



Roj: **STS 4126/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4126**

Id Cendoj: **28079140012016100673**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2016**

Nº de Recurso: **1733/2015**

Nº de Resolución: **525/2016**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 1634/2015,**
STS 4126/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 14 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social D^a. Cecilia Bellón Blasco contra la sentencia dictada el 13 de marzo de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en recurso de suplicación nº 3026/2013, interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de junio de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, en autos núm. 932/2010, seguidos a instancias de D^a. Candelaria contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre Incapacidad Permanente.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de junio de 2012 el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- Doña Candelaria, con D.N.I. nº NUM000, nacida el día NUM001 de 1945, de profesión limpiadora, afiliada con el número NUM002 al Régimen General, solicitó a 20 de mayo de 2010 la declaración de invalidez permanente ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Fue examinada a 3 de junio de 2010 por la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades. La Comisión de Evaluación de Incapacidades propuso la declaración de la demandante en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual pero se denegó su solicitud por no reunir el período mínimo de cotización exigido para causar pensión de incapacidad permanente, mediante Resolución de fecha 23 de junio de 2010, decisión impugnada en vía administrativa y ratificada, por semejantes razonamientos, en Resolución de 13 de septiembre de 2010 de la Dirección Provincial del referido Instituto.

2º.- La base reguladora de las prestaciones de invalidez, en atención a las cotizaciones de la parte demandante, es de 330,61 euros mensuales. Padece las siguientes enfermedades o lesiones derivadas de enfermedad común: "Espondiloartrosis lumbar. Síndrome miofascial generalizado. Síndrome depresivo: Hipertensión arterial".

3º.- La demandada reconoce 4.049 días cotizados a la demandante, de los que 112 corresponden al período posterior al parto de su segunda hija, nacida en Pontevedra. La demandante había tenido, además, otro hijo, en 1965, nacido en Francia».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Estimando totalmente la demanda interpuesta por D^a. Candelaria, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaro que la parte demandante



se encuentra en situación de Invalidez Permanente en grado de Total (cualificada) para su profesión habitual, derivada de enfermedad común, y, en consecuencia, condeno a la parte demandada, al pago de una pensión vitalicia del 75 % de la base reguladora declarada probada, en las condiciones y con los efectos legal y reglamentariamente previstos».

En fecha 30 de Abril de 2013 se dictó Auto por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra cuya parte dispositiva es la siguiente: «Se aclara la sentencia dictada en los presentes autos en fecha 15 de Junio de dos mil doce en los siguientes términos: El fallo de la sentencia tendrá la siguiente redacción: Estimando totalmente la demanda interpuesta por D^a Candelaria , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaro que la parte demandante se encuentra en situación de Invalidez Permanente en grado de Total para su profesión habitual, derivada de enfermedad común, y, en consecuencia, condeno a la parte demandada, al pago de una pensión vitalicia del 50% de la base reguladora declarada probada, en las condiciones y con los efectos legal y reglamentariamente previstos».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 13 de marzo de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación formulado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS y de la TGSS, contra la sentencia de fecha quince de junio de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social Número Uno de Pontevedra , en el procedimiento 932/10 seguido a instancia de Dña. Candelaria , sobre invalidez permanente, confirmando la expresada resolución, aclarada por auto de 30 de abril de 2013 ».

TERCERO.- Por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 28 de abril de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Murcia en fecha 22 de abril de 2013 .

CUARTO.- Con fecha 24 de septiembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida no obstante haber sido emplazada pasa lo actuado al Ministerio Fiscal a fin de que informe en el plazo de quince días sobre la procedencia o improcedencia del presente recurso.

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de junio de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar el alcance del beneficio, consistente en el reconocimiento de 112 días de cotización por cada parto de un hijo, que la Disposición Adicional Cuadragésima cuarta de la LGSS establece. Concretamente se controvierte si ese beneficio se concede, también, con ocasión de los partos que hayan tenido lugar en el extranjero.

2. La sentencia recurrida contempla el caso de una trabajadora, nacida el NUM001 de 1945, que tuvo un hijo el NUM003 de 1965 en Francia y otro en España el NUM004 de 1969. Posteriormente, el 1 de julio de 1988, se dió de alta en la Seguridad Social española, a la que cotizó 3937 días hasta que fue propuesta de incapacidad permanente total para su profesión habitual, sin derecho a prestaciones por no reunir la carencia exigida, al acreditar sólo 4049 días cotizados, incluidos 112 días por el nacimiento de su segunda hija, de los 4105 que le era exigibles. La trabajadora presentó demanda interesando que se le reconocieran otros 112 días de cotización por el nacimiento de su primer hijo, pretensión que fue estimada en la instancia por sentencia que le reconoció el derecho a las prestaciones reclamadas, pronunciamiento que confirma la sentencia hoy recurrida. Tal decisión se funda en que "la DA 44 de la LGSS resulta aplicable a todas las mujeres trabajadoras de nacionalidad española", sin que el hecho de que el hijo nazca fuera impida su aplicación, máxime, cuando el art. 7-4 de la LGSS contempla el establecimiento de medidas de protección social para españoles no residentes en su país.

3. Como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, conforme al art. 219 de la LPL , trae la recurrente la dictada por el TSJ de Murcia el 22 de abril de 2013 (RS 1049/2012). En esta sentencia se contempla el caso de una trabajadora marroquí, nacida el NUM005 de 1945, que tenía ocho hijos, nacidos en Marruecos, entre 1964 y 1986, cuando en marzo de 1997 se dió de alta en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social al que tenía reconocidos 4932 días de cotización en agosto de 2010, más otros 98 que cotizó con retraso, tras solicitar la pensión de jubilación el 20 de enero de 2011. La pensión se le denegó por no acreditar los 5475 días de cotización exigibles. El INSS entendió que no era computable el beneficio de 112 días de cotización por cada parto de un hijo, al haberse producido estos



antes de venir a España y de empezar a trabajar aquí, argumento que no fue estimado por la sentencia de instancia, pero sí por la de suplicación que se trae de contraste, resolución que deniega el cómputo de las cotizaciones ficticias controvertidas cuando se trata de partos acaecidos en otro país.

4. Las sentencias comparadas son contradictorias, por cuanto una ha entendido que el beneficio cuestionado se otorga, igualmente, aunque se trate de partos acaecidos en el extranjero y la otra que no, argumento al que añade otros que no fueron objeto de debate en el caso de la sentencia de contraste.

SEGUNDO.- El motivo del recurso dedicado al examen del derecho aplicado alega la aplicación indebida de la Adicional 44ª de la LGSS en relación con los artículos 7 y 138-2 de la misma. Sostiene en esencia la recurrente que los beneficios de esa Disposición Adicional sólo se aplican con relación a partos acaecidos en España, al ser este el ámbito de aplicación del Sistema de Seguridad Social patrio.

El recurso así articulado no puede prosperar porque la Disposición Adicional que se aplica no condiciona el nacimiento del derecho al lugar en que se produjera el parto. En efecto, la citada disposición adicional cuadragésima cuarta de la LGSS establece: «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».

Una interpretación lógico sistemática de la Disposición transcrita nos muestra en primer lugar que, como el epígrafe indica, la misma 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. El reconocimiento de esos días asimilados a cotizados obedece al parto, sin que la Ley delimite a que partos, lo que es lógico pues los reconoce a los partos en general sin límite alguno, por cuanto, como evidencia el que esa norma tiene su origen en la Adicional Decimoctava de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, donde se contienen disposiciones encaminadas a flexibilizar la exigencia de cotización para facilitar a las mujeres el acceso a las prestaciones por maternidad y de otro tipo. Ese es el motivo por el que en el apartado 23 de la citada adicional de la Ley 3/2007 se adiciona a la LGSS la Adicional cuadragésima cuarta que nos ocupa y sobre la que esta Sala tiene declarado: « La Disp. Ad. 44ª LGSS, introducida por la Disp. Ad. 18ª.23 LOIMH, se refiere a cualquier régimen de Seguridad Social, lo que no puede ser interpretado en una literalidad estricta y con el tecnicismo propio de la normativa de seguridad social que preserva esta denominación para el sistema de protección nacido a partir de 1967. Y ello porque 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. Las trabajadoras ya acreditan de modo efectivo la cotización por 112 días (16 semanas), mientras disfrutan del descanso de maternidad - y así lo contempla el precepto, al excluir de su aplicación a quienes hubieren cotizado por las 16 semanas-. 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 discriminatoria se hace relevante, puesto que la falta de cotización en ese periodo obedece exclusivamente a aquella circunstancia ".». « el beneficio otorgado en la Disp. Ad. 44ª se aplica a todas las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley de Igualdad - ex Disp. Transitoria 7ª. 3-, con independencia de la fecha de la legislación por la que se rijan. En consecuencia, el criterio para acudir a la suma de los 112 días ficticios es el de la fecha en que se cause la prestación y no la de la vigencia del régimen en que se cause ".». (SS.TS. de 21 de diciembre de 2009 (dos Rcd. 201/2009 y 426/2009) y 2 de marzo de 2010 (Rcd. 945/2009) entre otras). El hecho de que el beneficio cuestionado no se reconozca a las trabajadoras o funcionarias que hubiesen cotizado por estar en activo al tiempo del parto nos muestra que el beneficio controvertido se reconoce, precisamente, a quienes no acreditan cotizaciones durante aquel periodo de dieciséis semanas, a fin de compensar a esas mujeres por la falta de protección que en ese momento tuvieron.

La interpretación señalada obliga a desestimar el recurso porque el artículo 7 de la LGSS no resulta aplicable, por cuanto la Adicional analizada se aplica, precisamente, a quienes no estaban de alta en el sistema de Seguridad Social español al tiempo del parto que se bonifica con el reconocimiento de 112 días de cotización. Por otro lado, debe recordarse que la bonificación estudiada se concede por el parto con independencia del lugar en el que se produzca, porque es principio de derecho que "donde la Ley no distingue nosotros tampoco debemos distinguir", principio aplicable en el presente caso dado el espíritu que informa la norma y que de su literalidad se deriva que el reconocimiento de los 112 días de cotización asimilada o ficticia se produce al tiempo de causarse la prestación contributiva de incapacidad permanente o jubilación, prestaciones para las



que se establece la bonificación dicha, lo que 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.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones obligan, como ha informado el Ministerio Fiscal, a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia recurrida que contiene la doctrina correcta. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social D^a. Cecilia Bellón Blasco contra la sentencia dictada el 13 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en recurso de suplicación nº 3026/2013 , interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de junio de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra , en autos núm. 932/2010, seguidos a instancias de Candelaria contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Se declara la firmeza de la sentencia recurrida. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.