

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL  
TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 18 de noviembre de 2013

Sala de lo Social

Rec. n.º 792/2013

**SUMARIO:**

*Jubilación. Cómputo de 112 días por parto a efectos de completar la carencia específica de dos años. No procede cuando el nacimiento de los hijos ha tenido lugar en periodo no coincidente con el de la mencionada carencia (quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho), ya 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. Una interpretación distinta tan solo vendría a crear una desigualdad entre las mujeres inactivas, ambas, una con hijos y otra sin ellos, privilegio carente de justificación.*

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 161 y disp. adic. cuadagésima cuarta.

**PONENTE:**

*Doña Milagros Calvo Ibarlucea.*

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada el 2 de enero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación n.º 912/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de julio de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona, en autos núm. 469/2010, seguidos a instancias de Dª Felicidad, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Es Ponente la Excm. Sra. Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 20 de julio de 2011 el Juzgado de lo Social n.º 33 de dictó sentencia, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimar la demanda interpuesta por Felicidad contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y, con revocación de las resoluciones impugnadas, declarar su derecho a una prestación de jubilación del régimen general, con efectos iniciales del día 18/11/2009, en un porcentaje el 53% de la base reguladora, 272,29 euros al mes, y condeno al organismo demandado a su abono desde la señalada fecha de efectos más las revalorizaciones que correspondan."

**Segundo.**

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "PRIMERO- La demandante, nacida el día NUM000 /1944, pidió la pensión de jubilación el día 9/12/2009, una vez cumplidos los 65 años. SEGUNDO- Por resolución del INSS del día 11/12/2009 le fue reconocida una pensión de vejez del extinguido régimen de Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), en una cuantía inicial de 6,85 euros más revalorizaciones (hasta completar el importe de 368,33 euros al mes), con fecha de efectos de 19/11/2009. TERCERO- El día 15/1/2010 la demandante formula reclamación previa al considerar que tenía derecho a una pensión de jubilación del régimen general, reclamación que ha sido desestimada por resolución, del día 6/4/2010 (folio 5 que se da por íntegramente reproducido). Según esta resolución, acredita 5.267 días de cotización y, por tanto, "[consta texto en español]". CUARTO- La resolución recoge los siguientes periodos computables de cotización, todos ellos del Régimen General, que no son controvertidos:

**Alta Baja Días naturales Tiempo parcial Computables**

15/09/1959 25/01/1964 1.594 1.594  
14/04/1964 04/10/1970 2.362 2.362  
05/10/1970 20/11/1972 0.778 0.778  
20/11/1972 20/11/1972 0.001 superpuesto  
05/08/1991 30/08/1991 0.027 62.5% 0.016  
18/09/1991 02/10/1991 0.015 50% 0.007  
19/02/1993 22/02/1993 0.004 0.004  
23/08/1993 27/08/1993 0.005 56% 0.002  
07/09/1993 21/09/1993 0.015 25% 0.003  
01/07/1997 29/08/1997 0.060 40% 0.024  
01/07/1998 31/07/1998 0.031 40% 0.012  
10/08/1998 09/09/1998 0.031 40% 0.012  
25/01/1999 24/04/1999 0.090 13,7% 0.012  
25/04/1999 30/09/1999 0.159 13,7% 0.021  
01/10/1999 31/10/2000 0.397 18,7% 0.074  
01/11/2000 31/03/2000 0.881 18,7% 0.164  
Asimilados  
tiempo  
parcial 0.177  
Total 5.267

5- El informe de vida laboral aportado por la demandante, entregado por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) el día 3/11/2004, recoge que durante el periodo del 1/10/1999 al 31/3/2003 estuvo en situación de alta en la empresa Línea de Mantenimiento y Limpieza, S.L. haciendo constar un porcentaje de jornada parcial del 75% y un total de 735 días computados. La jornada real que desarrolló, sin embargo, fue de 7,5 horas semanales, coincidente con el 18,75% especificado en la resolución definitiva (según certificación empresarial, folio 84)- 6. La demandante, fruto de su matrimonio, tuvo tres hijos - Daniel, Visitación y Beatriz - en las fechas de NUM001 /1973, NUM002 /1980 y NUM003 /1982. Las resoluciones impugnadas no han aplicado la asimilación de 112 días completos de cotización para cada parte, como establece la disposición adicional 44ª de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS ) que -según razona la demandante en su reclamación previa y en la demanda- le tendría que determinar el acceso a la prestación del régimen general. 7- La base reguladora de la prestación de jubilación del régimen general, fijada por el INSS y aceptada por la demandante, es de 272,29 euros al mes y el porcentaje, del 53% (según cálculo correspondiente a los últimos quince años, de 11/1994 a 10/2009, folios 44 a 46, que se dan por íntegramente reproducidos."

**Tercero.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 2 de enero de 2013, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación que formula el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia del juzgado social 33 de Barcelona, autos 469/2010 de fecha 20 de julio de 2011, seguidos a instancia de Felicidad, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y TGSS, en reclamación de prestación por jubilación, debemos de confirmar y confirmamos la citad resolución en todos sus pronunciamientos."

**Cuarto.**

Por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con fecha 6 de octubre de 2011 en el Recurso núm. 3426/2011 .

**Quinto.**

Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar el recurso procedente. E instruida la Excm. Sra. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de noviembre de 2013, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

La demandante cuenta con 5.267 días cotizados entre 1959 y el 1 de noviembre de 2000, en parte al extinguido S.O.V.I. y el resto al Régimen General a través de contratos a tiempo parcial. Constan tres partos, 25 de agosto de 1973, 14 de octubre de 1980 y 14 de junio de 1982 circunstancias a las que no alude en la reclamación previa formulada ante la Entidad Gestora ya que su única alegación fue la de contar con cotizaciones suficientes, siendo en la demanda cuando por primer vez se hace mención de tales datos con el fin de que sean tenidos en cuenta al objeto de obtener la prestación que reclama. La solicitud, si bien cuenta con pensión de vejez S.O.V.I. había sido denegada al no contar con la carencia específica exigida. La resolución del INSS reconocía 496 días cotizados en el periodo donde debía situarse la carencia específica de dos años y en su demanda la actora pidió que a la cifra reconocida se sumara la de 224 días asimilados por dos partos habidos, a razón de 112 días por cada uno. En la fecha de los partos acredita cotizaciones superiores a las dieciséis semanas.

El Juzgado de lo Social estimó la demanda, reconociéndole la prestación con efectos del 18 de noviembre de 2009 computando 336 días ficticios o asimilados, aunque la actora solo reclamó la adición de 224 días. En Suplicación se confirma la anterior resolución, al considerar que la Disposición Adicional 44 de la Ley General de la Seguridad Social exige un amplio canon de interpretación, más allá del plano legal.

Recurre el INSS en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 6 de octubre de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña .

En la sentencia de comparación la prestación solicitada es de Incapacidad Permanente Absoluta a la que se le deniega por falta de carencia específica pues tan solo constan 284 días, necesitando 736. La trabajadora había tenido cinco partos, 16-2- 1968, 10-1-1970, 15-5-1971, 10-2-1976 y 25-8-1977. El Juzgado de lo Social había desestimado la demanda y en Suplicación se confirma lo resuelto con base en que aplicar 112 asimilados por partos ocurridos entre 1968 y 1977 al periodo de carencia que transcurre entre 2000 y 2010 es contrario al sentido de la norma que establece la asimilación y al artículo 138,2 b) de la Ley General de la Seguridad Social, y que el objetivo de dicha carencia es que quien lucre la prestación no lleve largo tiempo desvinculado el sistema y que los gastos de éste se equilibren con los ingresos, y por el contrario, si los partos se hubieran producido en el periodo de carencia específica se computarían como carencia y asimilada.

Entre ambas resoluciones concurre el requisito de contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la Ley de la Jurisdicción Social, pues en las dos sentencias se trata de partos ocurridos en fecha anterior a aquélla en que se inicia el periodo dentro del cual debe situarse la carencia específica.

### Segundo.

La Entidad Gestora alega la infracción del artículo 161 de la Ley General de la Seguridad Social y de la Disposición Adicional 44 de la citada Ley, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1944 de 20 de junio y su interpretación conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009, pues considera que el precepto aplicado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009 a la que se alude en la recurrida no puede ser extendido a la asimilación en la carencia específica por requerir una vinculación al sistema durante dicho periodo y en el presente caso los pactos tuvieron lugar en fecha muy anterior.

### Tercero.

El análisis del precepto a cuyo amparo se insta el reconocimiento de la prestación, artículo 161 de la Ley General de la Seguridad Social, nos muestra la doble exigencia de un periodo total cotizado que en el caso de la actora sería de 4931 días, los cuales reúne pues cuenta con 5267 días, y de una carencia específica consistente en dos años y que en su caso requiere 730 días en el periodo comprendido entre el 9 de febrero de 1994 y el 9 de diciembre de 2004. Lo anterior muestra la imposibilidad de computar los tres partos, acaecidos entre 1973 y 1982 aun cuando hubieran podido servir para el cómputo de la carencia genérica pues en ella no se produce exigencia alguna de ocurrencia dentro de un periodo concreto y no contradice la doctrina de esta Sala (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2013 (R.C.U.D. núm. 100/2012 ) en la que se rechaza, para una pensión con cargo al S.O.V.I., la acumulación de días derivada de partos acaecidos con posterioridad al 31 de diciembre de 1967 por extinción del sistema dada la condición residual del mismo.

Es de toda lógica la doctrina formulada por la sentencia de contraste cuando restringe la aplicación de los días asimilados por partos al no coincidir con el periodo de carencia y constituir la finalidad de éste mantener la vinculación del beneficiario con el sistema. De ahí que siendo irrelevante para la carencia genérica una concreción temporal la asimilación no encuentra obstáculo en su aplicación. Por el contrario llevarla al periodo de carencia específica impone contravenir un espíritu y finalidad. Aún cuando el canon interpretativo de la Disposición

Adicional 44 de la Ley General de la Seguridad Social deba trascender al orden constitucional, por encima de la legalidad ordinaria, el beneficio otorgado carece de toda base, entendida como contraprestación en servicio o cotización y 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. De ahí que los largos periodos de desvinculación del sistema no permitan incluir precisamente en su transcurso la asimilación discutida por ser dicha inclusión contraria a la finalidad igualitaria perseguida por el precepto a la luz de los mandatos constitucionales pues la concesión del meritado privilegio no puede servir para crear una segunda desigualdad sino para compensar la preexistente. No debe olvidarse que la figura desarrollada en la Disposición Adicional 44 de la Ley General de la Seguridad Social 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. Una interpretación distinta tan solo vendría a crear como ya se ha anticipado una desigualdad entre las mujeres inactivas, ambas, una con hijos y otra sin ellos, privilegio carente de justificación tanto bajo el exclusivo canon de igualdad constitucional como en el régimen de legalidad ordinaria incardinada en las prestaciones contributivas y por ende atendiendo de manera primordial al desempeño de una actividad, soporte y asunto de máxima relevancia para afrontar toda interpretación de la Disposición Adicional 44ª de la Ley General de la Seguridad Social. Lo cierto es que como destaca el Ministerio Fiscal, la circunstancia de los partos no ha cumplido la finalidad de vinculación al sistema en el periodo específico, supliendo precisamente en el mismo el vacío de las cotizaciones inexistentes que sumadas a las que se acreditan habrían completado dicha carencia específica. Sin perjuicio de que al constar en la fecha de los partos dieciséis semanas cotizadas, en todo caso se excluiría el beneficio, de conformidad con la Disposición Adicional 44ª de la Ley General de la Seguridad Social, si bien la razón esencial de decidir es la que se contiene en los precedentes razonamientos.

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso, y en consecuencia, casar y anular la sentencia, y en su lugar dictar otra en la que, resolviendo el debate de Suplicación, se estime el recurso de igual naturaleza, y con desestimación de la demanda se revoque la sentencia del Juzgado de lo Social núm 33 de Barcelona, sin que haya lugar a la imposición de costas en ninguno de los recursos, en aplicación del artículo 235 de la Ley de la Jurisdicción Social.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada el 2 de enero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación n.º 912/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de julio de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona, en autos núm. 469/2010, seguidos a instancias de Dª Felicidad, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, y resolviendo el debate planteado en Suplicación, dictándose otra en la que se estime el recurso de igual naturaleza interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm 33 de Barcelona, sin costas en ninguno de los recursos.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.