



Roj: **STSJ CAT 7242/2017 - ECLI:ES:TSCAT:2017:7242**

Id Cendoj: **08019340012017104658**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2017**

Nº de Recurso: **2308/2017**

Nº de Resolución: **3874/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL MAR GAN BUSTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 7242/2017,**
STS 338/2020

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2016 - 8022906

CR

Recurso de Suplicación: 2308/2017

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMA. SRA. M. MAR GAN BUSTO

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

En Barcelona a 15 de junio de 2017

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. **3874/2017**

En el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL (INSS) frente a la Sentencia del Juzgado Social 33 Barcelona de fecha 17 de enero de 2017 dictada en el procedimiento Demandas nº 496/2016 y siendo recurrido/a Felicidad . Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. MAR GAN BUSTO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de junio de 2016 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Seguridad Social en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 17 de enero de 2017 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimar la demanda interpuesta per Felicidad contra INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL, en demanda en



reclamació de jubilació anticipada, i reconèixer el dret de la demandant a accedir a la mateixa, per una base reguladora de 1518,92€ al mes i un percentatge total aplicable del 88,9031%, i condemnar l'entitat gestora al seu abonament des de la data d'efectes del 16.3.16."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1.- La demandant, nascuda el NUM000 .52, demanà la pensió de jubilació anticipada en data 19.4.16, amb especificació que el darrer dia de treball seria el 15.3.16.

2.- Per resolució de l'INSS de 22.4.16 es resolgué denegar la prestació demanada en no acreditar el període mínim de cotització, en acreditar 12.585 dies i necessitar 12.649 dies, especificant que " *para el cálculo de los días exigidos se ha multiplicado el período mínimo, 12775 días, por el coeficiente global de parcialidad (99,02%). Este coeficiente es el resultado de dividir los días cotizados (12585) entre días días naturales que Vd. ha permanecido en alta.*"

3.- Interposada reclamació prèvia, ha estat desestimada per nova resolució de l'INSS de 30.5.16 (doc. 3 adjunt a la demanda, que es dona per íntegrament reproduït), en la que es detallen tots els períodes cotitzats, que es fixen ara en 12.677 dies, però els necessaris es fixen en 7 dies més, 12.684 dies. S'hi afegeixen els següents fets:

"6.- *Para el cálculo de los días exigidos se ha multiplicado el período requerido, 12775 días, por el coeficiente global de parcialidad (99,02%). Este coeficiente es el resultado de dividir los días cotizados (12677) entre días días naturales que Vd. ha permanecido en alta (12768).*"

7.- *El hecho causante se fijó el 15.3.16 fecha de baja en la empresa.*

8.- *Los días de vacaciones retribuides y no disfrutadas no se pueden computar porque desde el 15.3.2016 es pensionista de incapacidad permanente total.*

9.- *El artículo 208 LGSS no contempla que el Servicio Social Sustitutoria sirva para acreditar el período mínimo de cotización exigido.*

4.- Els períodes cotitzats per la demandant són els reflectits a la resolució definitiva (conformitat d'ambdues parts).

5.- La demandant, segons certificat del Ministeri d'Hisenda aportat a les actuacions, " *...se incorporó al "Servicio Social de la Mujer" el día 1 d'abril de 1968, terminando el mismo y expidiéndose certificado ordinario de la prestación el 9 de mayo de 1968, obteniendo además una bonificación de 100 días.*"

6.- La base reguladora de la prestació reclamada és de 1518,92€ al mes, el percentatge per edat, 90,63%, per percentatge per anys cotitzats, 98,10%, el

percentatge total aplicable, el 88,9031%, i la data d'efectes la de 16.3.16, dia següent al cessament en el treball (doc. 1 INSS). "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la parte actora, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que estima la demanda, se alza en suplicación la parte demandada (el INSS) articulando el recurso por la vía del apartado c del art 193 de la Ley reguladora de la jurisdicción social que impugna la parte actora.

Centrando los términos del recurso en al revocación de la sentencia de instancia absolviendo al INSS de los pedimentos deducidos en la demanda.

Como motivo de censura jurídica alega la infracción del art 208 , art 247 de la Ley General de la Seguridad Social , Texto refundido aprobado por el RD 8/2015 de 30 de octubre en relación con el art 3 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, ya que en ningún caso se desprende del art 208 de la LGSS la extensión a otras situaciones tales como la discutida del Servicio Social de la Mujer, pues el contemplar una excepción a la regla general debe de ser interpretada de forma restrictiva, pues la cuestión se centra en el cómputo del periodo mínimo de cotización y más concretamente si debe de tenerse en cuenta como período asimilado al de cotización el período denominado Servicio Social de la Mujer prestado por la demandante desde el 1 de abril al 9 de mayo de 1968, y la sentencia de esta Sala nº 5995/2010 de 21 de septiembre , por lo que no puede



ser tomado en consideración a efectos de reunir el periodo mínimo de carencia requerido para el acceso a la jubilación anticipada por voluntad del trabajador

Partiendo del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia que se da por reproducido a todos los efectos en este fundamento.

SEGUNDO.- El art 208 de la Ley General de la Seguridad Social establece lo siguiente: Jubilación anticipada por voluntad del interesado

1. El acceso a la jubilación anticipada por voluntad del interesado exigirá los siguientes requisitos: b) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta y cinco años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

TERCERO.- Y por parte el art 247 de la Ley General de la Seguridad Social prevee lo siguiente: Cómputo de los periodos de cotización

A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a), sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b).

En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación.

CUARTO.- Ya que en el presente caso queda acreditado como consta en el hecho probado primero que solicita la jubilación anticipada el 19 de abril de 2016 en el que establece que el último día de trabajo es el 15 de marzo de 2016 y se deduce del hecho probado sexto que para el cálculo de los días exigidos se ha multiplicado el período requerido, 12.775 días por el coeficiente global de parcialidad (99,02%) y este coeficiente es el resultado de dividir los días cotizados (12677) entre días naturales que Vd. ha permanecido en alta (12.768).

Pues el hecho causante se fijó el 15.3.16 fecha de baja en la empresa.

Y los días de vacaciones retribuidas y no disfrutadas no se pueden computar porque desde el 15.3.2016 es pensionista de incapacidad permanente total.

"Ya que queda probado que se incorporó al "Servicio Social de la Mujer" el 1 de abril de 1968, terminando el mismo y expidiéndose certificado ordinario de la prestación el 9 de mayo de 1968, obteniendo una bonificación del 100 días.

Es decir acredita 12677 días cotizados y necesita 12.684 días.



QUINTO.- Teniendo en cuenta que esta Sala como alega la parte recurrente ya ha resuelto la cuestión que plantea la parte recurrente por la jurisprudencia que se menciona en la sentencia, Roj: STSJ CAT 5967/2010 -Sala de lo Social.Nº de Recurso: 2263/2009 .Nº de Resolución: 5995/2010.Fecha de Resolución: 21/09/2010..... Que contra la sentencia que desestimó la pretensión contenida en la demanda y relativa al reconocimiento de los servicios prestados durante el período en el que cumplió con el denominado "Servicio Social a la mujer española", como de servicios prestados al Estado y por ende computables para el cálculo de la pensión de jubilación, se alza la demandante formulando el presente recurso de suplicación.....Que la cuestión tiene, como se evidencia de la lectura tanto de la demanda como de la sentencia y del propio recurso, una evidente similitud con la cuestión que ha sido conocida no sólo por la Sala, sino por distintos Tribunales Superiores de Justicia, así como por el Tribunal Supremo , relativa a la influencia o no de la prestación del servicio militar obligatorio a efectos del cálculo del porcentaje de la pensión de jubilación.

Nos encontramos pues, ante dos circunstancias en las que con anterioridad al advenimiento de la democracia, se había establecido un deber de servicio a España, en las modalidades de servicio de armas para los hombres y de índole social para las mujeres, similitud que se observa de la simple lectura del art. 4 del Reglamento que lo reguló y fue aprobado por Decreto 418/1937 y más claramente de la lectura del Decreto 378/1937 por el que se creó dicho servicio social.

Que examinando las disposiciones que regulaban el denominado servido social a la mujer española, ninguna de dichas disposiciones conforme a las cuales hubo de prestar la demandante el servido social obligatorio, durante el período que reclama, asimilaron tal período al trabajo por cuenta ajena, no contemplaron obligación alguna de la autoridades competentes en orden a una supuesta afiliación, alta o cotización, a cualquier sistema de cobertura pública o privada, por lo que es claro que si durante el período en el que por la actora se realizó dicha prestación social obligatoria nunca estuvo comprendida dentro del ámbito de cobertura de cualquier sistema público de previsión social, no puede reconocérsele dicho período a efectos del cálculo del porcentaje de la prestación de jubilación que tiene reconocida, al respecto pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 22-2-2007 y 10-11-09 , señalando esta última que aún pudiendo considerarse tal período como de asimilado al alta, al no existir obligación de cotizar no puede tomarse en consideración a los efectos del derecho que se reclama. (pensión jubilación y servicio militar obligatorio).

A ello se refería el magistrado en la sentencia de instancia y no a la retroactividad o no de las normas, pues una cosa es el derecho a la prestación que debe ser el vigente en el momento de producirse el hecho causante y otra distinta es la existencia o no de obligación de cotizar en un período anterior y determinado, el cual debe regularse no conforme a los parámetros actuales, sino conforme a aquéllos que eran de aplicación en aquel momento, máxime cuanto nos referimos a una prestación social que no está vigente en el momento del hecho causante.

Por último señalar que tampoco puede estimarse la segunda de las alegaciones que parte de la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de noviembre de 2009 , tal como ha señalado el Tribunal Supremo al examinar su aplicación a la prestación de armas obligatoria, en su sentencia de 23- 11-2009. cuando ad pedem litterae señala: "...Tampoco resulta aquí de aplicación, en fin, la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a la letra a) del punto 4 de la Sección J del Anexo VI del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, esto es, la sentencia de 13 de noviembre de 1997 , no sólo porque, como vimos, la normativa interna española no equipara el servicio militar a períodos de trabajo por cuenta ajena o a períodos asimilados, pues la nuestra se trataba de una relación de servicios de naturaleza no profesional, sino también, y fundamentalmente, porque la Sección D del referido Anexo IV del Reglamento 1408/71, es decir, el relativo a España, contiene una regulación por completo diferente a la que contempla la mencionada Sección J para los Países Bajos, y es a éstos a los que se refiere la citada sentencia del Tribunal europeo."

SEXTO.- Por lo cual es ajustado a derecho la resolución del INSS de 30 de mayo de 2016, en los términos que se deduce del hecho probado sexto, en la que desestima la reclamación previa contra la resolución del INSS de 22 de abril de 2016, que consta en el hecho probado segundo.

Al no ser procedente el cómputo del período mínimo de cotización es decir el período asimilado al de cotización el período denominado Servicio Social de la Mujer prestado por la parte actora en el período 1 de abril al 9 de mayo de 1968, al no tener la cobertura de cualquier sistema público de previsión social es por lo que no se puede reconocer en la pensión de jubilación anticipada que reclama la parte actora, por la aplicación de la jurisprudencia anteriormente citada.

SÉPTIMO.- No quedando ello desvirtuado por los motivos alegados por la parte actora en la impugnación del recurso de suplicación, pues hace mención a diferentes sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia



que no constituyen jurisprudencia que vincule a esta Sala, teniendo en cuenta que en la sentencia de esta Sala anteriormente citada se analiza la jurisprudencia en la cita de sentencias del TS.

Ya que es necesario precisar que la mención de sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de diferentes Comunidades Autónomas, no constituyen jurisprudencia de conformidad con el art 1.6 del Código Civil, que establece que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca en Tribunal Supremo al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

OCTAVO.- De conformidad con las precedentes consideraciones estimamos el recurso de suplicación al producirse la infracción de los arts citados en los términos que lo formula la parte recurrente, en consecuencia revocamos la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos, absolviendo al INSS de los pedimentos deducidos en la demanda.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación que formula el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia del juzgado social 33 de BARCELONA, autos 496/2016 de fecha 17 de enero de 2017, seguidos a instancia de Felicidad, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación de pensión de jubilación, debemos de revocar y revocamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos, absolviendo al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de los pedimentos deducidos en la demanda.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.