



Roj: **STS 582/2018 - ECLI:ES:TS:2018:582**

Id Cendoj: **28079140012018100112**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2018**

Nº de Recurso: **1845/2016**

Nº de Resolución: **173/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 1785/2016,**
STS 582/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **1845/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 173/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 20 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), contra la sentencia dictada el 23 de febrero de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 6661/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Barcelona, de fecha 16 de junio de 2015, aclarada por auto de fecha 1 de septiembre de 2015, recaída en autos núm. 556/2014, seguidos a instancia de D.^a Gregoria contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre pensión de jubilación.

Ha sido parte recurrida D.^a Gregoria, representada por el letrado D. Marcelino Díez García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de junio de 2015 el Juzgado de lo Social nº 9 de Barcelona dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: « 1º. - La parte actora nacida en fecha de 8 de noviembre de 1949 solicitó del INSS en fecha 20 de febrero de 2014 prestación por jubilación. (Hecho no controvertido).



2º. - La Dirección Provincial del INSS dictó en fecha de 20 de febrero de 2014 resolución por la que se denegó a la demandante la pensión solicitada porque en la fecha del hecho causante (el 20 de febrero de 2014) reúne 0 días cotizados en los últimos quince años y porque en la fecha del hecho causante tiene cumplidos 64 años de edad inferior a la de 65 exigida legalmente .(Expediente administrativo)

3º.- La base reguladora de la pensión de jubilación es de 619'80 euros y el coeficiente que sobre la misma le correspondería sería el del 59'80 %. (Expediente administrativo)

4º.- La parte actora cumplió los 60 años el 7 de noviembre de 2009. Cotizó 7.166 días desde el 11 de enero de 1965 hasta el 23 de octubre de 1989. Desde el 18 de octubre de 1990 ha estado inscrita como demandante de empleo hasta la fecha salvo del 17 de octubre de 1992 al 25 de marzo de 1994 y del 12 de marzo de 1997 al 4 de junio de 1997. (Documental de la parte demandante)

5º. - Formulada reclamación previa esta fue desestimada por resolución expresa».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «Que estimo íntegramente la demanda formulada por D.ª Gregoria frente al INSS y en consecuencia condeno al INSS a reconocer a D.ª Gregoria una pensión de jubilación del 59'80% de su base reguladora de 619'93 euros con efectos desde el día de 21 de febrero de 2014».

La Sala, por auto de fecha 1 de septiembre de 2015, procedió a aclarar la precitada sentencia en los siguientes términos: «Dispongo que sí ha lugar a la aclaración de sentencia entendiéndose que en el "Hecho Probado 3º" la base reguladora de la pensión de jubilación es de 614,93 euros, quedando en el Fallo subsanado dicho error aclarándose que se condena al INSS a reconocer a D. Gregoria una pensión de jubilación del 59'80% de su base reguladora de 614,93 euros, con efectos desde el día de 21 de febrero de 2014».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 23 de febrero de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 16 de junio de 20105 dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Barcelona en autos nº 556/2014 de aquel juzgado seguidos a instancia de D.ª Gregoria , contra el recurrente INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y, en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida».

TERCERO.- Por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Burgos, en fecha 21 de diciembre de 2001 (RSU 813/2001). El recurso se fundamenta en la infracción de lo dispuesto en el artículo 161.1 b) y 3 de la LGSS , Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (de aplicación al supuesto enjuiciado) en relación con los artículos 124 y 125 del mismo cuerpo legal y el artículo 36 del RD 84/1996, de 26 de enero , por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas y Bajas y Variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, y habiéndose personado la parte recurrida fuera del plazo concedido, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que el recurso formalizado debe ser procedente, y se case y anule la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que es objeto del presente recurso de casación unificadora estriba en determinar si debe aplicarse la doctrina del paréntesis, a efectos de establecer la fecha de referencia para valorar la concurrencia de la carencia específica exigida para el acceso a la pensión de jubilación, cuando se han producido diversas interrupciones en la inscripción como demandante de empleo que pierde por ello la condición de ininterrumpida y afecta en consecuencia al requisito de estar en alta o situación asimilada a la fecha del hecho causante.

La solicitud de la pensión de jubilación que interesó la demandante ante el Instituto Nacional de la Seguridad social (INSS) el 20 de febrero de 2014, le fue denegada porque no reunía el periodo de carencia específica de dos años en los quince anteriores al momento de causar el derecho. Agotada la vía previa planteó demanda, que fue estimada en sentencia del juzgado de lo social 9 de Barcelona de 16 de junio de 2015 .



La sentencia recurrida de la Sala Social del TSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2016, rec. 6661/2015, desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la misma por el INSS y considera que la actora acredita estar en situación de alta, porque si bien no aparece inscrita ininterrumpidamente como demandante de empleo y abandonó la vinculación con el mundo laboral durante unos concretos periodos de tiempo, estos son muy breves en comparación con el amplio plazo en el que ha estado cotizando e inscrita en la oficina de empleo, ello unido a lo dilatado de la última renovación, informan de su voluntad constante y mantenida de seguir una vida laboral, por lo que resulta de aplicación la doctrina flexibilizadora de dicho requisito que obliga a aplicar la doctrina del paréntesis, a efectos de acreditar el requisito de carencia específica de dos años cotizados dentro de los 15 años anteriores a la fecha en la que cesó la obligación de cotizar, para retrotraer su exigencia al momento de su última ocupación cotizada en octubre de 1989.

2. - Los hechos indiscutidos del caso de autos, son como siguen: 1º) la actora cumplió 60 años el NUM000-2009 y solicitó pensión de jubilación el 20-2-2014; 2º) acredita como cotizados 7.166 días, desde el 11-1-1965 al 23-10-1989; 3º) aparece inscrita como demandante de empleo desde el 18-10-2010, y así se ha mantenido hasta la fecha, salvo con diversas interrupciones en los periodos 17-10-1992 a 25-3-1994 y 12-3-1997 a 4-6-1997; 4º) fue mutualista con anterioridad a 1967.

Debe ya anticiparse que no consta ninguna circunstancia, personal o familiar, que pudiese explicar la baja en la inscripción como demandante de empleo en esos tres diversos periodos en los que se ha omitido desde su última ocupación cotizada el 23 de octubre de 1989 y que totalizan en su conjunto 2 años y 9 meses.

La trabajadora no sufre ninguna enfermedad o dolencia que sea causa de su exclusión del mercado de trabajo en tales periodos, ni hay tampoco ninguna referencia a cualquier otra situación de carácter personal o incluso familiar que pudiese de alguna forma justificarlo

SEGUNDO. 1. - El recurso de la entidad gestora denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 161.1.b) y 3 de la LGSS, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (de aplicación al supuesto enjuiciado), en relación con los arts. 124 y 125 del mismo cuerpo legal y art. 36 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas y Bajas y Variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social, para sostener que la actora no acredita el requisito de estar en situación de alta o asimilada, porque no ha estado inscrita ininterrumpidamente como demandante de empleo conforme requiere el art. 36 del citado RD 84/1996, sin que pueda atenuarse su exigencia en aplicación del criterio flexible y humanizador aplicado a estos efectos por el Tribunal Supremo en aquellos supuestos en los que hay descuidos en los resortes legales prevenidos para continuar en situación de alta.

2.- Se aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 21-12-2001, rec. 813/2001, que desestima la suplicación interpuesta por el actor y confirma la sentencia de instancia, igualmente desestimatoria de su demanda de reconocimiento de pensión de jubilación anticipada.

En este caso el actor solicitó pensión de jubilación al cumplir 60 años, que fue denegada por resolución de 27-3-2001. Inició su vida laboral por cuenta ajena el 3-2-1962, acreditando 1898 días cotizados antes de 1967; tras prestar servicios en una empresa, percibió prestación por desempleo desde 24-11-1983 a 23-11-1985; continuó en situación laboral de desempleo hasta 17-5-1990; no estuvo inscrito como desempleado en los periodos: 17-5-1990 a 13-12-1990, 19-3-1991 a 26-5-1992, y 4-11-1999 a 29-2-2000; el 29-2-2000, se inscribió nuevamente como demandante de empleo, situación en la que permanece.

La Sala de suplicación, no considera acreditado el requisito de estar en alta o situación asimilada, en tanto que trabajador no permaneció inscrito ininterrumpidamente como desempleado en los periodos indicados, sin que esta situación pudiese estar justificada por padecer la enfermedad de Whippel, de la que fue diagnosticado en 1995 y objeto de intervención quirúrgica en 1998, para tratar la eventración abdominal infraumbilical secundaria a la intervención de laparotomía exploradora efectuada en 1995, de manera que la falta de continuidad en la inscripción impide considerar que concurra aquel requisito.

3. - Es fácil constatar que de los datos expuestos se deduce la existencia de contradicción entre las dos sentencias enfrentadas, puesto que en ambos casos se trata de trabajadores que ostentan la condición de mutualistas por haber cotizado antes de 1.1.1967, que acreditan el requisito de carencia genérica de quince años, y que han estado inscritos como demandantes de empleo tras su última ocupación cotizada, pero con relevantes intervalos de interrupción que impiden calificar esta situación como ininterrumpida.

En el supuesto de la sentencia recurrida la última actividad laboral data de 23-10-1989 y los periodos en los que no hay inscripción como demandante de empleo son los comprendidos entre esa fecha y 18-10-1990, así como de 17-10-1992 a 25-3-1994 y 12-3-1997 a 4-6-1997, es decir, más de dos años en su totalidad.



En la sentencia de contraste los periodos sin inscripción como demandante de empleo son muy similares, e incluso manifiestamente inferiores, de 17-5-1990 a 13-12-1990; 19-3-1991 a 26-5-1992; y 4-11-1999 a 29-2-2000, lo que hace un año en su conjunto.

En ninguno de los dos supuestos se acredita la menor circunstancia que pudiese justificar el apartamiento del mundo laboral en esas fechas, siendo además que en la sentencia de contraste se califica como irrelevante a estos efectos el tratamiento médico y las intervenciones quirúrgicas de las que ha sido objeto recibido el actor para tratarse de una determinada enfermedad, sin que en la sentencia recurrida ni tan siquiera concurra una circunstancia similar.

En tan coincidentes circunstancias jurídicas y de hecho los fallos de las resoluciones son frontalmente contradictorios.

La sentencia recurrida estima la demanda y reconoce el derecho a la pensión de jubilación por entender que los periodos de apartamiento del mundo laboral no tienen trascendencia, mientras que en la referencial se considera que los periodos sin inscripción como demandante de empleo determinan que no pueda entenderse como ininterrumpida, lo que impide tener por acreditado el requisito de estar en alta o situación asimilada.

4.- Estamos de esta forma ante una clara contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS, que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

TERCERO . 1. - A la vista de estos antecedentes, la conclusión no puede ser otra que la de entender que la aplicación adecuada del artículo 161. 1 b) LGSS, en relación con el requisito de estar en alta o situación asimilada cuando se han producido diversas interrupciones en la inscripción como demandante de empleo, a efectos de valorar la concurrencia de la preceptiva carencia específica, es la que se contiene en la sentencia de contraste.

Como dicho precepto dispone " 1. *Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas incluidas en este Régimen General que, además de la general exigida en el apartado 1 del art. 124, reúnan las siguientes condiciones:.... b) Tener cubierto un período mínimo de cotización de 15 años, de los cuales al menos 2 deberán estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.*

En los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de 2 años a que se refiere el párrafo anterior deberá estar comprendido dentro de los 15 años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar."

Por su parte, el art. 36 del RD 84/1996, considera como situación asimilada a la de alta, la ".... *de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantengan la inscripción como desempleado en la oficina de empleo*", en coincidencia con la consolidada doctrina jurisprudencial en esta materia, que dando sentido al requisito de estar en situación asimilada a la de alta al paro involuntario para acceder a la pensión de jubilación, ha declarado que ello supone el mantenimiento de la voluntad de incorporación al trabajo tras el agotamiento de la prestación o el subsidio de desempleo, para puntualizar que la persistencia de esa voluntad de trabajo ha de evidenciarse por el mantenimiento de la inscripción ininterrumpida y actualizada como demandante de trabajo en la correspondiente oficina de empleo (SSTS 29 de mayo de 1992, 17 de noviembre de 1992 y 1 de abril de 1993, 20 de enero de 2003, rcud.1290/2002, entre otras muchas).

2. - Antes de continuar, y al tratarse de un supuesto en el que la demandante había pertenecido al Mutualismo Laboral antes de 1 de enero de 1967, hemos de dejar constancia de que no estamos en el caso que resuelve la STS de 29 de junio de 2015, rcud.2972/2014, - que viene en aplicar la doctrina de la STS 3 de junio de 2005, rcud.3054/2004 - , para concluir que no es exigible en esa singular situación que el trabajador haya permanecido inscrito como demandante de empleo de forma ininterrumpida desde que se extinguió su último contrato de trabajo, por cuanto no es requerida esa obligación " *para el beneficiario de la pensión de jubilación anticipada que proviniese del sistema de mutualismo laboral de permanecer inscrito en la oficina de empleo, y menos de forma ininterrumpida como exige el INSS, a diferencia de lo que ocurre con la jubilación anticipada de los trabajadores que no pertenecieron antes del 1 de enero de 1.967 al referido mutualismo laboral*".

Se refieren estas sentencias a supuestos en los que concurre en la fecha de la solicitud de la prestación el requisito de carencia genérica y específica, por tener más de 15 años cotizados y dos dentro de los quince anteriores a esa fecha, en los que se exime de la necesidad de que sea ininterrumpida la inscripción como demandante de empleo a los integrados en el Mutualismo Laboral.



Lo que no afecta a la cuestión que es objeto del presente asunto, en el que el requisito de carencia específica no concurre en los quince años anteriores a la solicitud de la jubilación, y es necesario aplicar por lo tanto la doctrina del paréntesis para remontarse al momento de la última ocupación cotizada y referenciar a esta fecha su cumplimiento.

CUARTO. 1.- Centrados de esta forma los términos del debate y como explica la STS de 15 de enero de 2010, rcud.948/2009, es aquel requisito de carencia específica sobre el que ésta Sala " ha aplicado la denominada teoría del "paréntesis" cuando la ausencia de tal periodo mínimo de cotización específico se produce por una imposibilidad en el beneficiario de trabajar, manifestada a través de una pérdida de la ocupación cotizada, del agotamiento de prestaciones por desempleo y de una posterior inscripción persistente en la oficina de empleo".

Tras lo que la precitada sentencia hace suyos los argumentos de la STS 19 de julio de 2.001, rcud.4384/2000, que resume esa doctrina a propósito de la carencia específica exigida en un caso de viudedad, estableciendo que en determinados supuestos en los que la legislación exige que las cotizaciones acumuladas se acrediten en un período próximo al acaecimiento de la contingencia protegida, "... el cómputo de este período se distienda mediante la exclusión de 'tiempos muertos' o 'paréntesis'".

Los criterios jurisprudenciales para la aplicación de esa "doctrina del paréntesis", cabe recordar, tal y como se dice en la STS citada, en la que se recogen otras anteriores de la Sala, que son los siguientes:

- 1) No cabe reducción de los períodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias (TS, IV, 5-10-97).
- 2) Los intervalos excluidos del cómputo del período o plazo reglamentario anterior al hecho causante son, en principio, aquellos en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad, como la situación de desempleo.
- 3) También cabe excluir de dicho cómputo, a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y cotización, un "interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo" que no revele "voluntad de apartarse del mundo laboral" (TS, IV, 12-3-1998 y 9-11-1999).
- 4) "La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su 'carrera de seguro', y también en su caso la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal" (TS, IV, 25-7-2000).

2.- En el caso de autos la doctrina jurisprudencial antes resumida impide la aplicación de esa técnica del paréntesis, puesto que en la vida laboral y de ausencia de trabajo de la demandante no cabe apreciar esa continuidad de voluntad de permanencia en el mundo del trabajo, a la vista de las muy relevantes interrupciones que se han producido en la inscripción como demandante de empleo, que totalizan dos años y nueve meses, que por su larga duración no pueden valorarse como un intervalo breve, insignificante y no revelador de la voluntad de apartarse del mundo laboral.

Sobre todo, y es lo más importante, porque no concurre ninguna especial circunstancia personal, familiar, de salud o de cualquier otra índole, que de alguna forma pudiese justificar esos largos periodos al margen del mundo laboral, que en este caso concreto no tienen otra explicación que la propia voluntad de la interesada de apartarse del mercado de trabajo, al omitir el sencillo cumplimiento de un requisito de tan fácil realización como es el de renovar oportunamente la inscripción de demandante de empleo, que en lo que hace a la exigencia de que haya de ser ininterrumpida no tiene otra finalidad que la de acreditar por esta vía la intención de conseguir una ocupación laboral

Tal y como se desprende de los hechos probados de la sentencia de instancia, la vida cotizada de la actora se inicia el 11 de enero de 1965 y termina al 23 de octubre de 1989, alcanzando en ese periodo un total de 7.166 días cotizados - el equivalente a 20 años-. A partir de esa fecha se producen las significativas interrupciones en la inscripción como demandante de empleo que ya hemos reseñado, en los periodos 23/10/1989 a 18/10/1990; de 17/10/1992 a 25/3/1994 y de 12/3/1997 a 4/6/1997.

Todo ello revela la ausencia de esa voluntad continuada de permanecer vinculado al mercado de trabajo que nos permitiría fijar o retrotraer el momento del cómputo de esos dos años de carencia específica al último tiempo en que existió la obligación de cotizar, puesto que se trata de muy largos periodos de tiempo que impiden "hacer un paréntesis", saltar por encima de ellos para situar el hecho causante en aquél momento muy anterior (STS 15 de enero de 2010, rcud. 948/2009).

3 .- En consecuencia, la aplicación que se hizo en la sentencia recurrida del artículo 161.1 b) y 3 LGSS no se atuvo a la buena doctrina, siendo en cambio la de contraste la que acertadamente acoge los criterios jurisprudenciales en esta materia, de manera que, de conformidad con el Ministerio Fiscal, procede la



estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación estimando el recurso de tal clase formulado en su día por la entidad gestora, para revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda. Sin costas.

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 el Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia de 23 de febrero de 2016 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 6661/2015, interpuesto frente a la sentencia de 16 de junio de 2015, dictada en autos 556/2014 por el Juzgado de lo Social 9 de Barcelona, seguido a instancia de D^a Gregoria contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre jubilación.

2º) Casar y anulamos la sentencia recurrida, para resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar el recurso de tal clase interpuesto por la entidad gestora, y revocar la sentencia de instancia con desestimación de la demanda y absolución de la demandada. 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. Sebastian Moralo Gallego 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.