



Roj: **STS 2549/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2549**

Id Cendoj: **28079149912022100057**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **23/06/2022**

Nº de Recurso: **646/2021**

Nº de Resolución: **576/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 646/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 576/2022**

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

D.<sup>a</sup> Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio García-Perrote Escartín

En Madrid, a 23 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Irene , representada y defendida por el Letrado Sr. López Montesinos, contra la sentencia nº 2802/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), de 15 de diciembre de 2020, en el recurso de suplicación nº 815/2020, interpuesto frente a la sentencia nº 70/2020 de 2 de marzo de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Jaén, en los autos nº 535/2019, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), sobre subsidio por desempleo.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), representado y defendido por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.**- Con fecha 2 de marzo de 2020, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimar la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Irene contra el Servicio Público de Empleo Estatal y declarar su derecho a percibir el subsidio por desempleo para mayores de 55 años desde la fecha de solicitud, condenando al SPEE a pasar y estar por esta declaración y al abono del citado subsidio".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

1º.- D<sup>a</sup> Irene, mayor de edad, nacida el NUM000.1956, con DNI nº NUM001, vecina de Jaén, solicitó con fecha de 16.01.19, subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 55 años, siéndole denegada la solicitud de alta inicial de subsidio de desempleo por resolución del SPEE de 18.1.2019 con apoyo en que no ha cotizado al menos 6 años a un régimen que proteja la contingencia de desempleo.

2º.- Disconforme con la anterior resolución la parte actora interpuso reclamación administrativa previa, el 1.03.19, que fue desestimada por nueva resolución del SPEE en fecha 24.05.2019, con apoyo en que "en la consulta de vida laboral, se comprueba que ha cotizado a regímenes que protegen la contingencia por desempleo por periodo inferior a 6 años: 1834 días (...). Según se establece en el artículo 235 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, los periodos de cotización asimilados por parto, sólo se computan a efectos de las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente. Por tanto, no se considera periodo cotizado a desempleo a efectos del subsidio especial para mayores de 55 años (...)"

3º.- Las cotizaciones de la actora a regímenes que protejan la contingencia por desempleo ascienden a 1861 días.

4º.- La actora es madre de tres hijos: Esteban, nacido el NUM002.1980, Nuria, nacida el NUM003.1981 y Patricia, nacida el NUM004.1980.

5º.- Según el informe de vida laboral aportado, la vida laboral de la actora comenzó el 26.07.1996".

**SEGUNDO.**- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), dictó sentencia con fecha 15 de diciembre de 2020, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal, contra la sentencia dictada el día 2 de marzo de 2020 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Jaén, en los autos nº 53572019, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Irene, en reclamación sobre desempleo, contra el mencionado recurrente, debemos revocar revocamos la citada resolución, con desestimación de la demanda".

**TERCERO.**- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. López Montesinos, en representación de D<sup>a</sup> Irene, mediante escrito de 29 de enero de 2021, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de marzo de 2015 (rec. 6619/2014). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 235 LGSS/2015 y Disposición Adicional 44 LGSS/1994.

**CUARTO.**- Por providencia de esta Sala de 29 de noviembre de 2021 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.**- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**SEXTO.**- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 22 de junio actual. Dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración se convoca a todos los Magistrados de la Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.

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

#### 1. Hechos del litigio.



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

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

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

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

## **2. Sentencias recaídas en el procedimiento.**

A) Mediante su sentencia 70/2020 de 2 de marzo el Juzgado de lo Social nº 4 de Jaén estima la demanda y declara el derecho de la trabajadora a percibir el subsidio para mayores de 55 años desde la fecha de solicitud.

Advierte que la literalidad del artículo 235 LGSS abocaría a dar la razón al SEPE, pero la finalidad del precepto (compensar a la mujer que se vio compelida a abandonar el mundo laboral como consecuencia de la maternidad) lleva a conclusión diversa.

Invoca, de manera central, el tenor de la STSJ Cataluña 1581/2015 de 3 de marzo (rec. 6619/2014) así como la doctrina sentada en nuestras SSTS 14 junio 2016 (rcud. 173/2015) y 973/2016 de 22 noviembre.

B) Disconforme con esa solución, el SEPE interpuso recurso de suplicación denunciando la infracción de los arts. 235 y 274.4 LGSS, por haber reconocido la sentencia de instancia el subsidio computando la cotización ficticia por parto prevista en el art. 235 LGSS.+

C) La STSJ Andalucía (Granada) 2802/2020 de 15 diciembre (rec. 815/2020) estima el recurso reseñado y revoca la sentencia de instancia.

Argumenta que en el supuesto del subsidio por desempleo para mayores de 55 años no resulta de aplicación el beneficio del art. 235 LGSS, consistente en cotización ficticia por parto para las prestaciones contributivas de jubilación e incapacidad permanente. Descarta que el problema esté resuelto por la STS 973/2016 de 22 de noviembre de 2016 (rec. 1692/2015), por cuanto la misma no entró en el fondo del asunto al estimar inexistente la contradicción. En consecuencia, debe aplicarse el precepto legal en sus estrictos términos, puesto que el tenor de la norma es claro sin que el legislador haya optado por ampliar este beneficio a prestaciones como la presente.

## **3. Recurso de casación unificadora y escritos concordantes.**

A) Disconforme con la solución alcanzada por la Sala de Suplicación, la trabajadora se alza ahora en casación para la unificación de doctrina proponiendo como sentencia de contraste a los efectos de verificar el juicio positivo de contradicción, la STSJ Cataluña 1581/2015 de 3 de marzo (rec. 6619/2014).

B) Con fecha 22 de diciembre de 2021 el Abogado del Estado, en representación del SEPE, formaliza su impugnación al recurso de casación unificadora. Entiende que el recurso no puede prosperar porque las sentencias comparadas aplican normas diversas. Respecto del tema de fondo, considera que ha de estarse al tenor de lo preceptuado claramente por el legislador, pues lo contrario aboca a un puro voluntarismo.

C) Con fecha 9 de febrero de 2022 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el art. 226.3 LRJS. Considera cuestionable la contradicción, pues en los supuestos enfrentados los hijos han nacido en diversos momentos de la carrera profesional de las trabajadoras. Respecto de la pretensión articulada, advierte que el tenor de la norma es claro y que la perspectiva de género difícilmente puede aplicarse a una norma que concede un beneficio exclusivo para la mujer.

## **SEGUNDO.- Análisis de la contradicción y de su planteamiento.**

Por constituir un requisito de orden público procesal, además de haberse cuestionado en la impugnación al recurso y en el Informe de Fiscalía, debemos examinar la concurrencia de la contradicción ente las sentencias comparadas por el recurrente.

### **1. Doctrina general.**

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que



se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

## 2. Sentencia referencial.

A efectos referenciales la recurrente identifica la STSJ Cataluña 1581/2015 de 3 de marzo (rec. 6619/2014).

Se trata, precisamente, de la sentencia que fue recurrida en casación para la unificación de doctrina y dio lugar a la citada STS 973/2016, tenida en cuenta tanto por el Juzgado de lo Social cuanto por la Sala de segundo grado.

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

El legislador ha querido compensar el inconveniente que acompañó a la mujer en el pasado que se vio compelida a abandonar el mundo del trabajo por circunstancias de matrimonio y maternidad. Por lo que reconoce el beneficio de cotización ficticia que disciplina la DA 44ª de la LGSS. Con los 224 días postulados, añadidos a los 1945 días de cotización por desempleo acreditados, se obtienen 2169 días. En consecuencia, declara el derecho a percibir el subsidio postulado.

## 3. Consideraciones específicas.

A) Consideramos que sí concurre la contradicción legalmente exigida. Los hechos relevantes son similares. Se está en presencia de solicitantes de subsidio por desempleo para mayores de 55 años (sentencia recurrida) o de 52 años (sentencia de contraste) a quienes se les deniega por no acreditar suficiente carencia.

En los dos asuntos, sin embargo, se alcanzaría los seis años de cotización por contingencia de desempleo si se tomará en cuenta el beneficio legal (112 días) por cada uno de los alumbramientos que han tenido las mujeres.

Pese a lo apuntado por la Fiscalía, no quiebra esa sustancial identidad por el dato de que una de las accionantes tuviera a sus hijos antes de ingresar al mercado laboral y la otra lo hiciera en un periodo intermedio. Además, nuestra doctrina viene sosteniendo que los partos a tener en cuenta son todos los existentes, sin limitación temporal o cronológica ( STS 525/2016 de 14 junio, rcud. 1733/2015).

B) Los fundamentos de las respectivas demandas son similares, puesto que la norma aplicable en cada caso posee similar redacción. Que se trate del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 2015 o que sea el precedente carece de trascendencia, habida cuenta de su práctica similitud.

C) La pretensión, sin duda, es la misma en cada caso: acceder al subsidio por desempleo reconocido a personas de edad madura (52 o 55 años), previa toma en consideración de los periodos de cotización ficticia correspondientes a los alumbramientos de las accionantes.

## 4. Conclusión.

A la vista de cuanto antecede, por tanto, concluimos que estamos ante sentencias que poseen fallos contradictorios. La sentencia recurrida entiende que no puede ampliarse el beneficio a supuestos silenciados por la norma. La sentencia de contraste, por el contrario, sostiene que en atención a la finalidad de la norma, y en particular a que se pretende compensar a la mujer, hay que reconocer el beneficio.

Queda así delimitada la cuestión sometida a unificación doctrinal. No otra que determinar si el acceso al subsidio por desempleo para personas de edad madura (a veces identificado como "prejubilación") constituye una prestación que también se beneficia del régimen de cotizaciones ficticias anudado por la LGSS a las pensiones contributivas de trabajadoras que han tenido hijos biológicos.

Para una mejor comprensión de nuestro razonamiento empezaremos examinando el tenor de las principales normas que inciden sobre el tema. Acto seguido habremos de examinar con mucho detalle el alcance de nuestra doctrina, tanto la general sobre significado de la interpretación con perspectiva de género cuanto la específica sobre cotizaciones ficticias, prestando especial atención a la STS 973/2016.



### **TERCERO.- Normas aplicables.**

#### **1. Subsidio por desempleo para personas "prejubiladas".**

El artículo 274 LGSS se ocupa de precisar quiénes son "Beneficiarios del subsidio por desempleo", incluyendo en su apartado 4 la siguiente regla:

Podrán acceder al subsidio los trabajadores mayores de cincuenta y cinco 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.

Para obtener el subsidio el trabajador deberá tener cumplida la edad de cincuenta y cinco años en la fecha del agotamiento de la prestación por desempleo o del subsidio por desempleo; o tener cumplida esa edad en el momento de reunir los requisitos para acceder a un subsidio de los supuestos contemplados en los apartados anteriores o cumplirla durante su percepción.

#### **2. Cotización durante el subsidio.**

El artículo 280 LGSS afronta la "Cotización durante la percepción del subsidio" y su apartado 1 posee un contenido muy relevante para el problema que examinamos:

La entidad gestora cotizará por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años, tomándose como base de cotización el 125 por ciento del tope mínimo de cotización vigente en cada momento.

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.

#### **3. Cotizaciones ficticias.**

A) tras su incorporación a través de la Disposición Adicional 18.23 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), la DA 44ª de la LGSS/1994 vino albergando la siguiente regla:

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

B) El Título II de la LGSS, regulador del Régimen General, contiene un Capítulo XV dedicado a la "Protección a la familia" y allí se encuentra actualmente la regulación sobre "Periodos de cotización asimilados por parto", en concreto, es el artículo 235 la regla básica sobre la materia:

A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple.

C) Interesa recalcar que, salvo diferencias redaccionales, la previsión de ambos textos es prácticamente idéntica, lo que permite tomar en consideración la jurisprudencia recaída en aplicación de cualquier de ellos.

#### **4. Perspectiva de género.**

A) La propia LOI identifica como su mayor novedad la prevención de conductas discriminatorias y la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. "Tal opción implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración de la



dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto".

B) En concordancia con tal idea, bajo la rúbrica "Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas" el artículo 4º LOI alberga el que suele identificarse como principio o canon hermenéutico de perspectiva de género. Recordemos su tenor: "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".

C) Asimismo, el artículo 15 LOI bajo el epígrafe "Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres", incardinado en el Título II "Políticas públicas para la igualdad" dispone que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos.

#### **CUARTO.- Doctrina general sobre la interpretación con perspectiva de género.**

##### **1. Alcance general.**

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. Así lo hemos sostenido, por ejemplo, en las SSTs de 26 septiembre 2018 (rcud. 1352/2017) y 13 noviembre 2019 (rcud. 75/2018):

La interpretación que aquí se sostiene viene avalada por la aplicación del principio general contenido en el artículo 4 LOI según el que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Ello significa, por un lado, que la igualdad entre mujeres y hombres constituye valor supremo del ordenamiento jurídico; y, por otro, que consecuentemente, la aplicación de tal principio debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas, más aún, en un caso -como el presente- en lo que se trata de dilucidar es si los trabajadores puestos a disposición por las empresas de trabajo temporal tienen derecho o no a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria.

##### **2. Relaciones laborales.**

A) Examinando si la empresa ha de contratar a una nueva persona cuando la relevista insta una excedencia, la STS 7 diciembre 2010 (rcud. 77/2010) advierte que no debe equipararse la excedencia por cuidado de hijo con la voluntaria y no equiparar la primera a un cese que obligue a la empresa a efectuar un nuevo contrato de relevo. Como colofón del argumentario desplegado explica que "A lo dicho hay que añadir el argumento relativo a la perspectiva de género que, a tenor del mandato del art. 4 LO 3/2007, cabe adoptar a la hora de efectuar la interpretación normativa en relación con situaciones en que están en juego instituciones jurídicas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres, como es el caso de las figuras de conciliación de la vida laboral y familiar".

B) La STS 25 mayo 2015 (rec. 307/2013; El Corte Inglés) aborda la validez de una modificación sustancial de condiciones de trabajo pactada y, en concreto, atendido que la adaptación del horario afecta a trabajadores con contrato a tiempo parcial y hay más mujeres que hombres que tienen dicho contrato. Se desestima la impugnación porque, si bien es cierta dicha afectación, la medida obedece a una finalidad legítima y los medios para alcanzar dicha finalidad son necesarios y adecuados.

C) La STS 778/2019 de 13 noviembre (rec. 75/2018) reconoce el derecho de los trabajadores puestos a disposición por una ETT a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria.

D) La STS 815/2019, 3 de diciembre (rec. 141/2018, Pleno) atiende a la eventual existencia de una situación desigual para hombres o mujeres a la hora de determinar el quantum remuneratorio de los diversos permisos.

E) La STS 250/2020 de 12 marzo (rec. 209/2018) rechaza que en el supuesto se hubiera incurrido en discriminación directa o indirecta por razón de género -alegación por cierto no formulada en momento alguno en el caso que ahora examinamos-, "aun cuando es notorio -afirma la STC 250/2020, 12 de marzo de 2020- que el personal de pisos y limpieza es mayoritariamente femenino."

F) La STS 641/2020 de 13 julio (rec. 155/2018) aborda una acción colectiva para que se declare contraria a derecho la conversión de los contratos de jornada completa a jornada parcial, el derecho a una plantilla mínima con carácter permanente y estable y la obligatoriedad de compilar una bolsa de trabajo, todo ello en el caso del Profesorado de Religión en centros públicos. Descartando que la perspectiva de género aboque a la



estimación del conflicto concluye que, aunque la medida afecte a mayor número de mujeres que de varones, está justificada:

Al tratarse de una asignatura optativa que se imparte por profesores propuestos por la autoridad religiosa, la docencia depende del número de alumnos que cada año eligen dicha asignatura, lo que constituye una justificación objetiva y legítima del específico régimen jurídico de esta relación laboral que excluye que, aunque la mayoría del profesorado de religión católica esté integrado por mujeres, al igual que ocurre con el resto de docentes que imparten las demás asignaturas, se haya producido la discriminación indirecta proscrita por la Directiva 2006/54/CE y por el art. 17 del ET.

G) La STS 197/2021 de 12 febrero (rcud. 2839/2019) descarta que la interpretación con la perspectiva de referencia pueda alterar el resultado legal conforme al que el convenio colectivo aplicable, a efectos de la fijación de la categoría y del salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido, debe ser el convenio de limpieza y no el de hostelería, por ser el primero el aplicable a la empresa con la que un hotel contrató el servicio de limpieza.

### 3. Seguridad Social.

A) Invocando expresamente los preceptos de la LOI antes transcritos, las SSTS 21 diciembre de 2009 (rcud 201/2009; Pleno) y 864/2018 de 26 de septiembre ( rcud 1352/2017) han resuelto la cuestión sobre si cabe la cesión del derecho de maternidad a favor del otro progenitor cuando la madre no ha efectuado tal opción en el momento de inicio del periodo de descanso. Porque interpretar que la norma reglamentaria exige que la opción se efectúe con la solicitud de la prestación de la propia trabajadora, supondría afirmar que tal requisito formal actúa de verdadera condición del propio derecho a la prestación del otro progenitor.

B) La STS 26 enero 2011 (rcud. 4587/2009) concede pensión de viudedad a mujer divorciada, sin pensión compensatoria, víctima de violencia de género.

C) La STS 79/2020 de 29 enero (rcud. 3097/2017; Pleno) extiende a la mujer que percibe pensión de vejez SOVI la posibilidad de causar prestación en favor de familiares, pese a que la misma solo está contemplada en el ámbito de las de Seguridad Social.

La evolución experimentada por el ordenamiento jurídico, a la que antes nos hemos referido, es fruto de la incorporación del concepto de "gender mainstreaming" elaborado en IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas (Beijing, 1995) y que, en el Derecho español, tiene su primera plasmación en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Tras inspirar la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, halla su plasmación con alcance general en la LOIEMH, en la que se positiviza la configuración del principio de igualdad efectiva, superando el de igualdad formal, a todas luces insuficiente.

[...]

Sabido es que la doctrina del TJUE ha consagrado el criterio de que la discriminación indirecta pueda ser demostrado por cualquier medio, incluidos los datos estadísticos, siempre que éstos no se refieran a fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y, además, de manera general, resulten significativos ( STJUE de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C-167/97; y, más recientemente, STJUE de 8 mayo 2019, Villar Laíz, C-161/18; y 3 octubre 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18; y ATJUE de 15 octubre 2019, AEAT C-439/18 y C-472/18; entre otras). Tal criterio es perfectamente coincidente con el que sostiene el Tribunal Constitucional que ha indicado que para abordar el análisis de la discriminación indirecta hay que ir "necesariamente a los datos revelados por la estadística" ( STC 128/1987, 253/2004 y 91/2019).

Por ello, la interpretación estricta y literal del precepto aquí aplicable puede generar un impacto de género, una discriminación indirecta, al desplegar efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino. El principio de igualdad de trato exige eliminar, no sólo la discriminación abierta, sino también toda forma de discriminación encubierta que, por la aplicación de otros criterios, lleve, de hecho, al mismo resultado. Y tal eliminación resulta aquí factible mediante la utilización de criterios interpretativos finalistas que, partiendo de la indudable concurrencia de la existencia de una pensión de características análogas (vejez/jubilación) y ganada por la contribución al sistema, abarque también a aquella obtenida en un régimen precedente al actual.

D) La STS 115/2020 de 6 febrero (rcud. 3801/2017) concluye que a efectos de completar el periodo mínimo para acceder a la jubilación anticipada, ha de tenerse en cuenta el tiempo de prestación del Servicio Social obligatorio de la mujer, aplicando lo establecido e el artículo 208.1 b), último párrafo de la LGSS respecto al servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria. Y un argumento decisivo a tal efecto viene dado por la pauta hermenéutica ahora examinada:



Únicamente mediante la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del precepto - artículo 208.1.b), último párrafo, de la LGSS- se alcanza la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, ya que la aplicación literal del mismo conduciría a una violación de dicho principio pues supondría un trato discriminatorio de las mujeres respecto a los hombres. Dicha interpretación conduce a entender que el periodo de prestación del "Servicio Social de la mujer" ha de tomarse en consideración, a efectos del acceso a la jubilación anticipada, en la misma forma en la que se tiene en cuenta, a dichos efectos, el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria.

E) La STS 580/2020 de 2 julio (rcud. 201/2018) concluye que la incapacidad permanente absoluta reconocida a la trabajadora recurrente, como consecuencia de las complicaciones y lesiones sufridas en el parto, no debe considerarse derivada de enfermedad común sino de accidente no laboral. Invocando los preceptos de la LOI antes reproducidos:

"[...] como lo ocurrido a la recurrente en el parto solo le pudo suceder por su condición de mujer, la perspectiva de género proclamada por el artículo 4 de la referida Ley Orgánica 3/2007 refuerza la interpretación de que el hecho debe considerarse accidente no laboral y no enfermedad común, pues sólo las mujeres pueden encontrarse en una situación que no tiene parangón con ningún otro tipo de circunstancia en que la se acuda a la atención sanitaria. De ahí que la utilización de parámetros neutros, como los que propone la Entidad Gestora, conduzca a un resultado contrario con el principio de igualdad efectiva que nuestro ordenamiento consagra".

F) La STS 908/2020 de 14 octubre (rcud. 2753/2018) invoca la perspectiva de género para concluir que siempre que cumpla los restantes requisitos legalmente exigidos, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento. Esa interpretación del artículo 174.3 LGSS de 1994 (actual artículo 221.1 LGSS de 2015) entronca expresamente con las sentencias precedentemente reseñadas.

## **QUINTO.- Doctrina sobre cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento.**

### **1. Perfiles de la figura.**

A fin de resolver las diversas dudas que su aplicación ha planteado, nuestras sentencias han fijado ciertas premisas interpretativas que conviene recordar:

\* La finalidad del precepto no es mejorar la vida laboral de las trabajadoras que hayan cotizado a la Seguridad Social, sino beneficiar a todas las mujeres cuando hayan de obtener beneficios prestacionales o sociales derivados de su actividad laboral, pues esa actividad laboral la que se ha visto afectada por la circunstancia derivada de su sexo ( STS 21 diciembre 2009, rcud. 201/2009 y 426/2009).

\* Lo que la ley pretende es incrementar la vida cotizada cuando no ha habido esa protección. Precisamente por ser el parto una eventualidad exclusivamente femenina, el juicio sobre el valor de la norma encaminada a paliar la discriminación se hace relevante, puesto que la falta de cotización en ese periodo obedece exclusivamente a aquella circunstancia ( STS 2 marzo 2010, rcud. 945/2009).

\* La regla sobre cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento constituye una norma de acción positiva a favor de las mujeres ( STS 27 febrero 2013, rcud. 1055/2012).

\* La figura desarrollada en la DA 44ª LGSS se enmarca en el ámbito de las prestaciones contributivas lo que significa que no es tan solo la natalidad el aspecto protegido sino la vinculación de la misma con la actividad laboral, a fin de fomentar la permanencia de la mujer en la actividad profesional, no obstante la maternidad ( STS 18 noviembre 2013, rcud. 792/2013).

\* Tiene por objeto fomentar una política de natalidad creando un trato desigual respecto de las mujeres sin hijos, es lo cierto que el beneficio se dirige a la mujer trabajadora que realiza el doble esfuerzo de un desempeño laboral y el cuidado de su descendencia ( STS 18 noviembre 2013, rcud. 792/2013).

\* La regla reconoce periodos de tiempo asimilados a los de cotización, esto es que se equiparan a días cotizados sin responder a cotizaciones efectivas, lo que da lugar a que se las pueda denominar cotizaciones ficticias o virtuales ( STS 525/2016 de 14 junio, rcud. 1733/2015).

### **2. Ámbito aplicativo (RETA y SOVI).**

A) La STS 21 diciembre 2009 (rcud. 201/2009; Pleno) decide que a una trabajadora del RETA, se le compute como cotizados, asimilados por parto, los 112 días de bonificación establecidos en la Disposición Adicional Cuadragésimo Cuarta ( DA 44ª) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

B) El tenor literal del precepto en estudio suscitaba la duda de si el SOVI ha de considerarse un "régimen de Seguridad Social" al que pueden alcanzar las bonificaciones previstas respecto de los partos acaecidos antes



de su extinción. Esta cuestión ha sido resuelta en sentido afirmativo por esta Sala del Tribunal Supremo en varias sentencias de unificación de doctrina, en SSTs como las de 19 enero 2010 (rcud 2035/2009), STS 7 diciembre 2010 (rcud 1046/2010), STS 18 febrero 2010 (rcud 2217/2009), 2 marzo 2010 (rcud 945/2009) o 27 febrero 2013 (rcud).

En dichas sentencias se declara que la DA 44ª LGSS debe ser interpretada atendiendo a la finalidad del precepto, que es favorecer a las mujeres que se han visto obligadas a abandonar el mercado laboral por causa de maternidad. Esta norma de acción positiva a favor de las mujeres debe alcanzar no sólo a las aseguradas en los distintos regímenes de Seguridad Social integrados en el actual "sistema" de Seguridad Social, sino también a un colectivo, como el de los pensionistas del SOVI formado en gran parte por mujeres.

C) La STS 27 febrero 2013 (rcud. 1055/2012) advierte que la aplicación de los beneficios ficticios de la DA 44ª LGSS únicamente podrá incidir en prestaciones que se correspondan con el momento, la fecha del alumbramiento de los hijos de que se trate, de manera que si estos nacieron después del 1 de enero de 1967, no será posible imputar esas cotizaciones ficticias a un sistema de previsión inexistente en el momento en que se produjo el hecho:

Una cosa es entender en una acepción amplia, que por cierto no es ajena a nuestro uso del lenguaje, la expresión "régimen de Seguridad Social", extendiéndola al SOVI, y otra cosa bien distinta es alterar la naturaleza de "régimen residual extinguido" que tiene éste sistema de protección, permitiendo completar la carrera de seguro desarrollada en el mismo con acontecimientos posteriores a la fecha de su extinción.

D) Resumiendo esa doctrina, la STS 606/2017 de 7 julio (rcud. 606/2017) concluye que el beneficio de 112 días de cotización asimilada por parto resulta de aplicación a las beneficiarias del SOVI, aunque a tales efectos sólo se consideran los nacimientos ocurridos con anterioridad al 1 de enero de 1967, no los posteriores a esa fecha.

De igual modo, la STS 18 noviembre 2013 (rcud. 792/2013) descarta que puedan tomarse en cuenta los partos cuando han ocurrido en fecha anterior a aquélla en que se inicia el periodo dentro del cual debe situarse la carencia específica.

### **3. Alumbramientos comprendidos.**

La STS 525/2016 de 14 junio (rcud. 1733/2015) admite la aplicación del beneficio examinado por cada parto, cualquiera que sea el lugar donde se produzca y aunque tal hecho sea anterior al alta en el sistema de Seguridad Social. El reconocimiento de esos días asimilados a cotizados obedece al parto, sin que la Ley delimite a qué partos, lo que es lógico pues los reconoce a los partos en general sin límite alguno Temporal o locativo). Ello impide excluir su cómputo so pretexto de que el parto se produjo antes del alta en el sistema, por cuanto, precisamente, se bonifica el hecho de que la maternidad impidiera el trabajo

### **4. La STS 973/2016 de 22 noviembre (1692/2015).**

Resulta de especial interés el examen de nuestra STS 973/2016 de 22 noviembre (1692/2015). Alrededor de su alcance se ha polemizado en el presente procedimiento: el Juzgado de lo Social considera que avala la respuesta favorable a la demanda, mientras que el TSJ concluye lo contrario. Y la sentencia referencial gana firmeza, precisamente, porque la STS 973/2016 desestimó la casación interpuesta. Recordemos su contenido.

Para contrastar la conocida solución dada por la STSJ Cataluña 1581/2015, el SEPE eligió como referencial la STS 18 noviembre 2013 (rcud.792/2013). En el Fundamento anterior hemos reseñado su contenido (imposibilidad de computar los tres partos acaecidos entre 1973 y 1982 aun cuando hubieran podido servir para el cómputo de la carencia genérica, al tratarse de partos ocurridos en fecha anterior a aquélla en que se inicia el periodo dentro del cual debe situarse la carencia específica).

Tras examinar las resoluciones enfrentadas, nuestra STS 973/2016 descarta que se cumpla con el requisito del artículo 219.1 LRJS y expone lo siguiente:

Aunque en ambas sentencias comparadas se postula la aplicación del beneficio de cotización ficticia, lo cierto es que, las mismas contemplan supuestos totalmente distintos: mientras que en la sentencia recurrida se postula el derecho al subsidio de desempleo, no previsto en la DA 44ª LGSS, en la de contraste se postula el derecho a pensión de Jubilación, prevista en la DA 44ª LGSS que se reconoce conforme a reiterada doctrina. Supuestos distintos que justifican las soluciones distintas.

[...] La sentencia aportada como referencial en el presente supuesto, no cumple con las exigencias del art. 219 de la LRJS, para que la Sala apreciando la existencia de contradicción pudiera pronunciarse sobre el fondo del asunto, es decir, sobre si es de aplicación o no la bonificación de cotización ficticia prevista en la DA 44ª LGSS, al subsidio de desempleo; por lo que el recurso que debió inadmitirse, en este trámite procesal ha de desestimarse.



## **SEXTO.- El subsidio por desempleo y la cotización ficticia por parto.**

### **1. Recapitulación.**

A) La exposición que antecede indica que estamos ante una cuestión inédita en nuestra doctrina, sin que a estos efectos pueda considerarse que la STS 973/2016 se inclina en uno u otro sentido, al haberse limitado a poner de relieve las diferencias existentes entre los supuestos comparados. Es verdad que la STSJ Cataluña ahora invocada como referencial contiene una interpretación favorable al recurso y que ganó firmeza tras nuestra sentencia 973/2016; pero se trata de una consecuencia surgida por razones procesales, sin que ello comporte que hayamos asumido como correcta su tesis. Tampoco, por las mismas razones, eso significa lo contrario.

B) La transversalidad del principio de igualdad y no discriminación exige que asumamos la interpretación normativa que resulte más acorde con la consecución de los fines queridos por el ordenamiento en tal sentido.

C) El acceso a las prestaciones de Seguridad Social mayoritariamente lucradas por mujeres ha de controlarse asumiendo una interpretación flexible de sus requisitos. Por su propia configuración, los "periodos de cotización asimilados por paro" ( art. 336 LGSS), que forman parte de la Protección a la familia (Capítulo XV del Título II) son una de ellas (en concreto, de carácter familiar y contributivo: art. 42.1.d LGSS).

D) La interpretación con arreglo a criterios finalistas o analógicos conduce a extender a supuestos no expresamente contemplados por el ordenamiento lo previsto para otros (prestación en favor de familiares en SOVI, cómputo como cotizado del Servicio Social, consideración como accidente de las lesiones provocadas por el parto, acreditación de la violencia de género)

E) Los periodos de cotización asimilados por parto constituyen una medida de acción positiva que se proyecta en el acceso a las pensiones contributivas.

F) El abono de los 112 días de cotización por razón de parto lo hemos extendido a supuestos de protección social análogos, pero distintos a los estrictamente contemplados por la LGSS. Asimismo, el supuesto de hecho (alumbramiento) también lo hemos identificado del modo más favorable posible para que la específica protección consiga sus efectos.

### **2. Obstáculos para extender el beneficio al subsidio por desempleo para mayores de 55 años.**

A) La literalidad del precepto crucial para resolver el debate, desde luego, se inclina en favor de la tesis asumida por la sentencia ahora recurrida. Cuando el artículo 235 LGSS establece los "Periodos de cotización asimilados por parto" indica claramente que lo hace a efectos de "las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente" que puedan corresponder a "la trabajadora solicitante de la pensión".

B) Habida cuenta de que la norma existe desde hace quince años y de que las ulteriores reformas de la LGSS la han mantenido inalterada parece razonable pensar que de ese beneficio quedan excluidos los subsidios y cualesquiera prestaciones ajenas a las dos situaciones de necesidad reseñadas.

C) Por lo tanto, el tenor literal del precepto y la persistencia de la redacción que circunscribe la eficacia del beneficio a dos concretas pensiones contributivas son argumentos sólidos, precisamente coincidentes con los acogidos por la sentencia recurrida.

D) El Informe de Fiscalía añade que como el artículo 235 LGSS solo puede beneficiar a personas de género femenino resulta imposible extenderle la interpretación transversal que preconiza el artículo 4º y preceptos concordantes de la LOI.

### **3. Argumentos favorables a la extensión del beneficio.**

Digamos ya que, siguiendo la estela de las sentencias que hemos referenciado en el anterior Fundamento, nos inclinamos por una interpretación del artículo 235 LGSS que permita la toma en cuante de las cotizaciones ficticias por alumbramiento también a efectos del subsidio para mayores de 55 años. Veamos seguidamente los argumentos para ello.

A) Naturaleza del subsidio para mayores de 55 años.

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



La STS 9 marzo 2014 (rec. 116/2014) concluye que las compensaciones económicas garantizadas de abono periódico en supuestos de prejubilación no podían calificarse de salario a los efectos de la prohibición de la LPGE 2013. La STS 70/2018 de 25 enero (rec. 260/2016), recogiendo abundantes precedentes, explica que "el complemento que la empresa satisface a los trabajadores prejubilados, mientras cada uno de ellos no alcance la edad de jubilación, no puede calificarse de salario. Es obvio que no concurre el necesario mantenimiento de la relación laboral y, por ello, no hay prestación de servicios que sea objeto de retribución -ni siquiera concurre una causa de interrupción de la obligación de prestar servicios que mantenga vivo el derecho al salario-. Por consiguiente, difícilmente puede computarse la cuantificación de estos complementos en el concepto de masa salarial al que se refiere la norma presupuestaria en cuestión".

Es decir, el "subsidio" por desempleo, en la modalidad para mayores de 55 años venimos asimilándolo más a una jubilación que a una situación transitoria; de ahí que no consideremos subsistente la relación laboral, por más que la empresa asuma determinadas obligaciones.

B) Reenvío a las normas sobre jubilación.

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

Hay que recalcar esta íntima conexión entre las dos situaciones de necesidad protegidas: las reglas sobre desempleo remiten a las propias de la jubilación.

Siendo obvio que el beneficio de cotizaciones ficticias opera cuando se trata del acceso a una pensión contributiva de jubilación ( art. 235 LGSS) y que ahora se exige acreditar el cumplimiento de los requisitos propios de la pensión cuando se postula el subsidio, resulta innegable que la cotización ficticia despliega efectos en materia de desempleo.

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

C) Canon de interpretación constitucional.

El artículo 41 CE insta a mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice prestaciones sociales suficientes "ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo". Este mandato debe informar la práctica judicial a la hora de interpretar las leyes que lo desarrollan (art. 53.3).

Habida cuenta de los relevantes intereses promocionales perseguidos por el abono de cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento (cf. el apartado 1 del Fundamento Quinto), es claro que la mejor forma de proteger ante situaciones por desempleo consiste en resolver la duda interpretativa extendiendo su aplicación a los dos términos de la fórmula normativa a que acabamos de aludir.

D) Interpretación teleológica.

En diversas ocasiones hemos explicado que la regla sobre cotizaciones ficticias debe ser interpretada atendiendo a la finalidad del precepto, que es favorecer a las mujeres que se han visto obligadas a abandonar el mercado laboral por causa de maternidad (cf. el apartado 2 del Fundamento Quinto). Ese norte ha conducido a obviar la literalidad de alguna previsión cuando ello era necesario para alcanzar los fines perseguidos por el legislador y armonizarlos con los generales en materia de no discriminación.

Cuando la LOI establece la regla ahora plasmada en el artículo 235 LGSS desea facilitar el acceso a la pensión de jubilación a las mujeres que han sido madres. El trasfondo es fácilmente comprensible: estamos ante la prestación de Seguridad Social que requiere una previa cotización de mayor extensión. El entonces vigente artículo 161.1.b LGSS/1994 exigía "un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho". Por otro lado, el coetáneo artículo 163 indicaba el modo de hallar la cuantía de la pensión correspondiente, aplicando a la base reguladora un porcentaje creciente en función del tiempo cotizado.

Sobre ese entramado surge la regla en estudio. A diferencia de otras figuras emparentadas (como la del complemento por cuidado de menores, ahora recogida en el art. 236 LGSS), la cotización asimilada por parto juega tanto para alcanzar el periodo de carencia (los quince años) cuanto para contabilizar la carrera profesional total. Lo relevante es que haya habido un alumbramiento y que se produjera en época durante la cual la mujer no venía cotizando por desarrollar tareas productivas paralelas o anteriores.



Consideramos que la atención a las metas que se marcó la LOI aconsejan tomar en cuenta las cotizaciones ficticias por alumbramiento para todo lo relacionado con el acceso a la pensión de jubilación, sea en sí misma, sea cuando aparece conectada con el previo subsidio por desempleo.

Pese a lo indicado por la Fiscalía, ya hemos expuesto que nuestra doctrina no comparte ese restrictivo enfoque sobre el canon hermenéutico en cuestión, habiendo tomado el mismo como palanca interpretativa para flexibilizar el alcance de las exigencias normativas incluso cuando solo van referidas a la población femenina.

#### E) Interpretación sistemática.

Más arriba hemos recordado que durante la percepción del subsidio por desempleo para mayores de 55 años también existe una prestación anexa y muy relevante (cf. Fundamento Tercero, apartado 3). El SEPE, en efecto, debe cotizar por la contingencia de jubilación y tales cotizaciones son tomadas en cuenta tanto a efectos de base reguladora cuanto del porcentaje aplicable a la misma.

Este relevante engarce entre el subsidio y la pensión de jubilación se erige en un resorte interpretativo favorable a la interpretación amplia acerca de la valencia de la cotización ficticia cuestionada. Constituye una exigencia expresa e ineludible de la LGSS (arts. 274.4; 280.1; 205.1.b) que quien solicita el subsidio de desempleo para mayores de 55 años acredite en ese momento haber cotizado quince años, por lo que es seguro que a tales efectos hay que contabilizar las cotizaciones asimiladas por razón de alumbramiento.

Aunque el artículo 235 LGSS solo confiere validez a esas cotizaciones ficticias cuando se trata del acceso a la pensión contributiva de jubilación, una interpretación sistemática de las diversas normas expuestas aconseja que así se haga también a la hora de contabilizar el tiempo previo de cotización por desempleo pues lo contrario abocaría al paradójico resultado de tomarlas en cuenta para una pensión futura pero no para la prestación inmediata.

#### F) Valencia de la transversalidad promocional.

Hemos dedicado atención detallada (Fundamento Cuarto) a la incorporación de la perspectiva de género como cedazo interpretativo de nuestras normas puesto que esa es la razón básica en que apoya su doctrina la sentencia referencial y el eje a cuyo alrededor ha girado el debate casacional (cf. el Fundamento Primero, apartado 3).

Como hemos puesto de relieve en anteriores ocasiones no se trata de alterar las fronteras de la protección social delineada por el legislador. Mucho menos de arribar a soluciones voluntaristas (como apunta la impugnación al recurso). Lo que sucede es que las pautas interpretativas que acabamos de exponer (perfil del subsidio para mayores de 55 años, concordancia interna de la LGSS, finalidad de la LOI, mandato constitucional) convierte en razonable y deseable el resultado a que llega la sentencia referencial. Las dudas que pudieran subsistir se disipan, precisamente, aplicando este resorte interpretativo.

Esta pauta interpretativa, precisamente, tiene el máximo sentido a la hora de efectuar la interpretación normativa en relación con situaciones en que están en juego instituciones jurídicas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres, como es el caso de las cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento.

### **SÉPTIMO.- Resolución.**

#### **1. Unificación doctrinal.**

A la vista de las razones precedentes, y por los argumentos expuestos en el Fundamento Sexto, debemos resolver el debate en sentido favorable al recurso.

A efectos del subsidio por desempleo para mayores de 55 años, los periodos de cotización asimilados por parto ( art. 235 LGSS) han de tomarse en cuenta para comprobar si se cumplen los requisitos de carencia tanto de la pensión de jubilación (quince años en total: art. 205.1.b LGSS) cuanto del propio subsidio (seis años por desempleo: art. 274.4 LGSS). A esa conclusión accedemos a partir de una interpretación teleológica, sistemática, en clave constitucional y con perspectiva de género.

Conviene advertir que no estamos preconizando la extensión del beneficio a otras prestaciones de Seguridad Social, ni siquiera a otros supuestos de protección por desempleo.

#### **2. Estimación del recurso.**

Por cuanto antecede, consideramos que la sentencia recurrida no alberga la buena doctrina y que el recurso presentado por la solicitante del subsidio debe prosperar.



El artículo 228.2 LRJS dispone que " Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada". En el presente caso ello comporta resolver el debate suscitado en suplicación desestimando el recurso de tal clase planteado por el SEPE y confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, por los argumentos albergados en la nuestra.

Recordemos que el SEPE no ha cuestionado la concurrencia del resto de requisitos exigidos por la LGSS en orden a lucrar el referido subsidio y que el debate ha girado, de forma exclusiva, acerca de la toma en cuenta de las cotizaciones ficticias correspondientes a los tres descendientes que ha alumbrado la demandante cuando no se encontraba cotizando a la Seguridad Social.

La condición subjetiva del recurrente en suplicación y los términos del artículo 235.1 LRJS comportan que no debamos imponerle las costas procesales devengadas como consecuencia del recurso de suplicación que fracasa.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Irene , representada y defendida por el Letrado Sr. López Montesinos.

2º) Casar y anular la sentencia nº 2802/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), de 15 de diciembre de 2020.

3º) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el recurso de tal índole (rec. nº 815/2020) interpuesto por el Servicio Público de empleo Estatal (SEPE).

4º) Declarar la firmeza de la sentencia nº 70/2020 de 2 de marzo de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Jaén, en los autos nº 535/2019, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el SEPE, sobre subsidio por desempleo.

5º) No realizar especial pronunciamiento sobre las costas procesales generadas como consecuencia de los recursos que ahora resolvemos, debiendo asumir cada parte las propias.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.