

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 940/2018 de 30  
Oct. 2018, Rec. 3877/2016**

**Ponente: Gullón Rodríguez, Jesús.**

**Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3877/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**Sentencia núm. 940/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 30 de octubre 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 y la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia de 13 de septiembre de 2016 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 1557/2016, formulado frente a la sentencia de 29 de abril de 2016 dictada en autos 655/2015 por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Bilbao seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Nieves contra Tesorería General de la Seguridad Social e Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre jubilación.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D<sup>a</sup> Nieves representada por la letrada D<sup>a</sup> Nerea Lekue Tolosa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 29 de abril de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 9 de Bilbao, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que desestimando íntegramente la demanda promovida por Nieves contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL debo absolver como absuelvo a dichos demandados de las pretensiones deducidas contra los mismos."

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **Primero.-** La actora Doña Nieves, con DNI NUM000, nacida el NUM001/50, presentó solicitud de pensión de jubilación el

28/04/15, que fue desestimada mediante resolución de la Dirección Provincial del INSS de 30/04/15, indicándose que "en la fecha del hecho causante 27/03/15, reúne 0 días cotizados en los últimos 15 años en lugar de 730, según lo establecido en el artículo 161.1 b) de la Ley General de la Seguridad Social.- **Segundo.**- Presentada reclamación previa el 10/06/15, fue desestimada mediante resolución de 23/06/15, quedando expedita la vía judicial.- **Tercero.**- Según resulta de la Vida Laboral aportada, la actora consta de alta por cuenta del Ayuntamiento de Basauri entre el 22/03/89 y el 9/10/90, percibiendo prestación por desempleo entre el 10/10/90 y el 9/04/92.- Posteriormente consta como beneficiaria del subsidio por desempleo entre el 23/01/12 y el 22/08/13.- Desde el 23/01/12 figura como demandante de empleo en LANBIDE.- Previamente a los períodos expresados, consta de alta -con distinto NASS- por cuenta de Constantino desde el 1/03/65 al 31/05/71.- **Cuarto.**- La actora es madre de dos hijos, nacidos el NUM002/77 y el NUM003/80.- **Quinto.**- Conforme al certificado emitido el 15/01/12 por el Director del C.P. Cáceres que presenta como documento nº 5 de su ramo, la demandante permaneció en privación de libertad entre el 29/01/92 hasta el 15/01/12.- **Sexto.**- Para el caso de estimación de la demanda, la base reguladora de la prestación ascendería a 626,80 euros, con un porcentaje del 56%, siendo la fecha de efectos 28/03/15.- **Séptimo.**- Se tiene por reproducido el expediente administrativo."

**SEGUNDO.**- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia con fecha 13 de septiembre de 2016, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Nieves frente a la Sentencia de 29 de abril de 2016, del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao, en autos nº 655/15, revocando la misma, estimando la demanda iniciadora de estas actuaciones dirigida por Dña. Nieves frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declarando su derecho a percibir pensión de jubilación en cuantía del 56% de su Base Reguladora de 626,80 euros, 14 veces al año, con las mejoras, incrementos y revalorizaciones que procedan, y ello desde el 28 de marzo de 2015, condenando a su abono a los demandados."

**TERCERO.**- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del INSS y la TGSS 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 del País Vasco de fecha 13 de enero de 1998.

**CUARTO.**- Por providencia de esta Sala de 27 de abril de 2017, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.**- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 23 de octubre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- 1.- Debemos resolver en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina la cuestión relativa al cumplimiento de la exigencia de la carencia específica de dos años en los quince inmediatamente anteriores a causar el derecho de una pensión de jubilación en el Régimen General en un supuesto en el que la peticionaria de la misma estuvo privada de libertad cumpliendo condena, y más específicamente, si ese tiempo cabe ser considerado como "neutro" aplicando la teoría del paréntesis, y en qué términos.

Son hechos relevantes para resolver el recurso en este caso concreto -extraídos de los de la sentencia de instancia y ampliados por la de suplicación- los siguientes:

a) La demandante, nacida el NUM001/1950, presentó solicitud de pensión de jubilación al cumplir los 65 años de edad, que le fue denegada por el INSS al no reunir los 730 días de carencia

específica en los últimos 15 años, exigidos por el art. 161.1 b) LGSS. Consta como indiscutido que en su vida laboral reúne quince años de carencia genérica, desde el 01/03/1965 hasta el 29/01/1992.

b) En esa fecha, 29/01/1992, ingresó en prisión y cumplió condena hasta el 15/01/2012, pasando a percibir subsidio por desempleo hasta el 22/08/2013.

c) Desde el 23 de enero de 2012 se encuentra inscrita como demandante de empleo.

d) No consta que la que en ese tiempo de cumplimiento de condena la Administración Penitenciaria ofreciera a la demandante la posibilidad de trabajar en el centro o centros en los que cumplió la condena.

Desde esa situación, la sentencia del Juzgado de lo Social número 9 de los de Bilbao desestimó la demanda que planteó la solicitante de la pensión una vez que fue firme la decisión en vía administrativa, por entender que no reunía el exigible periodo de carencia específica de dos años o 730 días en los últimos 15 inmediatamente anteriores a la situación de jubilación.

2.- Recurrída en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la sentencia que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, de fecha 13/09/2016, estimó el recurso de la demandante reconociéndole el derecho a percibir una pensión de jubilación en cuantía equivalente al 56% de la base reguladora de 626,80 euros, con efectos de 28 de marzo de 2015.

Para llegar a tal conclusión la Sala del País Vasco aplica la doctrina contenida en nuestras SSTs de 15/03/2014 (rcud. 332/2003) y 12/11/1996 (rcud. 232/1996), para concluir que en este caso también ha de considerarse como tiempo neutro a efectos de establecer la carencia de la pensión de jubilación el transcurrido en prisión cumpliendo condena, sobre el que ha de aplicarse la teoría del paréntesis, cuando como ocurre en el caso, las posibilidades de trabajar en prisión son muy limitadas (el 17% de la población reclusa trabajó en el periodo 2006/2011) y no consta que se hiciera a la demandante ofrecimiento para hacerlo y que fuera rechazado por ella, ni que por ello haya de entenderse que existió voluntad de permanecer fuera del mercado laboral durante ese tiempo, lo que se evidencia con el hecho de que nada más recobrar la libertad -se dice en la sentencia recurrida- se inscribió como demandante de empleo.

**SEGUNDO.-** Recurre en casación para la unificación de doctrina esa sentencia el INSS, denunciando la infracción del art. 161.1 b) LGSS y proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social del TSJ del País Vasco en fecha 13/01/1998, en un supuesto que guarda en relación con la recurrida -como va a verse enseguida- la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el art. 119 LRJS para la viabilidad del recurso.

Se trataba en ella de una pensión de viudedad y orfandad solicitada por la viuda tras la muerte del causante acaecida el 20/03/1996, prestaciones que fueron denegadas por el INSS porque el trabajador no acreditaba la carencia específica entonces exigible de 500 días dentro de los últimos cinco años. Consta en la sentencia que el trabajador fallecido permaneció de alta en la seguridad social durante 1.313 días en el período comprendido entre el 14 de abril de 1.973 y el 15 de julio de 1.977, dejando de trabajar en esta última fecha a causa de su adicción a la heroína, ingresando en prisión el 6 de diciembre de dicho año, alternando esta situación desde entonces y hasta su excarcelación, dos días antes de su muerte, con breves períodos de libertad. Durante esos días únicamente estuvo en alta desde el 3 de enero al 20 de mayo de 1.978 y desde el 27 de julio al 28 de agosto del mismo año, inscribiéndose como demandante de empleo el 7 de enero de 1.991, permaneciendo así registrado hasta el 30 de junio de 1.992. Se añade en la sentencia que aunque no constaba la causa de su muerte, el causante presentaba un síndrome de inmunodeficiencia adquirida -SIDA- de larga evolución, habiendo sido asistido de diversas patologías relacionadas con dicha enfermedad.

Desde tales hechos, la sentencia de contraste se refiere a la situación de prisión y su posible cómputo como periodo neutro a efectos de la aplicación de la teoría del paréntesis y así poder

completar la carencia específica necesaria para causar el derecho, situación en la que -se dice literalmente en ella- "las situaciones de prisión o enfermedad tampoco se consideran bastantes, por sí mismas, para estimar que se está en el ámbito de cobertura de estas prestaciones: en el primer caso, resulta necesario que la voluntad de trabajar se evidencie a través del trabajo en el mismo centro penitenciario; en el segundo, se precisa que la situación de enfermedad este protegida económicamente por el sistema de seguridad social", de manera que, a diferencia de lo que resuelve la sentencia recurrida, en la de contraste se exige que en estos casos de prisión para que se aplicara ese tiempo como neutro a efectos del tiempo de carencia específica, deberá de tratarse de reclusos que no puedan realizar trabajos de esa clase porque el centro penitenciario no dispone de ellos, pero que han dejado constancia de su voluntad de trabajar, puesta de manifiesto por medio de la realización de trabajos personales en servicios comunes del establecimiento en el que permanece recluido.

Ante la evidente contradicción existente entre las sentencias comparadas, procede que la Sala entre a conocer del fondo del asunto y proceda a señalar la doctrina que resulte ajustada a derecho, de conformidad con lo previsto en los arts. 219 y 228 LRJS.

**TERCERO.-** Vista la manera en que se ha planteado la cuestión que hemos de resolver, comenzaremos por recordar la doctrina de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo a propósito de la denominada teoría del paréntesis, cuando de trata de completar la carencia en las prestaciones en determinadas circunstancias.

Tal y como se describe en las SSTs de 23/12/2005 (rcud. 5282/2004), 15/01/2010 (rcud. 948/2009) y 24/11/2010 (rcud. 777/2009), entre otras muchas, los criterios para la aplicación de esa doctrina pueden resumirse así:

1) No cabe, en ningún caso, la reducción de los períodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias.

2) El listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo. Así es de ver en los artículos 125.2 de la LGSS- 94, y 36.17 del Real Decreto 84/1996 que aprobó el "Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social". Y ello permite entender que, desde la aprobación de la Constitución, existe una laguna legal que debe ser integrada. ( s. de 23-10-99, rec. 2638/98 ).

3) Los tiempos excluidos del periodo computable, son en principio aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. La Sala ha considerado como tales: A) la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo ( SSTs. de 29-5-92 -rcud. 1996/91- del Pleno, 1-7-93 -rcud. 1679/92-, 1-10-02 -rcud. 4436/99-, 25-10-02 -rcud. 1/02- y 12-7-04 -rcud. 4636/03- entre otras) porque esta situación acredita el "animus laborandi", o lo que es igual, como señaló la sentencia de 26-5-03 (rec. 2334/02), "la voluntad de no apartarse del mundo laboral"; B) la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar (ss. de 10-12-1993 (rec. 1091/92), 24-10-1994, (rec. 3676/93) y 7-2-00, (rec. 109/99 ) entre otras); C) la percepción de una prestación no contributiva de invalidez ( ss. de 28-10-98 (rec. 584/98), 9-12-99 (rec. 108/99), 2-10-01 (rec. 9/2001) y 20 de diciembre de 2005 (rec. 2398/04 ), en que tampoco se cotiza; D) el periodo de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral ( SSTs 12-11-1996 -rcud. 232/1996-) cuando el recluso ha mostrado durante él su disponibilidad para el trabajo, mediante la realización de servicios personales E) La existencia comprobada de una grave enfermedad "que conduce al hecho causante, por la que es fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta" ( SSTs. de 28-1-98 -rcud. 1385/97- y 17-9-04 -rcud. 4551/03-).

4) Por igual razón, cabe también excluir del periodo computable a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y carencia, un "interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo", que no es revelador de esa "voluntad de apartarse del mundo laboral" ( SSTs. de 29-5-92 -rcud. 1996/91-, 12-3-98 -rcud. 2307/97-, 9-11-99 -rcud. 4916/98-, 25-7-00 -rcud. 4436/99-

y 18-12-01 -rcud. 559/01-. Por el contrario, no es posible incluir en esta excepción, los casos de voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación. ( STS. de 19-7-01, rcud. 4384/00 ).

**CUARTO.- 1.** Aplicando esa doctrina general sobre los tiempos neutros en la vida laboral del asegurado para completar la carencia específica resulta imprescindible ahora traer aquí la doctrina de la Sala en supuestos semejantes al que hoy resolvemos, perfectamente recogida en la sentencia recurrida, pues únicamente han sido dos las ocasiones en las que hemos nos hemos pronunciado al respecto.

En la STS ya citada en el anterior fundamento, de 12/11/1996 (rcud. 232/1996), la Sala admitió la aplicación de la teoría del paréntesis en una situación en la que el causante de la pensión de orfandad solicitada, afiliado al Régimen de Trabajadores Autónomos, estuvo en prisión poco más de un año, hasta su fallecimiento en prisión, y durante ese tiempo el interno mostró su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios personales en el centro en el que estuvo recluido, aunque no desarrollase actividad laboral en sentido estricto en los talleres penitenciarios.

En esa situación la referida STS razona que en estos casos es preciso considerar la repercusión que deba tener el art. 25.2 de la Constitución en la interpretación de las normas sociales y penitenciarias contenidas en esencia en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y su reglamento, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, así como el Decreto 573/1967 de 16 de marzo, entonces vigente.

El art. 25.2 CE establece para el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma que "...En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad". Aplicando entonces el espíritu de esa norma, la sentencia que analizamos recuerda que con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional ( SSTC 172/1989 de 19 de octubre y 17/1993 de 18 de enero) el derecho reconocido en este precepto es de aplicación progresiva (dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente), y no genera por tanto una facultad de eficacia inmediata al desempeño de un puesto de trabajo, pero correlativamente, la Administración penitenciaria tiene un específico deber de crear y proporcionar los puestos de trabajo que permitan sus disponibilidades presupuestarias.

Desde tales parámetros, la sentencia que ahora resumimos concluye diciendo que " ...a la vista de estas consideraciones, y teniendo en cuenta que los internos a los que se refieren las sentencias comparadas mostraron durante el período de reclusión su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios personales, no parece concorde con el mandato constitucional una interpretación de la legalidad que les prive de los beneficios de la Seguridad Social por falta de alta o situación asimilada, derivadas no solo de la privación de libertad, que les impide su participación en la producción o su comparecencia en el mercado de trabajo, sino también de la inexistencia en los centros penitenciarios de una organización, constitucionalmente exigible aunque de aplicación progresiva, que les haya permitido desarrollar un trabajo directamente productivo...".

Y se añade en el FJ quinto que " ...la aprobación de la Constitución ha generado una laguna legal en el régimen del requisito de alta en Seguridad Social a los efectos de las prestaciones por muerte y supervivencia para supuestos como el aquí enjuiciado de reclusos que, cumpliendo los restantes requisitos para el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social, pierden su ocupación por causa del internamiento penitenciario y no consiguen dentro del centro en que se encuentran recluidos un puesto de trabajo remunerado, a pesar de la previsión del art. 25.2 de la Constitución. Esta muy especial situación guarda indudable analogía con la imposibilidad de trabajar que caracteriza al desempleo, por lo que, utilizando los cánones hermenéuticos de la interpretación conforme a la Constitución y de la interpretación evolutiva, debe atribuírsele el

mismo régimen jurídico de asimilación al alta que se aplica a tal situación de desempleo en el art. 2.4 de la O.M. de 13 de febrero de 1967".

2. La segunda sentencia de ésta Sala a la que nos referimos es la dictada en fecha 15/03/2004, en el rcud. 332/2003, en la que se aborda un supuesto sustancialmente idéntico al de autos, en el que ya no se trata de una persona privada de libertad que haya llevado a cabo servicios personales a los que se refería la sentencia anterior, aunque como elemento ciertamente complementario de la decisión, sino que no aparece actividad laboral o trabajo de clase alguna. Se refería esta STS a la pretensión de un afiliado al Régimen General para acceder a una pensión de incapacidad permanente absoluta que le fue denegada también por ausencia de carencia específica, entre cuyas vicisitudes relevantes aparecía que entre el 22 de marzo de 1991 y 29 de junio de 1998 -más de siete años- permaneció en prisión cumpliendo condena, y se añade que no constaba que la Administración penitenciaria le hubiera ofertado ningún trabajo productivo.

Y en tal situación esa STS de 15/03/2004 para resolver la cuestión parte también del art. 25.2 CE y razona de la siguiente forma: "...Para la efectividad de los mandatos constitucionales se dictó la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, en cuyo art. 26 se regula el trabajo, como un derecho y deber del interno, y se impone a la Administración (apartado e) la obligación de facilitar trabajo al interno. De no hacerse así, el recluso no tiene posibilidad de obtener otro empleo, por lo que su inscripción como desempleado estaría carente de sentido. Y si no se han cumplido las expectativas constitucionales en orden al trabajo del interno, es obvio que no puede sufrir consecuencias adversas que extiendan sus efectos más allá de la fecha en que, cumplida la condena, se halle en libertad, situación en la que la protección que por sus cotizaciones anteriores a la prisión le diera derecho, no puede verse mermada por aquella omisión de la administración penitenciaria. Ello impone se haya de retrotraer el requisito de la cotización específica al período inmediatamente anterior a la prisión del beneficiario, como acertadamente ha resuelto la sentencia recurrida".

3.- Tal y como se expresa en la sentencia recurrida, no hay razón alguna para no aplicar al caso que ahora resolvemos la doctrina unificada en esa forma por ésta Sala, puesto que el supuesto que examinamos es sustancialmente igual al precedente citado.

Por ello ha de entenderse que el periodo en el que estuvo privada la demandante de libertad, desde el 29/01/1992 al 15/01/2012, en el que no consta que se cumpliesen las expectativas constitucionales a través del ofrecimiento de un trabajo, ha de ser considerado como tiempo neutro a efectos de aplicación de la teoría del paréntesis, de manera que ha de aislarse el mismo y con ello afirmar que a la vista de su vida laboral, no negándose que reúna la carencia genérica de quince años de cotización al Régimen General de la Seguridad Social que exige el art. 161.1 b) LGSS, también reúne la carencia específica de 2 años o 730 días a que se refiere el precepto, con lo que, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS y confirmar plenamente la sentencia recurrida, que no infringió, como se ha razonado, precepto alguno y se atuvo a la buena doctrina.

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) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, ambas representadas y asistidas por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social.

2º) Confirmar la sentencia recurrida dictada el 13 de septiembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 1557/2016, formulado frente a la sentencia de 29 de abril de 2016 del Juzgado de lo Social núm. 9 de Bilbao, autos 655/2015, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Nieves contra Tesorería General de la Seguridad Social e Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre jubilación.

3º) Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.