

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 115/2020

Fecha de sentencia: 06/02/2020

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 3801/2017

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 06/02/2020

Ponente: Excma. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

Transcrito por: llp

Nota:

Resumen

Pensión de jubilación anticipada. Cómputo del periodo de realización del Servicio Social de la mujer, a efectos de acreditar el periodo mínimo de cotización para acceder a la jubilación anticipada, ex artículo 208. 1b), último párrafo LGSS.

Interpretación de conformidad con el artículo 4 de la LOIEMH. Interpretación con perspectiva de género.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3801/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Social

Sentencia núm. 115/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a María Luz García Paredes

D.^a Concepción Rosario Ureste García

En Madrid, a 6 de febrero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Carmelo Carrillo Sánchez, en nombre y representación de D.^a contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha 15 de junio de 2017, recaída en el recurso de suplicación núm. 2308/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, dictada el 17 de enero de 2017, en los autos de juicio núm. 496/2016, iniciados en virtud de demanda presentada por D.^a, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre prestación anticipada de jubilación contributiva.

Ha sido parte recurrida el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL representado por el letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de enero de 2017, el Juzgado de lo Social nº 33 de

Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«Estimar la demanda interpuesta por contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en demanda de reclamación de jubilación anticipada, y reconocer el derecho de la demandante a acceder a la misma, por una base reguladora de 1.518,92 € al mes y un porcentaje total aplicable del 88,9031 %, y condenar a la entidad gestora a su abono desde la fecha de efectos del 16/03/2016»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: «1.- La demandante, nacida el 12/01/1952, pidió la pensión de jubilación anticipada en fecha 19/04/2016, con especificación de que el último día de trabajo sería el 15/03/2016.

2.- Por resolución del INSS de 22/04/2016, se resolvió denegar la prestación solicitada por no acreditar el período mínimo de cotización, al acreditar 12.585 días y necesitar 12.649 días, especificando 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 naturales que Vd. ha permanecido en alta».

3.- Interpuesta reclamación previa, ha sido desestimada por nueva resolución del INSS de 30/05/2016 (doc. 3 adjunto a la demanda, que se da por íntegramente reproducido), en la que se detallan todos los periodos cotizados, que se fijan ahora en 12.677 días, pero los necesarios se fijan en 7 días más, 12.684 días. Se añaden los siguientes hechos:

"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 retribuidas 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.- Los periodos cotizados por la demandante se reflejan en la resolución definitiva (conformidad de ambas partes).

5.- La demandante, según certificado del Ministerio de Hacienda aportado a los autos, " ...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 prestación reclamada es de 1.518,92 € al mes; el porcentaje por edad, de 90,63 %; el porcentaje por años cotizados, de 98,10 %; el porcentaje total aplicable, de 88,9031 % y la fecha de efectos la de 16/3/2016, el día siguiente al cese en el trabajo (doc. 1 INSS).»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 15 de junio de 2017, recurso 2308/2017, en la que consta el siguiente fallo: «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 , 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».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, el letrado D. Carmelo Carrillo Sánchez, en nombre y representación de , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 11 de octubre de 2016, recurso 1821/2016.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, se pasaron

las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 6 de febrero de 2020, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina se ciñe a determinar si, a efectos de completar el periodo mínimo para acceder a la jubilación anticipada, ha de tenerse en cuenta el tiempo de prestación del Servicio Social obligatorio de la mujer, aplicando lo establecido en el artículo 208.1 b), último párrafo de la LGSS respecto al servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria.

2.- El Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona dictó sentencia el 17 de enero de 2017, autos número 496/2016, estimando la demanda formulada por DOÑA frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación de PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA, reconociendo el derecho de la actora a acceder a la citada pensión, con una base reguladora de 1518,92 € al mes y un porcentaje del 88,9031%, condenando a la demandada a su abono, con fecha de efectos del 16 de marzo de 2016.

Tal y como resulta de dicha sentencia, la actora, nacida el 12 de enero de 1952, solicitó pensión de jubilación anticipada el 19 de abril de 2016. Por resolución del INSS se le denegó la prestación por no acreditar el periodo mínimo de cotización ya que acredita 12.585 días y necesita 12.649 días, señalando 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 naturales que Vd. ha permanecido en alta». Interpuesta reclamación administrativa previa el INSS la desestimó el 30 de mayo de 2016, reconociéndole 12.677 días cotizados pero señalando que necesita 12.684. Según certificado del Ministerio de Hacienda la demandante "...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".

3.- Recurrída en suplicación por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 15 de junio de 2017, recurso número 2308/2017, estimando el recurso formulado, revocando la sentencia impugnada y absolviendo al demandado de los pedimentos contenidos en la demanda en su contra formulada.

La sentencia entendió que «examinando las disposiciones que regulaban el denominado servicio social a la mujer española, ninguna de dichas disposiciones conforme a las cuales hubo de prestar la demandante el servicio social obligatorio, durante el período que reclama, asimilaron tal período al trabajo por cuenta ajena, no contemplaron obligación alguna de las 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».

Continúa razonando la sentencia: «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»

4.- Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado D. Carmelo Carrillo Sánchez, en representación de DOÑA ,



recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 11 de octubre de 2016, recurso número 1821/2016.

La Letrada de la Administración de la Seguridad Social, Doña Gloria M Guadaño Segovia, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado procedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 11 de octubre de 2016, recurso número 1821/2016, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal del INSS frente a la sentencia de fecha 28 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Donostia/San Sebastián, en autos número 725/2015, seguidos a instancia de Doña frente al INSS y a la TGSS, en reclamación de pensión de jubilación anticipada.

Consta en dicha sentencia que la actora, nacida el 5 de abril de 1954, solicitó pensión de jubilación anticipada el 27 de julio de 2015, siéndole denegada la prestación. Interpuesta reclamación previa fue desestimada el 16 de octubre de 2015, por entender el INSS que faltaban 19 días de cotización, no computando el periodo alegado como Servicio Social de la Sección Femenina, al considerar que no tenía cabida en el artículo 161 bis 2 c) de la LGSS.

La sentencia, entendió que: «El examen de la tramitación parlamentaria de la Ley 40/2007 revela que el proyecto inicial no incluía ese inciso segundo del art. 161 bis 2.c), que

sólo aparece a consecuencia del informe de la ponencia en el Congreso, sin que conste indicación alguna de que bajo la expresión "prestación social sustitutoria" quisiera acotarla a la contemplada entonces en el ordenamiento jurídico, en desarrollo del art. 30.2 CE.

La Sala entiende que bajo esa expresión cabe entender incluido, igualmente, el período de trabajo obligatorio efectuado por las mujeres al amparo del Servicio Social creado por Decreto de 7 de octubre de 1937 y reglamentado por Decreto de 28 de noviembre de 1937, con sus modificaciones aprobadas por Decretos de 31 de mayo de 1940 y 9 de febrero de 1944, vigente hasta el 1 de septiembre de 1978, en que entró en vigor el R. Decreto 1914/1978, de 19 de mayo, que lo suprimió, toda vez que se configuró como un deber nacional de las mujeres españolas de 17 a 35 años, que mientras lo cumplían se consideraban empleadas en el servicio inmediato a España (art. 2 del Reglamento), con un régimen jurídico equiparable en parte al de los varones al servicio de las armas (arts. 4 y 5 del Reglamento), viniendo a cumplir, por tanto, para las mujeres, una función sustitutoria del servicio militar obligatorio de los varones.

Por otra parte, la lectura de la norma de forma compatible con la prohibición constitucional de la discriminación por razón de sexo refuerza esa misma comprensión.

En fin, la razón de la equiparación como días cotizados, a efectos del cumplimiento del período mínimo de cotización, se advierte fácilmente: se trata de un período de trabajo activo prestado al Estado, en beneficio y por orden de éste, excluido legalmente de cotización. La similitud de situación es patente y, por ello, debe operar la finalidad protectora que se pretende con ese cómputo como días cotizados».

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadoras que solicitan la jubilación anticipada y les es denegada por el INSS por faltarles unos pocos días para cumplir el periodo de carencia - 7 en la sentencia recurrida, 19 en la de contraste- no computando, a efectos de periodo de carencia para acceso a la pensión de jubilación, el periodo en el que estuvieron realizando el Servicio Social de la mujer. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que no ha de tomarse en consideración dicho periodo, la de contraste razona que se ha de considerar, a efectos de completar el periodo mínimo de cotización para acceso a la pensión de jubilación anticipada.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los

requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.-1.- La sentencia impugnada ha estimado el recurso de suplicación formulado por el INSS y desestimado la pretensión de la actora de acceder a la jubilación anticipada, al entender que no reúne el periodo de carencia exigido ya que no le es aplicable lo establecido en el artículo 208.1 b), último párrafo, de la LGSS -“Acreditar un periodo mínimo de cotización... A estos exclusivos efectos solo se computará el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año- pues durante el periodo en el que realizó el servicio social obligatorio no estuvo comprendida dentro del ámbito de cobertura de cualquier sistema público de previsión social.

2.- El recurso ha de ser estimado por considerar la Sala, por las razones que a continuación se expondrán, que el periodo en el que la actora realizó el “Servicio Social de la Mujer” ha de ser computado a efectos de alcanzar el periodo mínimo de cotización exigido para la jubilación anticipada.

Dicho Servicio Social obligatorio se encuentra regulado por Decreto de 7 de octubre de 1937, que lo creó, aprobándose su Reglamento por Decreto de 28 de noviembre de 1937.

Posteriormente su régimen fue modificado por los Decretos de treinta y uno de mayo de mil novecientos cuarenta, y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, sin que tales alteraciones afectaran sustancialmente a los principios en los que se inspiraba dicho Servicio Social. Asimismo hay que citar las Órdenes Ministeriales de 21 de noviembre de 1944 y de 26 de noviembre de 1946.

Fue suprimido por RD 1914/1978 de 19 de mayo.

A este respecto hay que señalar que el artículo 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres -LOIEMH- bajo la rúbrica “Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación

de las normas” establece: “La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”. La interpretación ha de hacerse a favor del principio de igualdad de trato y de oportunidades La interpretación a favor de la igualdad es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal ha de ser el faro a cuya luz se interpreten las normas. Ha de aplicarse la ponderación que supone examinar cuál de las soluciones posibles hace más efectivo el principio de igualdad.

En este precepto se reconoce explícitamente la función integradora del principio de igualdad de trato y de oportunidades, al figurar en el epígrafe “Integración del principio...” y en el precepto “...se integrará...” Al ser un principio informador del ordenamiento jurídico se aplica lo dispuesto en el artículo 1.4 Cc “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

La función integradora supone la ausencia de una norma aplicable al caso real, bien por inexistencia de regulación, bien por no considerar en la misma el valor de igualdad de sexos que debió haberse considerado.

En nuestro ordenamiento no hay norma alguna que considere como periodo cotizado, a efectos de alcanzar el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la jubilación parcial, el periodo de prestación del “Servicio Social de la Mujer”.

3.- Por otra parte el artículo 15, de la LOIEMH bajo el epígrafe “Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.”, incardinado en el Título II “Políticas públicas para la igualdad” dispone que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos...”

Ante el tenor literal de las normas precitadas hemos de concluir que el principio de integración de la dimensión de género vincula a todos los poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial.

Aparece así la obligación de Jueces y Tribunales, como poder del Estado, de incorporar la perspectiva de género en el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida por el artículo 117. 3 de la Constitución.

CUARTO.-1.- Para una mejor comprensión de la cuestión debatida se exponen a continuación las normas tomadas en consideración:

- Directiva 79/7 del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad Social:

Artículo 1

«La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo "principio de igualdad de trato"».

Artículo 4

«1. El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,
- la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,

-el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

2. El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.»

- Constitución

Artículo 14

«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

- LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- LOIEMH.

Artículo 1. Objeto de la Ley.

«1. ..Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.»

Artículo 3. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

«El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil».

Artículo 4. Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.

«La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

Artículo 6. Discriminación directa e indirecta.

«1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.»

Artículo. Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

«El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos...»

-Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, RD Legislativo 8/2015 de 30 de octubre:

Artículo 2. Principios y fines de la Seguridad Social.

«1. El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad».

Artículo 208. Jubilación anticipada por voluntad del interesado

1 b), último párrafo.- -“Acreditar un periodo mínimo de cotización... A estos exclusivos efectos solo se computará el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año»

-Decreto número 378 de 11 de octubre de 1937:

Artículo primero.

«Se declarará deber nacional de todas las mujeres españolas comprendidas en edad de diez y siete a treinta y cinco años ja prestación del «Servicio Social». Consistirá éste en el desempeño de las varias funciones mecánicas, administrativas o técnicas precisas para el funcionamiento y progresivo desarrollo de las instituciones sociales...»

Artículo cuarto.

"El «Servicio Social» tendrá una duración mínima de seis meses. Este tiempo habrá de ser cumplido, a voluntad de la obligada a prestarlo, bien de manera ininterrumpida o por fracciones espaciadas a lo largo del plazo máximo de tres años. En todo caso ninguna de estas fracciones será de duración inferior a un mes de servicio consecutivo”

Exposición de motivos:

«... Hasta hoy, sólo el servicio militar obligatorio cumplía estos fines mediante la movilización de todos los hombres aptos para el manejo de las armas. Futuras medidas’ de gobierno ensancharán en España la extensión e intensidad de esta prestación varonil a los designios del Estado. Respecto de la mujer nada había sido establecido hasta el día. Quedaba, pues, apartada del servicio Inmediato de la Patria y del Estado, los cuales no recibían el caudal de colaboraciones y esfuerzos que la mujer española puede proporcionarles en abundancia y rectitud. A remediar esta situación tiende el presente Decreto, inspirado en el propósito de que toda nuestra energía y potencia nacionales se ponga en tensión para un rápido resurgimiento del Estado Español»

CUARTO.-1.- Ya hemos adelantado que, en tanto el artículo 208.1 b), último párrafo, de la LGSS reconoce, a efectos de acreditar el periodo mínimo de

cotización para acceder a la jubilación anticipada, el de prestación del servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria con el límite máximo de un año, no hay norma alguna que considere como periodo cotizado, a dichos efectos, el periodo de prestación del “Servicio Social de la Mujer”.

Teniendo en cuenta que, a tenor del artículo 4 de la LO 3/2007 el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y ha de ser observado en la interpretación de las leyes, no cabe la interpretación del artículo 208.1 b) de la LGSS de forma rígidamente literal, por las siguientes razones:

Primera: La interpretación literal conduciría a violar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social, proclamado en la normativa europea -artículos 1 y 4 de la Directiva 79/7 del Consejo, de 19 de diciembre de 1978- y en la normativa interna - artículos 14 de la Constitución, 1,4 y 6 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y 2.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

En efecto, el artículo 208.1 de la LGSS reconoce, a los solos efectos de acreditar el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la jubilación anticipada, el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año. El servicio militar únicamente lo realizaban los hombres, luego se está reconociendo un periodo no cotizado, a efectos de acceder a la jubilación anticipada, únicamente a los hombres.

Segunda: No cabe argüir que a las mujeres no se les podía reconocer dicho derecho ya que no realizaban el servicio militar.

En efecto, siendo tal hecho cierto, ocurre que a las mujeres se les exigía la realización del “Servicio Social de la Mujer” y no se reconocía dicho periodo a efectos de acceder a la jubilación anticipada.

Tercera: La obligatoriedad de la realización del servicio se establece tanto para los hombres -artículo 1 de la Ley 55/1968, de 27 de julio: El Servicio Militar es

un honor y un deber inexcusable que alcanza a todos los españoles varones que reúnan condiciones de edad y aptitud psicofísica. Es, a su vez, un instrumento para la formación espiritual, física y cultural y para la promoción social de la juventud española- cuanto para las mujeres -“Servicio Social de la Mujer”- artículo primero del Decreto número 378 de 11 de octubre de 1937: “Se declarará deber nacional de todas las mujeres españolas comprendidas en edad de diez y siete a treinta y cinco años ¡a prestación del «Servicio Social». Consistirá éste en el desempeño de las varias funciones mecánicas, administrativas o técnicas precisas para el funcionamiento y progresivo desarrollo de las instituciones sociales...”

En ambas normas se configura como “deber” tanto la prestación del servicio militar como la prestación del “Servicio Social de la Mujer”.

Cuarta: La finalidad de ambas prestaciones es similar, tal y como establece la Exposición de Motivos del Decreto número 378 de 11 de octubre de 1937.

“... Hasta hoy, sólo el servicio militar obligatorio cumplía estos fines mediante la movilización de todos los hombres aptos para el manejo de las armas... Respecto de la mujer nada había sido establecido hasta el día. Quedaba, pues, apartada del servicio Inmediato de la Patria y del Estado, ..A remediar esta situación tiende el presente Decreto, inspirado en el propósito de que toda nuestra energía y potencia nacionales se ponga en tensión para un rápido resurgimiento del Estado Español”

Quinta: En ninguna de las dos prestaciones hay obligación de cotizar a la Seguridad Social.

Sexta: Únicamente mediante la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del precepto -artículo 208.1 b), último párrafo, de la LGSS- se alcanza la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, ya que la aplicación literal del mismo conduciría a una violación de dicho principio pues supondría un trato discriminatorio de las mujeres respecto a los hombres.

Dicha interpretación conduce a entender que el periodo de prestación del “Servicio Social de la mujer” ha de tomarse en consideración, a efectos del acceso a la jubilación anticipada, en la misma forma en la que se tiene en cuenta, a dichos efectos, el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria.

Séptima: La aplicación del criterio hermenéutico plasmado en el artículo 4 de la LOIEMH ha sido incorporado a sentencias de esta Sala Cuarta, como: Sentencia de 21 de diciembre de 2009, recurso 201/2009, en la que a una trabajadora del RETA, se le computó como cotizados, asimilados por parto, los 112 días de bonificación establecidos en la Disposición Adicional Cuadragésimo Cuarta (DA 44ª) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS); sentencia de 26 de enero de 2011, recurso 4587/2009, concediendo pensión de viudedad a mujer divorciada, sin pensión compensatoria, víctima de violencia de género y sentencia de 13 de noviembre de 2019, recurso 75/2018, reconociendo el derecho de los trabajadores puestos a disposición por una ETT a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria.

QUINTO.- Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Carmelo Carrillo Sánchez, en representación de DOÑA, frente a la sentencia dictada el 15 de junio de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el recurso de suplicación número 2308/2017, interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la sentencia de fecha 17 de enero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, en el procedimiento número 496/2016 y, resolviendo el debate planteado en suplicación, procede la desestimación del recurso de tal clase, declarando la firmeza de la sentencia de instancia.

No procede la imposición de costas en virtud de lo establecido en el artículo 235.1 LRJS.

FALLO

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

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Carmelo Carrillo Sánchez, en representación de DOÑA, frente a la sentencia dictada el 15 de junio de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el recurso de suplicación número 2308/2017, interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia de fecha 17 de enero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, en el procedimiento número 496/2016, seguido a instancia de DOÑA frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación de PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA.

Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Declarar la firmeza de la sentencia de instancia.

Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

