



Roj: **STS 3928/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3928**

Id Cendoj: **28079140012020100949**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/11/2020**

Nº de Recurso: **3011/2018**

Nº de Resolución: **1013/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3011/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1013/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 18 de noviembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D. Olegario , representado y asistido por el Letrado D. Rafael Goiria González contra sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga de 30 de mayo de 2018, recaída en su recurso de suplicación núm. 34/2018 desestimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Olegario , contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga, en sus autos 422/2017, que resolvió la demanda sobre invalidez permanente, interpuesta por D. Olegario contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

No se ha personado como parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social pese a haber sido emplazada en legal forma.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1. Presentada demanda sobre invalidez permanente por D. Olegario contra el Instituto Nacional de la Seguridad social, fue turnada al Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga, quien dictó sentencia el 2 de octubre de 2017, en cuyos hechos probados consta lo siguiente:

"PRIMERO. - D. Olegario , mayor de edad, nacido el día NUM000 -58, se encuentra afiliado a la Seguridad Social con el nº NUM001 y encuadrado en el Régimen General, jubilado ONCE.



SEGUNDO. - El actor el día 8-11-16 solicitó de la Dirección Provincial del INSS el reconocimiento de la pensión de invalidez y el 21-12-16 emitió dictamen el equipo médico de la E.V.I. de Málaga con el siguiente juicio clínico: microftalmia congénita, prótesis ID, microftalmia OI con percepción de luz, hipoacusia neurosensorial grave con indicación audioprotésica.

TERCERO.- El día 29-12-16 elevó propuesta el Equipo de Valoración de Incapacidades estimando que el actor se encuentra afecto de invalidez permanente en grado de Incapacidad Permanente absoluta para todo trabajo derivada de enfermedad común y el 7-2-17 recayó resolución de la Dirección Provincial del INSS en la que, acogiendo la citada propuesta, se declaró al actor en la situación expresada de incapacidad permanente absoluta, sin efectos económicos al haber optado el interesado por continuar en el abono de la pensión de jubilación que percibe actualmente.

CUARTO. - Contra dicha resolución presentó el actor reclamación previa el día 15-3-17 que fue desestimada por resolución de 28-3-17.

QUINTO. - El actor padece las siguientes enfermedades y secuelas: microftalmia congénita, prótesis ID, microftalmia OI con percepción de luz, hipoacusia neurosensorial grave con indicación audioprotésica.

SEXTO. - La base reguladora asciende a 1660,28€ y el complemento de gran invalidez a 1322,73€.

SÉPTIMO. - El actor percibe pensión de jubilación desde el 31-12-12, con una base reguladora de 2672,05€, porcentaje 96%, pensión inicial 2565,17€.

OCTAVO. - El cálculo de la base reguladora se ha realizado con las bases de cotización 1-10-08 a 30-9-16, resultando 1660,28€.

NOVENO. - El actor ha prestado servicios en la ONCE del 2-10-89 a 2-1-95, en Seguronce Correduría de Seguros del 2-2-96 a 17-3-97 y para la ONCE del 17-3-97 al 31-12-12.

DÉCIMO. - La demanda es de fecha 8-5-17".

2º. En la parte dispositiva de la sentencia se dice lo siguiente: "Que estimando en parte la demanda formulada por D. Olegario contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre invalidez permanente, y revocando la resolución impugnada debo declarar y declaro que el actor se encuentra afecto de invalidez permanente en grado de gran invalidez, derivada de enfermedad común, debiendo condenar como condeno a la entidad Gestora a estar y pasar por las anteriores declaraciones y abonar al actor una pensión vitalicia del 100% de su base reguladora de 1660,28€ y complemento de gran invalidez 1322,73€, con los mínimos, incrementos, mejoras y revalorizaciones que procedan y con los efectos desde el día 29-12-16".

SEGUNDO.- D. Olegario interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, quien dictó sentencia el 30 de mayo de 2018, en su recurso de suplicación 34/2018, en cuya parte dispositiva se dijo lo siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Olegario contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga con fecha 2 de octubre de 2017 en autos sobre invalidez permanente, seguidos a instancias de dicho recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, confirmando la sentencia recurrida".

TERCERO. - 1. D. Olegario interpone recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia recurrida. Aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social de la Comunidad de Madrid de 29 de septiembre de 2017 (rec. 157/2017).

2. El 26 de julio de 2019 mediante diligencia de ordenación, se le da traslado al Ministerio Fiscal para que emita el dictamen oportuno, no habiéndose personado la parte recurrida INSS, pese a haber sido emplazada en legal forma.

CUARTO. - El Ministerio Fiscal en su informe interesa la improcedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO. - El 30 de septiembre de 2020 se dictó providencia, mediante la cual se designa nuevo ponente por necesidades del servicio al Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín. Se señaló como fecha de votación y fallo el 17 de noviembre de 2020, fecha en la que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. La cuestión a decidir en el presente recurso de casación unificadora obliga a resolver si, para el cálculo de la base reguladora de la pensión de gran invalidez, reconocida al recurrente que estaba jubilado anticipadamente por discapacidad, debe aplicarse la doctrina del paréntesis, computando las bases de



cotización anteriores al momento en que cesó la obligación de cotizar o, por el contrario, deben aplicarse las bases mínimas.

2. La sentencia recurrida desestima el recurso de suplicación interpuesto por el actor y confirma la sentencia de instancia, que estima en parte su demanda, declarando su derecho a la gran invalidez, pero sin aplicación de la base reguladora solicitada.

En efecto, la sentencia instancia declara al actor, trabajador de la ONCE jubilado anticipadamente, en situación de gran invalidez, pero calcula la base reguladora durante el periodo comprendido entre el inicio de su jubilación hasta el hecho causante de la prestación de invalidez, siguiendo la tesis del INSS, en la cuantía de las bases mínimas, lo que no es compartido por el trabajador, que reitera en suplicación la aplicación de la teoría del paréntesis. El Tribunal Superior remite a la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2011 (R. 4097/2010), que reitera la del Pleno de 1 de octubre de 2002, Sala General, (R. 3666/2001), considerando de aplicación el art. 140.4 LGSS, referido a las lagunas de cotización, que se integran con la base mínima, y no la doctrina del paréntesis, de creación jurisprudencial, y limitada a determinados supuestos, que no son el caso.

3. El recurso de casación para unificación de doctrina se interpone por el beneficiario y tiene por objeto determinar la base reguladora de la prestación reconocida, entendiendo que, durante los periodos en los que no hay obligación de cotizar, resulta aplicable la teoría del paréntesis y no, como ha resuelto la sentencia recurrida, la integración de dichos periodos con las bases mínimas.

Se alega como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de septiembre de 2017 (R. 157/2017), aclarada por auto de 28 de noviembre de 2017, que estima íntegramente el recurso de suplicación interpuesto por el actor y, revocando la sentencia de instancia, estima su demanda declarándole afecto de gran invalidez, siendo la fecha de efectos el 29 de septiembre de 2015, y la cuantía de la prestación, la que consta.

En tal supuesto el INSS había denegado la prestación solicitada por el actor por ser jubilado en el momento del hecho causante y no alcanzar las lesiones que padece grado suficiente de disminución de su capacidad laboral. En cuanto a la primera de las pretensiones, la Sala concluye que el hecho de que al actor accediera a la jubilación anticipadamente, no impide el reconocimiento de una incapacidad. Seguidamente, analiza la cuestión que interesa a esta casación unificadora y determina que, la base reguladora a tener en cuenta para el cálculo de la pensión, debe ser calculada con arreglo a la denominada doctrina del paréntesis conforme a la sentencia de este Tribunal Supremo de 25 de abril de 2006 (R. 951/2005).

SEGUNDO. - 1. El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. La Sala considera que concurren aquí los requisitos de contradicción, exigidos por el art. 219 LRJS, toda vez que ambos demandantes, jubilados anticipadamente por discapacidad, solicitaron ser declarados en situación de gran invalidez, reconociéndose la gran invalidez en los dos casos, si bien, en la sentencia recurrida se calculó la base reguladora de la pensión mediante la integración con bases mínimas de los periodos en los que no existió obligación de cotizar, conforme a la doctrina STS 20/09/2011, rcud. 4097/2010, mientras que, en la sentencia referencial se aplicó la doctrina del paréntesis, según la doctrina STS 25/04/2006, rcud. 951/2005, coincidiendo, por tanto, las mismas circunstancias fácticas, pretensiones y fundamentos.

TERCERO. - 1. El señor Olegario denuncia en su único motivo de casación, que la sentencia recurrida ha infringido el art. 197.3 LGSS, en relación con lo dispuesto en el art. 195.3 b y 4 LGSS, tal y como han sido interpretados por STS 25/04/2006, rcud. 951/2005.

2. El INSS-TGSS no ha impugnado el recurso de casación unificadora.

3. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la desestimación del recurso, toda vez que la cuestión controvertida ha sido resuelta por STS 15/03/2010, rcud. 2149/2009 en el mismo sentido que la sentencia recurrida.



CUARTO. - 1. La cuestión controvertida ha sido resuelta en múltiples ocasiones por esta Sala, por todas SSTS 15/03/2010, rcud. 2149/2009, 20/09/2011, rcud. 4097/2010 y más recientemente en STS 14/07/2018, rcud. 3104/2017, en la que descartamos la aplicación de la doctrina del paréntesis en supuestos, como el aquí debatido, en el que el demandante solicitó su pensión de IPA desde la situación de jubilación anticipada por discapacidad, entendiéndose que el cálculo de la base reguladora debía integrarse con bases mínimas durante el período en el que no hubo obligación de cotizar, de conformidad con lo dispuesto en el art. 197.4 LRJS. En dicha sentencia se descartó expresamente que la doctrina de la STS 25/04/2006, rcud. 951/2005 fuera aplicable con carácter general y especialmente en los supuestos de prestación de IPA, toda vez que la misma se centró en un supuesto de invalidez provisional, en el que no hubo obligación de cotizar.

2. En STS 14/07/2018, rcud. 3104/2017 mantuvimos que, en los supuestos de integración de lagunas, derivados de la extinción del contrato de trabajo del beneficiario por jubilación anticipada, como sucede en el supuesto debatido, es aplicable únicamente lo dispuesto en el art. 197.4 LRJS.

En dicha sentencia mantuvimos que "Esta solución ha sido reiterada por la Sala, entre otras, en la STS de 14 de junio de 2006 (Rcud. 4375/2004) en la que señalamos que "la doctrina de esa Sala dictada en interpretación definitiva de lo que constituye el contenido real del art. 140.4 de la Ley General de la Seguridad Social cuando dispone, entre otras previsiones relacionadas con el cálculo de la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente derivada de contingencias comunes, cual es el caso, que "si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años". Como puede apreciarse, la aplicación de la doctrina del tiempo muerto o paréntesis no se corresponde con lo que se prevé de forma literal en dicho precepto legal sino que constituye doctrina de esta Sala aplicable a supuestos muy concretos, cual puede apreciarse se dijo en la STS de 7 de febrero de 2000 (Rec.- 109/99), sentencia de Sala General en la que se tuvo en cuenta un déficit específico del sistema de protección que podría derivar de la aplicación meramente literal de las previsiones legales. Pero esa excepción se hizo exclusivamente en un primer momento en relación con el período de invalidez provisional previo a la declaración de invalidez, y, si bien luego se extendió por un defecto de aplicación de lo dicho por aquella sentencia a otros supuestos distintos, fue posteriormente corregido tanto por diversas sentencias, entre otras las SSTS de 1-10-2002 (Rec.-3666/01) y 12-7-2004 (Rec.- 5513/03), a partir de las cuales ha quedado esta doctrina excepcional referida exclusivamente a los períodos sin obligación de cotizar, por invalidez provisional inmediata al proceso de invalidez en el que la misma es declarada (en este momento histórico prácticamente inexistente) o a los períodos de prórroga de la incapacidad temporal también inmediatamente anterior a la declaración de invalidez como excepciones a favor de los beneficiarios de tales prestaciones en cuanto supuestos muy específicos en los que las previsiones legales del sistema en la articulación de la protección pueden llevar a perjudicar sin justificación alguna los derechos de aquéllos".

Del mismo modo, en STS 15/03/2010, rcud. 2149/2009, habíamos descartado la aplicación general de la doctrina del paréntesis, cuyo uso se ha admitido para supuestos muy específicos, en los términos siguientes: "Ello es así, porque es constante afirmación nuestra que la función de la llamada doctrina del "paréntesis" -en lo que se refiere a la determinación de la BR- no es la de solucionar los problemas planteados por la existencia de lagunas de cotización que pueden producirse en la carrera de seguro de un trabajador por razones ajenas a su voluntad, dado que ello ya ha sido remediado por el legislador con la regla del art. 140.4 LGSS [integración de los vacíos de cotización por la base mínima], sino que su cometido se limita a los supuestos de IPV e IT prorrogada más allá del plazo en que hay que cotizar [la prórroga de IT del art. 131 bis 2 LGSS], pero no a los restantes casos, porque el mecanismo corrector se articula en el marco de un problema técnico de ordenación de la protección y de interpretación de un término en sí mismo tan equívoco como es el de "hecho causante", sin que pueda "extenderse a otros supuestos diferentes, que ya no reflejan un problema general de la articulación de la protección, ni se relacionan con la interpretación de una expresión legal equívoca, sino que ponen de relieve incidencias diversas en la situación de empleo del beneficiario", que son atendidas por la regla general del art. 140.4 LGSS, y no por la doctrina del "paréntesis", que de ser utilizada con generalidad quedaría sin aplicación práctica alguna o limitada a los supuestos excepcionales de inactividad voluntaria, contrariando así la clara voluntad del legislador de establecer el recurso a las bases mínimas como criterio general para la integración de las lagunas de cotización en la fijación de la BR (SSTS 01/10/02 -rcud 3666/01-, dictada en Sala General ...; 25/10/02 -rcud 1/02- ... 14/06/06 -rcud 4375/04-; 21/09/06 -rcud 2183/05-; y 26/12/07 -rcud 4112/06 -).

Más concretamente, para el singular supuesto de autos, de trabajador cuyo contrato se extingue en situación de IT y que sin solución de continuidad pasa a percibir una prestación definitiva de otra naturaleza [no alcanzando -por consiguiente- la situación real de desempleo], hemos entendido con reiteración que el art. 222.1 LGSS [redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 /Diciembre] sólo contempla la cotización de la EG de las prestaciones por desempleo para quien accede de la IT al desempleo, pero no la de quien pasa directamente a la IP, en cuyo caso la cotización es inexistente [así se deduce de la EM de la citada Ley], por lo que siendo



inaplicable la técnica del "paréntesis", "la consecuencia natural es que para el cálculo de la base reguladora se computen las bases mínimas conforme al art. 140.4 LGSS "; y además hemos proclamado que esa diferente regulación de los supuestos a efectos cotizatorios durante la situación de IT [distinguiendo entre IT seguida de desempleo e IT que pasa directamente a IP] no es discriminatoria (así, SSTs 05/07/07 -rcud 689/06-; 05/07/07 -rcud 3402/06- 05/11/08 -rcud 802/07-; 25/02/09 -rcud 1877/08-; y 26/05/09 -rcud 2410/08 -).

Indicábamos al inicio de este fundamento jurídico que la STS 21/09/06 [-rcud 2183/05 -] no solamente no abona la tesis de la recurrida, sino que -antes al contrario- refuerza el planteamiento de la decisión de instancia y el recurso de la EG. En efecto, tras señalar en aquélla los orígenes de la doctrina del "paréntesis" [con la STS 07/02/00 -rec. 109/99-, pronunciada por el Pleno de la Sala] y la circunstancia de que posteriormente la técnica se hubiese aplicado extensivamente a las situaciones de desempleo involuntario [cuando no media obligación cotizatoria a cargo del INEM], finalmente destacábamos que "la jurisprudencia más reciente limita la aplicación del "paréntesis" a los exclusivos supuestos de IPV e IT prorrogada"; y reproducíamos al efecto -literalmente- la argumentación expuesta en el apartado 2 de este propio fundamento, citando -precisamente- las mismas sentencias de esta Sala que en el mismo apartado hemos relacionado; para llegar a la conclusión que la técnica de que tratamos era inviable en supuesto -incluso- de IPV no precedente a la declaración de IP".

3. Aplicando la doctrina expuesta, nos vemos obligados a desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el señor Olegario y confirmar la sentencia recurrida, que contiene la doctrina correcta, de conformidad con lo dispuesto en el art. 228 LRJS.

FALLO

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

1. Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D. Olegario contra sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga de 30 de mayo de 2018, recaída en su recurso de suplicación núm. 34/2018, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Olegario , contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga, en sus autos 422/2017, que resolvió la demanda sobre invalidez permanente, interpuesta por D. Olegario contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

2. Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

3. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.