

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 18
octubre 2011

RJ\2012\1221



PENSION DE JUBILACION: base reguladora: períodos en los cuales no hubiese existido la obligación de cotizar: integración con la base mínima: limitación a los quince años anteriores: trabajadores contratados a tiempo parcial; VOTO PARTICULAR.

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 4444/2010

Ponente: Excmo Sr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel

El Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López formula voto particular en el que disiente del parecer de la Sala.

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 4444/2010) interpuesto por doña Angelina contra la Sentencia de fecha 10-11-2010, del TSJ del Principado de Asturias, que casa y anula en el sentido que se indica en el último fundamento de derecho, dictada en autos promovidos por la recurrente contra el INSS y la TGSS, sobre pensión de jubilación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Octubre de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Enrique Celemin Gómez en nombre y representación de Dª Angelina, contra la [sentencia dictada el 10 de noviembre de 2010 \(PROV 2011, 21978\)](#) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 1975/10, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, de fecha 10 de mayo de 2010, recaída en autos núm. 924/09, seguidos a instancia de Dª Angelina contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre JUBILACIÓN.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Letrado D. Andrés Ramón Trillo García actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

.- Con fecha 10 de mayo de 2010, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "ESTIMAR la demanda interpuesta por Angelina , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, declarando que Angelina tiene derecho a percibir una pensión de jubilación del 56,00% de la base reguladora mensual de 637,69 euros, con efectos económicos al 01/08/2009 y con las actualizaciones y revalorizaciones que procedan, condenando a Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por la misma y al abono de la prestación resultante".

SEGUNDO

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

1º.- La demandante, Angelina , con DNI NUM000 , nacida el 30/07/1944, figura afiliada a la Seguridad Social con el número NUM001 .

2º.- Angelina tiene los siguientes días de cotización a la Seguridad Social:

RÉGIMEN/EMPRESA ALTA BAJA DÍAS COTIZADOS

FARMANCIA MILITAR LUGO 04/04/1965 21/05/1966 413

INTENDENCIA 8 REGIÓN 01/06/1966 30/06/1967 395

FARMACIA MILITAR LUGO 01/06/1966 30/06/1967 395(Periodo superpuesto)

FARMACIA MILITAR LUGO 01/07/1967 31/07/1975 2953

PERMISO PARTO L.O. 3/2007 23/05/1976 11/09/1976 112

PERMISO PARTO L.O. 3/2007 23/08/1979 12/12/1979 112

RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR 01/11/1981 31/12/1982 426

GIJONESA DE SAERVICIOS S.L.(trabajo a tiempo parcial 500) 29/11/1991
29/02/1992 47 días trabajados a tiempo parcial

GIJONESA DE SAERVICIOS S.L.(trabajo a tiempo parcial 225) 01/03/1992
28/11/1992 61 días trabajados a tiempo parcial

SEDELIN S.L.(trabajo a tiempo parcial 125) 19/02/1993 18/08/1993 23 días
trabajados a día parcial

PRESTACIÓN DE DESEMPLEO por trabajos a tiempo parcial 125 19/08/1993

31/12/1993 16 días prestación por trabajo a tiempo parcial

PRESTACIÓN DE DESEMPLEO por trabajos a tiempo parcial 125 01/01/1994
 18/02/1994 6 días prestación por trabajo a tiempo parcial

EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPIEZA 11/09/2006 24/12/2006 105

EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPIEZA 25/12/2006 02/01/2007 9

EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPIEZA 08/01/2007 24/06/2007 168

EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPIEZA 25/06/2007 01/07/2007 7

EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPIEZA 02/07/2007 30/08/2007 60

EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPIEZA 31/08/2007 04/09/2007 5

EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPIEZA 10/09/2007 23/12/2007 105

EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPIEZA 24/12/2007 01/01/2008 9

EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPIEZA 03/01/2008 16/03/2008 74

EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPIEZA 17/03/2008 22/03/2008 6

PRESTACIÓN DE DESEMPLEO 23/03/2008 16/07/2008 116

Adela 10/09/2008 31/07/2009 325

A Angelina le corresponden las siguientes bases de cotización durante el periodo de tiempo comprendido entre 01/08/1994 y 31/07/2009:

AÑO	MES	BASE DE COTIZACIÓN	ÍNDICE ACTUALIZACIÓN	BASE ACTUALIZADA
-----	-----	--------------------	----------------------	------------------

1994	08	424,80	1,4875058	631,89
------	----	--------	-----------	--------

1994	09	424,80	1,4829892	629,97
------	----	--------	-----------	--------

1994	10	424,80	1,4797760	628,60
------	----	--------	-----------	--------

1994	11	424,80	1,4772128	627,52
------	----	--------	-----------	--------

1994	12	424,80	1,4707186	624,76
------	----	--------	-----------	--------

1995	01	439,58	1,4556308	639,86
------	----	--------	-----------	--------

1995	02	439,58	1,4485338	636,74
------	----	--------	-----------	--------

1995	03	439,58	1,4401435	633,05
------	----	--------	-----------	--------

1995	04	439,58	1,4325477	629,71
------	----	--------	-----------	--------

1995 05 439,58 1,4319744 629,46
1995 06 439,58 1,4306177 628,87
1995 07 439,58 1,4303939 628,77
1995 08 439,58 1,4263653 627,00
1995 09 439,58 1,4207755 624,54
1995 10 439,58 1,4181314 623,38
1995 11 439,58 1,4143780 621,73
1995 12 439,58 1,4098229 619,73
1996 01 454,91 1,4012532 637,44
1996 02 454,91 1,3974461 635,71
1996 03 454,91 1,3925042 633,46
1996 04 454,91 1,3846439 629,88
1996 05 454,91 1,3798845 627,72
1996 06 454,91 1,3810423 628,25
1996 07 454,91 1,3792023 627,41
1996 08 454,91 1,3753071 625,64
1996 09 454,91 1,3719597 624,11
1996 10 454,91 1,3700867 623,26
1996 11 454,91 1,3700069 623,22
1996 12 454,91 1,3659593 621,38
1997 01 467,17 1,3620032 636,28
1997 02 467,17 1,3629280 636,71
1997 03 467,17 1,3622512 636,40
1997 04 467,17 1,3617553 636,17
1997 05 467,17 1,3597753 635,24
1997 06 467,17 1,3598202 635,26
1997 07 467,17 1,3573308 634,10

1997 08 467,17 1,3513687 631,31
1997 09 467,17 1,3447112 628,20
1997 10 467,17 1,3452058 628,43
1997 11 467,17 1,3425395 627,19
1997 12 467,17 1,3389791 625,53
1998 01 477,08 1,3358276 637,29
1998 02 477,08 1,3389573 638,78
1998 03 477,08 1,3383367 638,49
1998 04 477,08 1,3350258 636,91
1998 05 477,08 1,3332847 636,08
1998 06 477,08 1,3324213 635,67
1998 07 477,08 1,3275208 633,33
1998 08 477,08 1,3239756 631,64
1998 09 477,08 1,3229965 631,17
1998 10 477,08 1,3228796 631,11
1998 11 477,08 1,3240715 631,68
1998 12 477,08 1,3204175 629,94
1999 01 485,74 1,3155838 639,03
1999 02 485,74 1,3148061 638,65
1999 03 485,74 1,3090339 635,85
1999 04 485,74 1,3042107 633,50
1999 05 485,74 1,3042520 633,52
1999 06 485,74 1,3039731 633,39
1999 07 485,74 1,2983466 630,65
1999 08 485,74 1,2928396 627,98
1999 09 485,74 1,2903565 626,77
1999 10 485,74 1,2908422 627,01

1999 11 485,74 1,2887702 626,00
1999 12 485,74 1,2829839 623,19
2000 01 495,65 1,2787774 633,82
2000 02 495,65 1,2769718 632,93
2000 03 495,65 1,2719292 630,43
2000 04 495,65 1,2666631 627,82
2000 05 495,65 1,2645610 626,77
2000 06 495,65 1,2607447 624,88
2000 07 495,65 1,2531329 621,11
2000 08 495,65 1,2478980 618,52
2000 09 495,65 1,2446800 616,92
2000 10 495,65 1,2415068 615,35
2000 11 495,65 1,2384241 613,82
2000 12 495,65 1,2341526 611,70
2001 01 505,75 1,2257726 619,93
2001 02 505,75 1,2255493 619,82
2001 03 505,75 1,2157795 614,88
2001 04 505,75 1,2051320 609,49
2001 05 505,75 1,2006430 607,22
2001 06 505,75 1,2979924 605,88
2001 07 505,75 1,2065682 610,22
2001 08 505,75 1,2057991 609,83
2001 09 505,75 1,1997937 606,79
2001 10 505,75 1,1934926 603,60
2001 11 505,75 1,1909542 602,32
2001 12 505,75 1,1878696 600,76
2002 01 516,00 1,1894899 613,77

2002 02 516,00 1,1884546 613,24
2002 03 516,00 1,1787145 608,21
2002 04 516,00 1,1629191 600,06
2002 05 516,00 1,1587476 597,91
2002 06 516,00 1,1586951 597,88
2002 07 516,00 1,1668015 602,06
2002 08 516,00 1,1634608 600,34
2002 09 516,00 1,1591280 598,11
2002 10 516,00 1,1477600 592,24
2002 11 516,00 1,1459746 591,32
2002 12 516,00 1,1421911 589,37
2003 01 526,50 1,1469116 603,84
2003 02 526,50 1,1444761 602,56
2003 03 526,50 1,1365876 598,41
2003 04 526,50 1,1274153 593,58
2003 05 526,50 1,1284713 594,14
2003 06 526,50 1,1277257 593,74
2003 07 526,50 1,1348242 597,48
2003 08 526,50 1,1296539 594,76
2003 09 526,50 1,1262992 592,99
2003 10 526,50 1,1187441 589,01
2003 11 526,50 1,1151136 587,10
2003 12 526,50 1,1131983 586,09
2004 01 537,30 1,1210711 602,35
2004 02 537,30 1,1205559 602,07
2004 03 537,30 1,1127870 597,90
2004 04 537,30 1,0977563 589,82

2004 05 537,30 1,0913218 586,36
2004 06 537,30 1,0895916 585,43
2004 07 572,70 1,0979211 628,77
2004 08 572,70 1,0930925 626,01
2004 09 572,70 1,0911358 624,89
2004 10 572,70 1,0800418 618,53
2004 11 572,70 1,0773488 616,99
2004 12 572,70 1,0784039 617,60
2005 01 598,50 1,0875665 650,90
2005 02 598,50 1,0847555 649,22
2005 03 598,50 1,0762391 644,12
2005 04 598,50 1,0609627 634,98
2005 05 598,50 1,0589330 633,77
2005 06 598,50 1,0564640 632,29
2005 07 598,50 1,0629671 636,18
2005 08 598,50 1,0583202 633,40
2005 09 598,50 1,0518628 629,53
2005 10 598,50 1,0433745 624,45
2005 11 598,50 1,0418036 623,51
2005 12 598,50 1,0395720 622,18
2006 01 631,20 1,0438000 658,84
2006 02 631,20 1,0433002 658,53
2006 03 631,20 1,0359647 653,90
2006 04 631,20 1,0215580 644,80
2006 05 631,20 1,0178923 642,49
2006 06 631,20 1,0163466 641,51
2006 07 631,20 1,0224352 645,36

2006 08 631,20 1,0203569 644,04
2006 09 1.022,20 1,0220270 1.044,71
2006 10 1.512,30 1,0178518 1.539,29
2006 11 1.514,70 1,0153389 1.537,93
2006 12 1.444,09 1,0125679 1.462,23
2007 01 1.316,78 1,0194224 1.342,35
2007 02 1.576,80 1,0187226 1.606,32
2007 03 1.574,70 1,0110582 1.592,11
2007 04 1.563,30 1,0 1.563,30
2007 05 1.579,20 1,0 1.579,20
2007 06 1.509,36 1,0 1.509,36
2007 07 2.253,00 1,0 2.253,00
2007 08 2.050,50
2007 09 1.280,49
2007 10 1.579,20
2007 11 1.579,20
2007 12 1.487,87
2008 01 1.548,25
2008 02 1.638,30
2008 03 1.487,34
2008 04 1.532,10
2008 05 1.532,10
2008 06 1.532,10
2008 07 817,12
2008 08 699,90
2008 09 699,90
2008 10 699,90

2008 11 699,90

2008 12 699,90

2009 01 728,10

2009 02 728,10

2009 03 728,10

2009 04 728,10

2009 05 728,10

2009 06 728,10

2009 07 728,10

3º.- A Angelina le corresponde una bonificación por edad de 501 días (31/12/1966).

4º.- El día 03/08/2009 Angelina presentó escrito-solicitud de pensión de jubilación indicando que el último día trabajado había sido el 31/07/2009.

5º.- Por Resolución del I.N.S.S. se acordó con fecha 06/08/2009, reconocer a Angelina una prestación de jubilación de 146,59 euros mensuales, reconociéndole una base reguladora de 261,76 euros y un porcentaje de la pensión del 56,00%.

6º.- Por escrito de fecha 01/09/2009, Angelina formuló reclamación previa al amparo del art. 71 [TRLPL \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#) en reclamación de modificación de base reguladora y porcentaje aplicable por años de cotización de la pensión de jubilación interesando que se declare el derecho a percibir pensión de jubilación del Régimen General en un 59% de una base reguladora de 1.500,00 euros mensuales, en 14 módulos, o la que se acredite y efectos al 01/08/2009.

7º.- Por Resolución de fecha 22/09/2009 el INSS acordó desestimar la reclamación previa presentada por Angelina .

8º.- En el acto de la vista, la parte actora mostró su conformidad con la parte demandada en cuanto a que el porcentaje aplicable a la base reguladora es el 56%.

9º.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia, por el volumen de trabajo existente".

TERCERO

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 Asturias, la cual dictó [sentencia con fecha 10 de noviembre de 2010 \(PROV 2011, 21978\)](#) en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la

sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón dictada en los Autos seguidos a instancia de DOÑA Angelina sobre base reguladora de pensión de jubilación y en consecuencia revocamos dicha resolución, absolviendo a la entidad recurrente de las peticiones de la demanda".

CUARTO

Por el Letrado D. Enrique Celemín Gómez, en nombre y representación de Angelina se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 9 de diciembre de 2010, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha [14 de abril de 2004 \(AS 2004, 1881\)](#) .

QUINTO

Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de octubre de 2011, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

1.- El tema que se plantea en este recurso es cómo se han de integrar las lagunas de cotización cuando éstas se sitúan a continuación de un período en que el sujeto había trabajado a tiempo parcial. Para la sentencia recurrida procede en todo caso aplicar la regla especial contenida en la Disposición Adicional Séptima de la ([RCL 1994, 1825](#)) LGSS que establece "normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial", cuya regla Tercera, letra b), dice que "la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término". Dicha regla es reiterada por el [artículo 7.2](#) del [Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre \(RCL 2002, 2746\)](#) , si bien sustituye la expresión "en último término" por la más precisa "en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar".

2.- Por el contrario, la sentencia que el recurrente aporta como contradictoria, que es la dictada por el TSJ de Cataluña con el nº 2849/2004 de [14 de abril de 2004 \(AS 2004, 1881\)](#) , estima que dichos preceptos "no resultan aplicables a los trabajadores que a lo largo de su continuada vida laboral han trabajado a tiempo completo, y sólo

de forma esporádica lo han hecho a tiempo parcial", resolviendo que la integración de la laguna debe hacerse con las bases de cotización mínimas correspondientes a la fecha de dicha laguna, sin reducción proporcional alguna, esto es aplicando la regla general y no la especial de los contratados a tiempo parcial, según la cual esa base mínima se minora en atención a las horas realmente trabajadas.

3.- Concorre pues la igualdad sustancial de supuestos si se tiene en cuenta, además, que en ambos casos la contratación parcial de los beneficiarios tuvo un carácter claramente minoritario respecto a los periodos en que trabajaron a tiempo completo: en la sentencia recurrida constan 230 días a tiempo parcial de un total de 5.553 días cotizados y en la sentencia de contraste constan 2.487 días cotizados a tiempo completo y solamente 316 días a tiempo parcial (la contradicción se produciría a fortiori). No es óbice para apreciar la contradicción que en el caso de la sentencia recurrida se trate de una pensión de jubilación y en la de contraste de una de incapacidad permanente puesto que los preceptos reguladores de una y otra prestación, sobre el aspecto concretamente debatido, son los mismos: la Disposición Adicional Séptima, Regla Tercera, letra b) de la [LGSS \(RCL 1994, 1825\)](#) se refiere a "las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente"; y el [artículo 7.2](#) del RD 1131/2002, de 31 de octubre , aplicado en la sentencia recurrida, reproduce la regla que ya contenía el artículo 6.2 del Real Decreto 144/1998 , aplicable al caso por razón de fechas (la sentencia de instancia era de 2 de septiembre de 2002 , es decir, anterior a la entrada en vigor del RD 1131/2002). Pero, como ya hemos dicho, las sentencias contienen pronunciamientos contradictorios por lo que, como informa el Ministerio Fiscal, se cumplen los requisitos de procedibilidad para el recurso establecidos en el artículo 217 de la [LPL \(RCL 1995, 1144 y 1563\)](#) .

SEGUNDO

Entrando en el fondo del asunto, la trabajadora recurrente, tras analizar la contradicción existente entre las citadas sentencias, denuncia la infracción del artículo 162.1.2, párrafo primero de la [LGSS \(RCL 1994, 1825\)](#) que dice así: "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".

Y, efectivamente, la infracción se produce porque dicho precepto, que establece la regla general de integración de lagunas en el caso de jubilación, se refiere al "período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora", que son los "180 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante", según establece el artículo 162.1 de la LGSS , y, por lo tanto, ninguna incidencia -ni en un sentido, el postulado por la sentencia recurrida, ni en ningún otro, que pudiera ser favorable al beneficiario- pueden tener los periodos de trabajo y cotización

anteriores a esos 180 meses. En el supuesto debatido, contando hacia atrás desde el momento de la jubilación, hay unos meses de cotización a tiempo completo y hay después un período sin obligación de cotizar que llega hasta el final del período de 15 años que debe de computarse para calcular la base reguladora (agosto de 1994) e incluso lo sobrepasa en varios meses, puesto que la primera contratación que consta de la actora con anterioridad a esa fecha es, precisamente, el contrato a tiempo parcial que finalizó el 31 de diciembre de 1993, tras cuya extinción disfrutó de 6 días de prestación por desempleo a tiempo parcial que finalizaron ocho meses antes del citado mes de agosto de 1994, fecha de inicio del período para computar la base reguladora de la pensión solicitada. Ese contrato a tiempo parcial -que, a su vez, estuvo precedido de otros a tiempo parcial, de otros a tiempo completo y de períodos sin cotización hasta el año 1965- no puede ser tenido en cuenta por cuanto queda, como hemos dicho, completamente fuera del período computable para calcular la base reguladora. En este sentido, es errónea la afirmación de la sentencia recurrida cuando afirma, formando parte esencial de su ratio decidendi, lo siguiente: "Ninguna norma positiva autoriza a excluir del conjunto de cotizaciones que el trabajador acredite las que puedan perjudicarle, por el contrario la base reguladora se forma por la suma de la totalidad de cotizaciones efectuadas a lo largo de su vida laboral y por ello el criterio de la instancia debe rechazarse". Es evidente que eso no es así: la base reguladora no se forma computando todas las cotizaciones efectuadas a lo largo de la vida laboral sino única y exclusivamente las realizadas en los últimos quince años (art. 162.1LGSS), y con integración de las lagunas de cotización que pueda haber en esos 15 años mediante la regla general del artículo 162.2: "la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años". Por lo tanto, el trabajador no ha excluido ninguna cotización: es el legislador el que excluye -para el cálculo de la base reguladora, que no para acreditar el período de carencia- las cotizaciones anteriores a ese período de 15 años (180 meses) inmediatamente anterior a la fecha de la jubilación. La regla especial de la Disposición Adicional Séptima y del [artículo 7 del RD 1131/2002 \(RCL 2002, 2746 \)](#), según la cual dichas bases mínimas integradoras de lagunas pueden minorarse cuando el período en que se aplican haya sido precedido de un trabajo -y su correspondiente cotización- a tiempo parcial no se puede aplicar cuando, como es nuestro caso, la laguna a integrar se extiende hasta el final del período computable para calcular la base reguladora e incluso lo sobrepasa, con lo que, hablando con propiedad, la laguna no está precedida de nada, pues más allá de ese límite no hay nada que deba ser tenido en cuenta para el cálculo de la base reguladora, ni para bien ni para mal. Por esto tampoco puede ser tenida en cuenta la argumentación -esgrimida en el recurso- según la cual habría que tener en cuenta el hecho de que, con anterioridad al período de cómputo para calcular la base reguladora, ha habido muchos más días de cotización a tiempo completo que a tiempo parcial. Argumentación que sería plausible si abriéramos la frontera de los 15 de años de cómputo para el cálculo de

la base reguladora. Pero no la debemos abrir pues el legislador no nos autoriza a ello.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Enrique Celemin Gómez en nombre y representación de D^a Angelina , contra la [sentencia dictada el 10 de noviembre de 2010 \(PROV 2011, 21978\)](#) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 1975/10 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, de fecha 10 de mayo de 2010 , recaída en autos núm. 924/09, seguidos a instancia de D^a Angelina contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre JUBILACIÓN. Casamos la sentencia de suplicación y confirmamos la de instancia. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jose Luis Gilolmo Lopez A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO nº 4444/2010.

De conformidad con lo establecido en el [artículo 260.2](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 4444/2010.

Mi discrepancia con la decisión mayoritaria no afecta a la contradicción porque, aunque el concreto problema de fondo que se debate en el presente recurso de casación unificadora, según luego se verá, no se trata en absoluto en la sentencia de contraste, ya que ésta se limita a no aplicar las normas específicas sobre la integración de lagunas a los trabajadores a tiempo parcial, cuando la última cotización dentro del período computable (los 15 años anteriores a la fecha del hecho causante) lo fue por tal empleo parcial (esa sentencia referencial entiende que dichas normas no deben afectar, según dice de modo literal, "a los trabajadores que a lo largo de su continuada vida laboral han trabajado a tiempo completo, y sólo de forma esporádica lo han hecho a tiempo parcial" porque "otro criterio sería hacer de peor condición a quien, como la [allí] demandante, en un último y determinado

período de su vida de trabajo prestó servicios parciales remunerados, respecto de quien en igual período no hubiera desempeñado actividad alguna"), lo verdaderamente cierto y relevante a los efectos de la contradicción es que la resolución de contraste, a mi entender de manera similar a cómo resuelve la decisión mayoritaria de esta Sala el problema que aquí nos ocupa, inaplica la normativa específica sobre la materia, exclusivamente, por una razón -de equidad posiblemente- que no está expresamente prevista en ella. Es decir, la contradicción se produce "a fortiori" porque -insisto-, pese a ser distinto el problema que resuelven las sentencias sometidas al juicio de identidad (en la recurrida el período trabajado en "último término" a tiempo parcial se sitúa antes de los 180 meses computables para el cálculo de la base reguladora de una pensión de jubilación, mientras que en la referencial, en la que se trataba de una pensión de incapacidad permanente, no consta que fuera así y, por el contrario, parece que el trabajo a tiempo parcial se realizó al final de la vida activa pero dentro del período de cálculo de la base reguladora), la referencial sostiene, a diferencia de lo que acuerda la recurrida, que la integración de lagunas debe hacerse, conforme a la regla general del art. 162.1.2, párrafo primero, de la Ley General de la Seguridad Social ([LGSS \(RCL 1994. 1825 \)](#)), con las bases mínimas vigentes en la fecha de la propia laguna, sin tener en cuenta la regulación especial de la Disposición Adicional 7ª, punto 1, regla 3ª, apartado b), cuando la última relación (y las correspondientes cotizaciones) inmediatamente anterior a dicha laguna lo fue a tiempo parcial.

Mi discrepancia fundamental, pues, se refiere a la solución de fondo dada por la decisión mayoritaria, que entiendo debió ser, tal como expresé en la deliberación, y con el debido respeto a la opinión contraria de mis compañeros y del Ministerio Fiscal que coincide con ellos, la desestimatoria del recurso, por las siguientes y resumidas consideraciones:

1) porque el criterio de especialidad, conforme al cual la norma especial (la DA 7ª LGSS) debe prevalecer frente a la general (art. 162.1.2 LGSS), constituye un principio general de nuestro ordenamiento, máxime cuando, como aquí sucede, se trata de preceptos de la misma Ley y, por tanto, con el mismo rango jerárquico;

2) porque, en contra de lo que parece deducirse de la decisión mayoritaria, no se trata de ampliar el período de 15 años (180 meses) que, en efecto, establece el art. 162.1 de la LGSS para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación, pues es precisamente ese período el computado por la gestora y por la sentencia recurrida para efectuar dicho cálculo, sino de determinar, de acuerdo con lo que prevé expresamente la Adicional 7ª.1, regla 3ª, apartado b), el modo en el que han de integrarse las lagunas durante las que, dentro de ese mismo espacio temporal (los 180 meses inmediatamente anteriores al del hecho causante), no hubo obligación de cotizar;

3) porque esa forma de integración, sin duda para poder tomar en consideración

la distinta contribución al Sistema de los beneficiarios, por expresa disposición legislativa, debe hacerse, como literalmente dice la ley respecto a los trabajadores contratados a tiempo parcial, "con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término"; además, esa regla de proporcionalidad tiene sentido, no solo por razones de contributividad sino porque, siendo la principal finalidad de la pensión proporcionar rentas de sustitución, lo lógico es que éstas tengan algún tipo de relación con las percibidas durante la actividad laboral;

4) porque la contratación "en último término" de la demandante, aunque anterior al período de los 180 meses arriba mencionados, tal como consta en la incombatida declaración de hechos probados de la sentencia impugnada, lo fue por 23 días de trabajos a tiempo parcial (desde el 19 de febrero al 18 de agosto de 1993, seguidos de otros 22 días de prestación por desempleo -16 y 6- en el mismo régimen parcial entre el 19-8-93 y el 31-12-93 y el 1-1-94 y el 18-2-94: hecho probado 2º), y la laguna a integrar en el caso superó los doce años, ya que se extendió desde el día inicial del cómputo de la base reguladora (1- 8-1994) hasta que la beneficiaria reanudó la prestación de servicios a tiempo completo (11-9-2006).

5) porque, en fin, la equidad, que, a mi modo de ver, aunque no se reconozca así expresamente ni en la sentencia referencial ni en la decisión mayoritaria que la secunda, es la única y verdadera "ratio decidendi" de ambas, como establece desde antiguo nuestro [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) (art. 3.1), sólo puede fundar las resoluciones de los tribunales de manera exclusiva "cuando la ley expresamente lo permita" y, según se desprende de todo lo precedentemente razonado, no es el caso.

Por todo ello, como adelanté, entiendo que la Sala, en cumplimiento de la previsión expresa de la Disposición Adicional 7ª, punto 1, regla 3ª, apartado b) de la [LGSS \(RCL 1994, 1825\)](#) , debió desestimar el recurso de casación unificadora, manteniendo así la solución dada por la sentencia impugnada.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Luis Gilolmo Lopez, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.