

## **Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, 731/2019, de 23 de octubre**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 20 de junio de 2016 el Juzgado de lo Social nº 5 de La Coruña dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"Primero.- D<sup>a</sup>. Blanca, nacida el NUM000 de 1948, y afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el número NUM001, solicitó el 3 de febrero de 2015, prestación de pensión de jubilación contributiva, que le fue denegada mediante resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en fecha de 13 de febrero de 2015, en aplicación de la legislación española, por no reunir el período mínimo de cotización de quince años, ni de dos dentro de los quince inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud, y teniendo en cuenta la totalidad de los requisitos y períodos de seguro cumplidos en Suiza y en España, por no reunir el período mínimo de cotización de quince años, ni de dos dentro de los quince inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.

Segundo.- Por D<sup>a</sup>. Blanca, se formuló reclamación previa frente a esta resolución, resolviendo la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en fecha de 1 de abril de 2015, en el sentido de desestimarla.

Tercero.- La demandante realizó actividad laboral, cotizó y estuvo afiliado a la Seguridad Social Española, durante un total de 3.118 días, entre el 22/10/1966 y el 12/07/2012, y posteriormente entre el 19/11/2004 y 31/10/2012, período en que percibió el subsidio de desempleo para mayores de 52 años.

Y en la Seguridad Social Suiza, durante un total de 8.920 días, comprendidos entre el 21/10/1966 al 31/12/1995. Cuarto.- Suscribió con la TGSS Convenio Especial entre el 1 y el 31 de enero de 2015.

D<sup>a</sup>. Blanca, figuró inscrita como demandante de empleo entre el 23 de mayo de 2.011 y el 1 de noviembre de 2.012. Tiene reconocida por la Seguridad Social Suiza desde el 1 de noviembre de 2.012, pensión.

Quinto.- La base reguladora a efectos de pensión de jubilación ascendería a razón de 677,39 €, correspondiéndole un porcentaje por edad del 72 %, y a prorrata temporis con cargo a España de 25,90 %.

Sexto.- Se agotó la vía administrativa previa".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que debo ESTIMAR la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Blanca, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, debo declarar y declaro el derecho a la demandante a percibir una pensión de jubilación, y debo condenar y condeno al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a estar y pasar por el anterior pronunciamiento, y al abono de la prestación en la cuantía, forma y efectos que legalmente le correspondan".

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 16 de marzo d 2017, en la que consta el siguiente fallo:

"Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada del INSS y la TGSS contra la sentencia de fecha veinte de junio del año dos mil dieciséis, dictada por el Juzgado de lo Social número cinco de los de Coruña, en proceso sobre pensión de jubilación, promovido por el recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y contra la Tesorería General de la Seguridad Social debemos revocar y revocamos la referida sentencia, y desestimando la demanda absolvemos al INSS y la TGSS de las pretensiones en su contra deducidas".

TERCERO.- Por la representación de D<sup>a</sup>. Blanca se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 17 de noviembre de 2016, recurso nº 4231/2015.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir 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.

Por la letrada de la Administración de la Seguridad Social en representación de la parte recurrida, INSS, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 23 de octubre de 2019, fecha en que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- 1.- La cuestión a dilucidar en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en dilucidar si la actora, pensionista de jubilación en Suiza, tiene derecho a percibir pensión de jubilación en España, a la vista del cumplimiento o no del período de carencia específica exigido por la LGSS, en función de la consideración del período en el que percibió el subsidio de desempleo como computable o no, a efectos de determinar el período de los "quince años últimos" donde deben encontrarse los dos años cotizados de carencia específica.

La demandante, hoy recurrente, solicitó el 3 de febrero de 2015, prestación de pensión de jubilación contributiva, que le fue denegada mediante resolución del INSS de 13 de febrero de 2015. La demandante realizó actividad laboral, cotizó y estuvo afiliada a la Seguridad Social española durante un total de 3.118 días entre el 22 de octubre de 1966 y el 12 de julio de 1969; y, posteriormente, entre el 19 de noviembre de 2004 y el 31 de octubre de 2012, período en que percibió el subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Y en la Seguridad Social suiza, cotizó durante un total de 8.920 días, comprendidos entre el 21 de octubre de 1966 y el 31 de diciembre de 1995. Suscribió con la TGSS Convenio Especial entre el 1 y el 31 de enero de 2015. Figuró inscrita como demandante de empleo entre el 23 de mayo de 2011 y el 1 de noviembre de 2012. Tiene reconocida por la Seguridad Social suiza desde el 1 de noviembre de 2012, pensión de jubilación.

2.- La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de marzo de 2017 (R. 4299/2016), estimó el recurso de Suplicación interpuesto por el INSS y la TGSS, y, revocando la sentencia de instancia, desestimó la demanda de la actora de

reclamación de pensión de jubilación al amparo de Reglamentos comunitarios. Argumentó la sala de suplicación que la actora ha solicitado una prestación de jubilación, que no ha podido ser reconocida a cargo de la legislación española por cuanto no acredita el período de carencia de 15 años en España; y la DA 28 LGSS impide que las cotizaciones que el INSS ha ingresado en la TGSS por jubilación al abonarle el subsidio para mayores de 52 años se computen a los efectos de la carencia. Por esa razón la prestación que solicita lo es al amparo de los Reglamentos comunitarios y en este ámbito la razón de la denegación de la prestación es la de no acreditar la carencia específica de dos años dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, siempre y cuando se halle en una situación de alta y/o asimilada.

La sentencia recurrida admite que concurre la situación asimilada al alta en la fecha de la solicitud de la jubilación pues la actora suscribió Convenio Especial desde el 1 al 31 de enero de 2015, y solicitó la prestación en febrero de 2015, de modo que la carencia debería buscarse dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a esa fecha. Hasta ese momento, desde el 19 de noviembre de 2004 al 31 de octubre de 2012 la actora estuvo percibiendo el subsidio para mayores de 52 años, y luego desde el 1 de noviembre de 2012, la pensión de jubilación de Suiza, y, dado que las cotizaciones de aquel subsidio no permiten acreditar carencia, procede hacer un paréntesis igual al tiempo en que percibió el subsidio para mayores de 52 años, de modo analógico, esto es, como si hubiera sido la última ocupación cotizada, ya que durante ese tiempo cotizó para la jubilación. Pero dentro de los 15 años anteriores al 19 de noviembre de 2004 no acredita en modo alguno la carencia específica de dos años. Y no es posible hacer un nuevo paréntesis desde el 31 de diciembre de 1995 al 19 de noviembre de 2004, pues durante todo ese tiempo (casi nueve años) la actora no consta en situación alguna de alta o asimilada al alta que lo justifique; esto es, no se puede acudir a la real última ocupación cotizada, la de Suiza que finalizó el 31 de diciembre de 1995, pues desde ese momento hasta el 19 de noviembre de 2004 no se halla en situación de alta o asimilada.

SEGUNDO.- 1.- La recurrente en unificación de doctrina alega como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de noviembre de 2016 (R. 4231/2015), que desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y confirma la sentencia de instancia, que estimó la demanda de la actora y reconoció su derecho a la pensión de jubilación por aplicación de Reglamentos comunitarios.

En tal supuesto, tras las modificaciones fácticas admitidas, la Sala de suplicación contempla los hechos siguientes: La actora acreditaba cotizaciones en la Seguridad Social española: de 24 de marzo de 1968 a 13 de julio de 1968; de 11 de septiembre de 1992 a 22 de septiembre de 1992; de 23 de septiembre de a 4 de abril de 1993 y de 5 de abril de 1993 a 22 de enero de 1994. De 27 de mayo de 1999 a 24 de mayo de 2007 percibió prestaciones por subsidio por desempleo para mayores de 52 años. En la Seguridad Social británica cotizó del 1 de abril de 1963 al 10 de septiembre de 1992 un total de 7.557 días, pasando a percibir la pensión de jubilación por la seguridad social británica el 28 de mayo 2007, permaneciendo inscrita la actora como demandante de empleo hasta el 28 de junio de 2010. Al cumplir los 65 años, en fecha 25 de mayo de 2012, solicita la pensión de jubilación al amparo de los Reglamentos comunitarios.

2.- La sentencia de instancia, aceptando la teoría del paréntesis en relación a las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora durante el percibo del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, estimó que la actora reunía el requisito de haber cotizado durante dos años en los últimos 15 años, lo que fue combatido por la Entidad Gestora, que consideraba que, aun aplicando la teoría del paréntesis a tales cotizaciones y periodo, la actora dejó de cotizar el 21 de enero de 1994 y en los 15 años anteriores únicamente reunía 611 días cotizados, no 720, con lo que no reunía la carencia específica.

La Sala acogió la interpretación de la doctrina del paréntesis que efectuó la sentencia de instancia, por lo que consideró que cesando la actora en su último trabajo y, por tanto, cotización, el 22 de enero de 1994, era a partir de esa fecha desde la que debían contarse los 15 años hacia atrás para ver si en ese periodo se daban dos años de cotización; por tanto, el periodo de 15 años sería desde el 22 de enero de 1979 hasta el 22 de enero de 1994. Para ello tuvo en cuenta lo siguiente: en primer lugar, que desde 1999 hasta 2007 percibió prestación por desempleo para mayores de 52 años, y esta prestación no la hubiera obtenido si a esta fecha no hubiera reunido todos los requisitos para la jubilación salvo la edad, lo que incluye la carencia específica de dos años en los 15 años inmediatamente anteriores, por lo que el SPEE ya comprobó en su día que en el año 1999 la trabajadora reunía la carencia específica de 720 días. Y, en segundo lugar, el INSS reconoció que la actora trabajó en el Reino Unido 7.557 días durante diversos periodos entre 1 de abril de 1963 y 10 de septiembre de 1992; o sea, que trabajó 20 años 8 meses y 15 días en un periodo de 29 años y 5 meses, y aunque en puridad no se conoce en qué concreto periodo, aun cuando el INSS debe conocer ese dato, parece obvio que desde 1979 hasta el 1992 que dejó de trabajar en Reino Unido prestase servicios y cotizase

al menos 126 días (que obviamente son más), que son los que le faltaban para sumados a los 611 días acreditados a la Seguridad Social española para completar la carencia de 720 días entre los últimos quince años, con lo que superaba con creces los dos años establecidos en la norma.

TERCERO.- 1.- A juicio de la Sala, tal como informa el Ministerio Fiscal y no combate la recurrida, concurre el requisito de la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS. En efecto, los hechos que se contemplan en las sentencias comparadas son sustancialmente iguales dado que en ambos casos se trata de solicitantes de pensión de jubilación al amparo de Reglamentos comunitarios que vieron desestimada su solicitud en vía administrativa, en esencia, por no acreditar el requisito de carencia específica de dos años de cotización en los últimos quince años; igualmente en los dos supuestos comparados las actoras percibieron subsidio por desempleo para mayores de 52 años, periodo que se ha considerado por las dos sentencias como periodo de paréntesis; en los dos casos las actoras acreditan determinadas cotizaciones (en España) y en países de la UE o del EEE (Reino Unido, en la sentencia de contraste y Suiza en la sentencia recurrida), países que, respectivamente, les han reconocido la correspondiente pensión de jubilación. A ambas recurrentes se les denegó por el INSS la prestación de jubilación solicitada, en proporción al tiempo cotizado, por entender que ninguna de las dos cumplía el requisito de la carencia previa.

2.- El dispar resultado que ofrecen las sentencias comparadas no obedece al resultado del cómputo de los períodos cotizados por cada una de ellas, lo que haría inviable la concurrencia de contradicción; más aún si se tiene en cuenta que en la recurrida existe un error claro pues al retrotraer quince años para buscar, en su seno, la carencia específica, únicamente contempla nueve años. Al contrario, la diferencia en la respuesta se fundamenta en una distinta interpretación de las normas en juego que obliga a la Sala a unificar. Así, aunque ambas sentencias entienden que el período en el que las respectivas trabajadoras percibieron el subsidio para mayores de 52 años no debe computarse a efectos de seleccionar los quince años en los que debe estar comprendida la carencia específica de dos años, difieren en un punto trascendental relativo al inicio -hacia atrás- del período de quince años. Así, la sentencia de contraste considera que los quince años son los anteriores a la última cotización, mientras que la sentencia recurrida entiende que los quince años deben empezar el cómputo desde el inicio de la percepción del subsidio por desempleo de mayores de 52 años.

3.- Carece de relevancia a efectos de la contradicción que la sentencia recurrida, como argumento de refuerzo, entienda que el reconocimiento del subsidio para mayores de 52 años ya implicó en su día la apreciación por la Entidad Gestora del cumplimiento de

todos los requisitos para el acceso a la pensión de jubilación salvo el de la edad y tal argumento esté ausente en la de contraste, lo que impide que haya contradicción en este punto; resulta, además, que tal argumento no sostiene la solución a la que llega la sentencia de contraste, siendo, en todo caso, inadecuado, puesto que, por un lado, como se desprende de los hechos probados la solicitud de jubilación no siguió inmediatamente -en los dos casos- a la finalización del subsidio; y, por otro, las normas que regulan la prestación de jubilación no establecen un automatismo total entre la finalización de tal subsidio y la prestación que nos ocupa.

CUARTO.- 1.- La recurrente denuncia infracción del artículo 161 LGSS (en la actualidad artículo 205) en relación con los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009. Sostiene que dado que de los mencionados reglamentos, en especial, el último citado, se desprende que deben computarse las cotizaciones a la Seguridad Social Suiza como si se hubieran producido dentro de nuestro sistema de protección, en relación al cómputo de las cotizaciones, la aplicación literal del artículo 161 (hoy 205) LGSS determina que el período de quince años se inicie, como sostiene la de contraste en el momento en que cesó la obligación de cotizar, por lo que le corresponde la pensión en los términos solicitados.

2.- A pesar de la aparente complejidad del asunto, una vez entendidos los términos fácticos en los que se produce, la solución es jurídicamente menos compleja. Así ambas sentencias parten de dos presupuestos que no se cuestionan: por una parte, que a efectos del cómputo de la carencia específica de dos años dentro de los quince anteriores al hecho causante, sirven las cotizaciones efectuadas en un país de la UE o, en este caso, en Suiza, por mor de los Acuerdos entre la Unión Europea y la Confederación Helvética. Por otra parte, tampoco se discute y ambas sentencias admiten que el período de percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años no computa a efectos del cálculo de los quince años, porque se considera que resulta aplicable la teoría del paréntesis. Ambos presupuestos, no combatidos por ninguna de las partes personadas en este recurso, son compartidos por la Sala. El primero de ellos porque deriva directamente de las previsiones normativas invocadas. Con carácter general, en virtud de los Reglamentos 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y

879/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan normas para el desarrollo del anterior, aplicable al supuesto en virtud de la decisión nº 1/2012 del Comité Mixto establecido en virtud del acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus estados miembros y la

confederación suiza de 31 de marzo de 2012, cuando la legislación de un Estado miembro subordine la adquisición del derecho a prestaciones al requisito de haber cubierto un período de carencia, se tendrán en cuenta los períodos cubiertos por cualquier otro Estado miembro como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación del Estado de referencia.

En segundo lugar, también la Sala entiende que el período de subsidio de desempleo de mayores de cincuenta y dos años que se presentan en las dos sentencias comparadas hay que considerarlo, en este caso concreto, como un paréntesis dentro del período último de quince años donde hay que buscar la carencia específica de los dos años de cotización. En efecto, así lo hemos puesto de relieve ya con anterioridad (STS de 14 de marzo de 2012, rcud. 4674/2010), cuando señalamos que la doctrina del paréntesis debe aplicarse de una forma flexible, exigiendo, por un lado, la manifestación del "animus laborandi", que se prueba mediante la inscripción como demandante de empleo, y permitiendo, por otro lado, interrupciones en esa inscripción debidas a variadas circunstancias, por ejemplo una enfermedad impeditiva u otros supuestos de infortunio personal, o cuando las interrupciones no son excesivamente largas, precisándose que la valoración de la brevedad del intervalo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado y, también, en su caso la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal ( STS de 10 de diciembre de 2001, Rrud. 561/2001). Esa interpretación flexible puede llevar a que, aplicando esa misma doctrina jurisprudencial, pero teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, proceda o no aplicar la doctrina del paréntesis. **En un caso como el de autos -que es igual que el de la sentencia de contraste- lo que sucede es que el paréntesis se aplica al requisito de "carencia específica" de la pensión de jubilación, ante la existencia de un lapso en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad, como es la situación de desempleo involuntario percibiendo el subsidio para mayores de cincuenta y dos años; habiendo precisado la primera de las sentencias citadas que el paréntesis se abre en el momento de la solicitud de la pensión y se cierra en la fecha de la inscripción como demandante de empleo, a partir de cuya fecha hay que computar hacia atrás los quince años dentro de los cuales hay que acreditar al menos dos años de cotización.**

**3.- De cuanto se lleva reseñado se colige que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida que, sin embargo, debe ser casada en la medida en que aplica deficientemente la propia doctrina que proclama. Así, tal como acabamos de reseñar, y habíamos mantenido con anterioridad, la consideración del período de paro subsidiado con voluntad de permanencia en el mercado de trabajo implica que tal espacio temporal, al no computar para determinar los quince últimos años entre los**



que ha de concurrir la carencia específica, es un paréntesis y la fecha en que se dio comienzo a la percepción del subsidio se convierte en el momento inicial a partir del cual hay que acreditar dos años en un lapso de quince. Ello implica que, en el supuesto examinado, la fecha determinante de inicio de percepción del subsidio es la de 19 de noviembre de 2004. Erróneamente la sentencia recurrida señala que en el período comprendido entre el 31 de diciembre de 1995 y la fecha del inicio de percepción del subsidio, la actora no acredita en modo alguno la carencia específica de dos años. Pero dicho periodo (1995-2004) en realidad es de nueve años, no de 15 (cuyo inicio se situaría en 1989), y en Suiza la trabajadora acredita cotizaciones desde el 21 de octubre de 1966 al 31 de diciembre de 1995, por un total de 8.920 días; lo que, dado que 4384 días lo fueron entre la última fecha citada y el 1 de enero de 1984, permite concluir que las cotizaciones fueron por años completos ininterrumpidos y que, en consecuencia sí se habría cotizado al menos dos años en los últimos 15 (esto es, entre el 19 de noviembre de 1989 y el mismo día de 2004).

QUINTO.- Las consideraciones anteriores conllevan, tal como informa el Ministerio Fiscal, aunque por razones distintas, la estimación del recurso y la consiguiente revocación de la sentencia recurrida; sin que, por imperativo legal, la Sala deba hacer pronunciamiento alguno sobre costas.

## **FALLAMOS**

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

- 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup>. Blanca, representado y asistido por el letrado D. J. Luis Vázquez Pérez-Coleman.
- 2.- Casar y anular la sentencia dictada el 17 de marzo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 4299/2016.
- 3.- Resolver el debate en suplicación, desestimando el de tal clase y confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de La Coruña, de fecha 20 de junio de 2016, recaída en autos núm. 494/2015, seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Blanca, frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre Jubilación.
- 4.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.