aludir, su íntegra reparación no puede ser otra que retrotraer sus efectos al momento del hecho causante, sin que sea dable entender que la solicitud tardía del complemento en cuestión deba entenderse prescrita, ni tampoco limitar sus efectos mediante la aplicación de la retroacción de los económicos a los tres meses anteriores a la solicitud.. “

En esta misma línea, la STS nº 487/2022 de 30 de mayo de 2022, en la que se cuestionaba, de nuevo, en relación al “varón discriminado”, el acceso al complemento de maternidad y su limitación a los tres últimos meses o bien, desde el hecho causante. En la fundamentación jurídica, expresamente, se recuerda:

“La sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2021, Academia de Studii Economice din Bucuresti, C-585/19, explica que “la interpretación que el Tribunal de Justicia efectúa, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (sentencia de 3 de octubre de 2019, Schuch-Ghannadan, C- 274/18, apartado 60 y jurisprudencia citada). (...)”

La sentencia del TS de 7 de febrero de 2018, recurso 486/2016, argumentó: “La solución se reconduce al análisis de la posibilidad de aplicar sobre la normativa interna el principio de interpretación conforme al Derecho de la Unión, dentro del margen de actuación del que dispone el órgano judicial nacional con los límites que ya hemos enunciado, y teniendo en cuenta lo que dispone el art. 4 bis de la LOPJ, introducido por la LO 7/2015 de 21 de julio:

“1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en manifestación del carácter vinculante de dicha jurisprudencia”. Por ello el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de Derecho y a aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue.

Por otra parte, además de la vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que impone el art. 4. bis, 1 LOPJ , ha de ponerse de relieve que las autoridades judiciales nacionales no son en modo alguno ajenas a ese deber que incumbe a todas las autoridades de los Estados miembros de contribuir a alcanzar el resultado previsto en la Directiva, lo que supone para los órganos jurisdiccionales la adopción de una posición activa en tal sentido dentro de las competencias que le son propias, y con ello, la obligación de incorporar esa finalidad perseguida por la Directiva como criterio hermenéutico en la interpretación de las normas de acuerdo a las reglas del art. 3.1º del Código Civil ”.

La sentencia del TJUE de 19 abril 2016, Dansk Industri, C-441/14 , sostuvo que “la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Centroteel, C-456/98 , apartado 17)”# así como que “el tribunal remitente no puede, en el litigio principal, considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión, por el mero hecho de que, de forma reiterada, ha interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho”.

El art. 60 de la LGSS, en su redacción original, excluyó a los padres varones pensionistas de la percepción del complemento de maternidad por la aportación demográfica a la Seguridad Social. Dicho precepto se declaró constitutivo de una discriminación directa por razón de sexo y contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo. Las citadas sentencias del

Pleno de la Sala Social del TS de fecha 17 de febrero de 2022 (dos), recursos 2872/2021 y 3379/2021 (...) De manera consecuente, la exégesis de los órganos judiciales nacionales ha de ser compatible con los objetivos perseguidos por la Directiva. La norma que ha sido interpretada podrá y deberá ser aplicada en consecuencia a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma.

La referida interpretación conforme conduciría, correlativamente, a ubicar el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas a la prestación debatida en un tiempo anterior al arriba señalado, a una retroacción al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante -efectos ex tunc, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento (...)"

Si lo anterior fuera insuficiente, se añade que es criterio jurisprudencial asentado que los efectos de las sentencias prejudiciales del TJUE son "ex tunc", tal y como se recuerda en la citada STS 322/2024 de 21/2/2024:

"como pusimos de relieve en la STS 487/2022 de 30 mayo (Rcud. 3192/2021), como regla general, los efectos de las sentencias prejudiciales son ex tunc. En efecto, el TJUE ha declarado que "la interpretación que el Tribunal de Justicia hace, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE (cuestiones prejudiciales), de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma [...] Solo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves" (STJUE de 26 de octubre de 2021 (Asunto C-109/20, entre otras). Para un asunto similar al supuesto de autos, la referida STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), no ha establecido ninguna limitación temporal respecto de los efectos del complemento de maternidad por aportación demográfica.(...)"

La norma interpretada del Derecho de la Unión podrá y deberá ser aplicada en consecuencia a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma. La referida interpretación conforme conduciría, correlativamente, a situar el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas a la prestación debatida en un tiempo anterior al arriba señalado, a una retroacción al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante -efectos ex tunc -, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento".

dicha STS de 21/2/24, se alude a que aunque no estemos ante la aplicación del principio de oficialidad, reservado a aquellas prestaciones cuya concesión s automática, susefectos también se irradian respecto de los complementos de las prestaciones ya reconocidas, diferencias de base reguladora etc. En palabras del Alto Tribunal:

"sus efectos deben ser los mismos en relación con los complementos de las prestaciones que los tienen, ya que al beneficiario le basta con solicitar la pensión correspondiente para que la entidad gestora, previa comprobación de que se reúnen los requisitos establecidos en la ley, deba, en los supuestos de concesión de la prestación, incluir los complementos a que haya lugar. Ello obliga a aplicar los mismos efectos que hemos establecido en los supuestos en los que rige el principio de oficialidad [SSTS de 19 de noviembre de 1993 (Rcud. 3412/1992)# de 20 de diciembre de 1999 (Rcud. 753/1999) y de 26 de octubre de 2004 (Rcud. 4283/2003). También, inversamente: STS de 7 de julio de 2015 (Rcud. 703/2014) y STS 895/2022 de 10 noviembre (Rcud.856/2019)]# esto es, que solicitada

en plazo la prestación contributiva, los posibles complementos que de la misma pudieran derivar no prescriben. Dejando a salvo su relativa autonomía a los efectos procesales, fundamentalmente, los relativos a la recurribilidad de una hipotética denegación.”

C. ATERRIZAJE DE LA NORMATIVA AL CASO

Teniendo en cuenta los datos fácticos y la normativa de aplicación al caso llegamos a las siguientes conclusiones.

1ª-A tenor del informe expedido por el INSS el 17/7/23, a requerimiento del órgano judicial, la actora sí reunía los requisitos de carencia para el acceso a la pensión contributiva de jubilación en fecha 27/3/2019, en la que se le reconoce por el SEPE subsidio por desempleo, y, por ende, también los reunía en fecha 31/12/21 en que, de nuevo, se le reconoce derecho a subsidio por desempleo, en la modalidad por cargas familiares.

2º- Las razones por las que el INSS certificó que la actora no cumplía el requisito de carencia genérica para acceder a la jubilación contributiva en fechas 27/3/2019 y 23/1/2020, descansaban en la exigencia de un total de 5.475 días de cotización a tiempo completo (Folios 10 y 11 del Expediente administrativo SEPE). Esto es, se le exige un mayor número de días cotizados al ser una trabajadora a tiempo parcial, no computándose cada día trabajado como día cotizado, lo que contravenía frontalmente la STJUE de 8 de mayo de 2019 (C- 161/18), así como la posterior STC 91/2019 de 3 de julio de 2019 traduciéndose en una discriminación por razón de sexo. En ambas resoluciones se declaraba que el sistema de cómputo de cotizaciones de las personas trabajadoras a tiempo parcial, incluso aplicando el coeficiente de parcialidad, era discriminatorio por razón de sexo esto es, contravenía el art. 4 de la Directiva 79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978.

3º-En base a lo anterior, la actora tenía derecho a acceder al subsidio por desempleo, pero en la modalidad especial para mayores de 52 años, desde el 27/3/2019, lo que le ha generado un perjuicio evidente al habérsele reconocido una modalidad de subsidio sin los beneficios anudados a la tipología para mayores de 52 años, a pesar de que por el SEPE, se le reconoce tardíamente, en la resolución de 7/2/2022.

4º-Aplicando al caso la Jurisprudencia del TJUE referida y la doctrina contenida en las SSTS 322/2024 y 487/2022, en relación a la inaplicación de la limitación temporal de tres meses (art. 53 LGSS), en el caso del acceso al complemento de maternidad del “varón discriminado”, debemos llegar a idéntica conclusión de inaplicación, por las siguientes razones:

4.1-Nos hallamos, igualmente, ante una discriminación por razón de sexo contraria al art, 4 de la Directiva 79/7/CEE, en este caso del sexo femenino, que ha sido expresamente declarada por el TJUE e la sentencia de 8 de mayo de 2019.

4.2-La interpretación del derecho interno conforme a lo declarado por el TJUE, debe efectuarse , también con anterioridad al dictado de la sentencia europea.

4.3- La "interpretación conforme" nos conduce a situar el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas a la prestación debatida en un tiempo anterior y, por ende, a la retroacción al nacimiento mismo de la norma discriminatoria y, consecuente, al acaecimiento del hecho causante -efectos ex tunc – teniendo en cuenta que la citada STJUE no dispuso ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento.

4.4-Además, tampoco procedería la limitación económica de los últimos tres meses anteriores a la reclamación, porque no estamos ante una prestación diferente. Se trata del mismo subsidio por desempleo ya percibido por la demandante desde el 27/3/2019, variando tan solo la modalidad, es decir la cuantía del mismo que en vez de ser de 5'64 euros día aplicada debía ser de 15'44 euros. Además, del beneficio de cotización. Por tanto, es aplicable la jurisprudencia contenida en las SSTS de 19 de noviembre de 1993 (Rec. 3412/1992)# de 20 de diciembre de 1999 (Rec. 753/1999) de 26 de octubre de 2004 (Rec. 4283/2003), a efectos de inaplicación del citado límite temporal trimestral.

En base a lo expuesto, vamos a estimar el recurso planteado debiendo reponer a la actora en el derecho reclamado al reunir todos los requisitos para acceder al Subsidio por desempleo para mayores de 52 años tanto en fecha 27/3/2019 como en fecha 31/12/2021 a la luz de la jurisprudencia del TJUE contenida en la jurisprudencia citada.

En relación a los efectos económicos adeudados, deben retrotraerse al momento del reconocimiento del primero de los subsidios por desempleo el 27 de marzo de 2019, esto es, desde la aplicación de la normativa discriminatoria por razón de sexo, aplicada por el INSS en aquel momento, lo que asciende a la cantidad de 8.937'60 euros (periodo del 27/3/2019 al

13/12/2021), debiendo condenarse al SEPE a su abono, al ser la Entidad gestora de las prestaciones reclamadas.

QUINTO.

A tenor de lo previsto en el art. 235 de la LRJS no procede imposición de costas

FALLAMOS

Se estima el recurso de suplicación planteado por D^a Violeta frente a la sentencia nº 148/2024, del Juzgado de lo Social nº 3 de Arrecife dictada en fecha 18 de septiembre de 2024 en los autos nº 350/2022, que revocamos y estimando la demanda planteada se revoca parcialmente la resolución de 27/3/19 y siguientes hasta el 31/12/21, por lo que respecta a la modalidad de subsidio por desempleo que se reconoce a la demandante, que es el correspondiente a mayores de 52 años, condenando al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL a estar y pasar por tal declaración así como a abonar a la actora la cantidad de 8.937'60 euros, absolviendo a las restantes codemandadas, TGSS e INSS de los pedimentos de la demanda.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 3 de Arrecife, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/1799/24 el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

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

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

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

