

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-  
TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 325/2017, de 20 de abril de 2017

Sala de lo Social

Rec. n.º 1480/2011

**SUMARIO:**

**Incapacidad permanente absoluta. Demanda de reconocimiento de una base reguladora y de una pensión superiores a las calculadas por el ente gestor.** El hecho de que el beneficiario tenga reconocido en toda su carrera de seguro un breve período de cotizaciones por trabajo a tiempo parcial (37 días), habiendo estado desde entonces sin cotizar varios años hasta que volvió a ser contratado a tiempo completo, implica que las lagunas cotizatorias no se integren con las bases mínimas a tiempo completo, aunque el período de cotizaciones por trabajo a tiempo parcial sea corto en relación con el total. Ha de seguirse el criterio establecido en la disposición adicional séptima.1 tercera b) de la LGSS, disposición que establece que la integración de los periodos 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. Esta regla no carece de justificación, pues de lo que se trata es de crear una ficción legal que consiste en entender que el trabajador habría continuado prestando servicios a tiempo parcial si no se hubiera producido la circunstancia que motivó el cese de su obligación de cotizar y la correspondiente laguna. **Votos Particulares.** No es ajena nuestra jurisprudencia a la consideración de que la doctrina del paréntesis debe aplicarse de una forma flexible, exigiendo, por un lado, la manifestación del *animus laborandi*, que se prueba mediante la inscripción del demandante de empleo y permitiendo, por otro lado, interrupciones en esa inscripción debidas a variadas circunstancias, por ejemplo, una enfermedad impeditiva u otros supuestos análogos de infortunio personal o cuando las interrupciones no son excesivamente largas, precisando que la brevedad en el intervalo se ha de hacer en términos relativos que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su carrera de seguro y también, en su caso, la duración del periodo de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal. En el supuesto analizado, la estricta interpretación de la norma de rectora, atendidos parámetros tales como la respectiva duración de la carrera de seguro y la de la contratación a tiempo parcial, podría llevar a convertir esta última en una forma de infortunio personal de consecuencias imprevisibles en el terreno de la disuasión y de la apertura de un nuevo espectro fraudulento en la evasión de los contratos de aquella naturaleza.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 140.4 y disp. adic. séptima.1 tercera b).

RD 1131/2002 (Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial), art. 7.2.

**PONENTE:**

*Don Miguel Ángel Luélmo Millan.*

Magistrados:

Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA  
Don JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA  
Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL  
Don MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN  
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

**SENTENCIA**

En Madrid, a 20 de abril de 2017

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, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede en Granada de fecha 2 de marzo de 2011, dictada en el recurso de suplicación número 2995/10, formulado frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Granada de fecha 18 de octubre de 2010 dictada en virtud de demanda formulada por Don Virgilio, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre PRESTACIONES. Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida D. Virgilio, representado y asistido por la Letrada Doña Nadia Cid Bullejos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

Con fecha 18 de octubre de 2010 el Juzgado de lo Social n.º 2 de los de Granada dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, desestimando íntegramente la demanda interpuesta por D. Virgilio contra el INSS, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO al referido organismo de las pretensiones en su contra deducidas".

#### Segundo.

En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 11/03/09 se reconoció al actor, D. Virgilio, mayor de edad y con DNI N° NUM000, afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el N° NUM001, el derecho a percibir una pensión mensual vitalicia de incapacidad permanente absoluta del 100% de su base reguladora de 585,89 euros y efectos económicos desde el 04/03/09.

SEGUNDO: Para el cálculo de la base reguladora el INSS ha tenido en cuenta en el período comprendido desde el 01/12/00 hasta el 30/11/08 el importe de las bases de cotización mínimas así como que no existió obligación de cotizar desde el mes de febrero de 2.001 hasta el de enero de 2.004.

TERCERO: Disconforme con la base reguladora fijada en la mencionada Resolución, el actor formuló reclamación previa que fue desestimada. La demanda se presentó el 18/06/09.

CUARTO: El actor solicita que para el cálculo de la base reguladora de la pensión que le ha sido reconocida se computen las bases mínimas para mayores de dieciocho años en el período comprendido desde el mes de marzo de 2.002 hasta el de febrero de 2.009."

#### Tercero.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Virgilio dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada sentencia con fecha 2 de marzo de 2011 en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D. Virgilio contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de los de Granada de fecha 18 de octubre de 2010, recaída en los Autos 676/09 seguidos en virtud de demanda formulada por el mencionado recurrente contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en materia de base reguladora de incapacidad permanente debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida determinando la base reguladora que figura al folio 34 en el sentido de integrar las lagunas existentes a partir del mes de marzo de 2001 y hasta el mes de enero de 2004 con las bases mínimas de cotización correspondientes al período de referencia para mayores de 18 años a tiempo completo, condenando al INSS a que esté y pase por semejante declaración y al abono de las diferencias resultantes de la mayor base reguladora así fijada. Sin costas".

#### Cuarto.

La Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, mediante escrito presentado el 4/5/2011 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de fecha 1 de julio de 2009 (recurso n.º 874/09). SEGUNDO- Se alega la infracción de la Disposición Adicional Séptima, n.º 1, regla 3ª,b) y artículo 140.4 de la LGSS, en relación con lo dispuesto en el art. 7.2 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, así como con los arts. 12.1, 34 y 35 del ET.

#### **Quinto.**

Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de que "debe decretarse nulidad de lo actuado, por no ser la sentencia del Juzgado de lo Social, susceptible de recurso de suplicación". La demora en la tramitación del presente recurso ha sido por las incidencias que a continuación se exponen: una vez emitido informe por el Ministerio Fiscal acerca de una posible falta de competencia funcional sobre la irrecurribilidad de la sentencia de instancia, se acordó por la esta Sala en virtud de providencia de 13-12-2011 dejar sin efecto el señalamiento para votación y fallo por una posible causa de inconstitucionalidad. Una vez resuelta esta causa por sentencia del Tribunal Constitucional de 25-9-2014 desestimando la cuestión promovida por esta Sala se señala para votación y fallo el 10-12-2014, mediante nueva providencia de 4-12-2014 se acuerda la suspensión del señalamiento a la vista del planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto de la interpretación y aplicación de la Disposición Adicional séptima de la LGSS.

#### **Sexto.**

Una vez resueltas estas incidencias, se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 7 de marzo de 2017. En dicho acto, la Magistrado Ponente Excm. Sra. Doña Maria Milagros Calvo Ibarlucea señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan. No se ha podido dictar sentencia en el plazo legalmente previsto dada la complejidad de la cuestión a resolver.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Por resolución del INSS de 11 de marzo de 2009 se reconoció al actor pensión de incapacidad permanente absoluta con efectos desde el 4/03/2009 y una base reguladora de 585,89 € importe obtenido calculando bases mínimas durante el período del 1/12/2000 hasta el 30/11/2008 y ausencia del deber de cotizar desde el mes de febrero de 2001 hasta enero de 2004. Disconforme el beneficiario por entender que debería calcularse el importe sobre las bases mínimas para mayores de 18 años por el período comprendido desde marzo de 2002 hasta febrero de 2009 impugnó la resolución del INSS. Desestimada la reclamación previa, en la judicial se desestimó la demanda por el Juzgado de lo Social en resolución que fue revocada en parte a través del recurso de suplicación integrando las lagunas existentes desde marzo de 2001 hasta enero de 2004 con las bases mínimas de calificación para mayores de 18 años a tiempo completo.

Recurre el INSS en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 1 de julio de 2009 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada.

Tal y como sostiene la propia parte demandante en su escrito de impugnación del recurso, cabe la admisión de éste y ello porque ya se admitió también, sin discusión, el de suplicación contra la sentencia de instancia, aunque sin argumento alguno al respecto, debiendo entenderse, en todo caso, que ése ha sido también el posicionamiento, desde un principio, de esta Sala desde el momento en que planteó la cuestión de posible inconstitucionalidad de la norma de aplicación, lo que habría resultado innecesario de otro modo, lo mismo que la suspensión del curso de los autos mientras se resolvía la cuestión prejudicial formulada por un TSJ y todo ello por presumirse, igualmente desde un principio, que la cuestión litigiosa posee claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes, como prevé el art 191.3.b) de la LRJS, ya que de otro modo y si sólo se contemplase la cuestión de

la cuantía, habría necesidad de anular la sentencia de suplicación, quedando así firme la de instancia, que desestimaba la demanda de la actora.

### Segundo.

Ello sentado, cabe señalar que la sentencia de comparación estimó el recurso interpuesto por el INSS frente a la sentencia que había establecido una base reguladora de 524,45 € reduciéndola a 484,53 €. Dicha base reguladora coincide con la reconocida por la Entidad Gestora, para la que se tuvo en cuenta base de cotización de cuantía inferior al mínimo para mayores de 18 años a tiempo completo durante el período comprendido entre noviembre de 2005 y octubre de 2006, durante el cual no existió obligación de cotizar, precedido de otro, del 10/08/2005 a 9/11/2005 de contratación a tiempo parcial, y la laguna de cotización se integra con bases mínimas correspondiendo al número de horas contratadas. La pretensión actora consistió en la interposición con bases mínimas para trabajadores mayores de 18 años a tiempo completo.

En cuanto a la contradicción necesaria en este tipo de casación, y en función de cuanto se lleva dicho, cabe apreciarla en lo sustancial entre las sentencias comparadas, en tanto en cuanto coincide, en esencia y aunque se trate de prestaciones diferentes, el núcleo de lo debatido en ambos casos, con resultados encontrados respecto del incremento de la base reguladora prestacional solicitado por las partes demandantes en uno y otro, toda vez que como se dice en el tercer fundamento de derecho de la sentencia recurrida refiriéndose al actor, "consta en el folio 26 que prestó sus servicios a jornada completa 8828 días, **realizando una jornada de trabajo a tiempo parcial del 40% desde el 4 de noviembre de 2000 hasta el 3 de febrero de 2001** (equivalente a 37 días cotizados), sin que exista obligación de cotizar hasta el 16 de enero de 2004 en que el actor es contratado a tiempo completo", lo que, en lo que importa, resulta semejante a la sentencia referencial pues como dice ésta al aludir al recurso de la actora en dicho procedimiento, "el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en los meses en que no hubo obligación de cotizar, integró lagunas sobre las bases mínimas para mayores de 18 años en función de las horas contratadas en la fecha en que se interrumpió la obligación de cotizar aplicando el RD 1131/2002, habiendo estado precedido el citado período en el que no hubo obligación de cotizar por otro de 10.08.2005 a 9.11.2005 **en el que hubo una contratación a tiempo parcial como consta en el hecho probado cuarto de la sentencia que se recurre**".

### Tercero.

La recurrente alega la infracción de la Disposición Adicional Séptima. 1.Tercera, b) y del artículo 140.4 de la LGSS en relación con lo dispuesto en el artículo 7.2 del Real Decreto 1131/2002 de 31 de octubre, así como de los artículos 12.1, 34 y 35 del ET.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar en nuestra sentencia de 16 de marzo de 2017 (rcud 1871/2013), que resuelve un caso sustancialmente coincidente con el actual, ha de partirse para decidir de la doble circunstancia de que, en primer lugar, el Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado en sentencia de 25 de septiembre de 2014 acerca de la cuestión de inconstitucionalidad formulada por esta Sala mediante auto de 26 de abril de 2012 y desestima la misma, que versaba sobre la Disposición Adicional Séptima, 1, Tercera, b), como más adelante se desarrolla.

De otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 14 de abril de 2015, recaída en el asunto C-527/13 de Magdalena contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia acerca del sistema de integración de lagunas de cotización, establece en su fallo que:

*"1) El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE 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, debe interpretarse en el sentido de que **no se opone a una normativa nacional que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que, si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo, no se aplica tal reducción.***

2) El Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, debe interpretarse en el sentido de que **no entra dentro de su ámbito de aplicación una normativa de un Estado miembro que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo no se aplica tal reducción.**"

#### Cuarto.

La referida Disposición Adicional Séptima de la LGSS, que lleva por título "Normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial" establece en el texto vigente a la fecha del hecho causante (01/06/2011) en su n.º1, Tercera, b) que "A efecto de las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, 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**".

Como se ha anticipado, el TC no alberga duda, en los términos en que se ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad, acerca de la constitucionalidad de dicha norma sin que aprecie tampoco falta de proporcionalidad, irrazonabilidad, arbitrariedad ni de objetividad de la regla elegida ni que ésta produzca efectos aleatorios, sino que -dice para concluir- "lo que ocurre es que dichos efectos pueden beneficiar o perjudicar más a unos u otros trabajadores en función de cómo se sucedan los períodos de trabajo y de inactividad y dentro de los primeros, los trabajos a tiempo completo y parcial; pero ni ello es aleatorio ni diferente a lo que ocurre en otros múltiples aspectos de la relación de Seguridad Social...".

Por su parte, el TJUE resuelve la doble cuestión prejudicial referenciada en el precedente fundamento tercero en los términos que constan en el mismo, contemplándose en su texto el caso de una trabajadora que cotizó a la Seguridad Social española desde el 15 de septiembre de 1971 hasta el 25 de abril de 2010 y a la que se le computó un total de 5.523 días, durante los cuales trabajó a tiempo completo, salvo tres períodos encadenados sin solución de continuidad, comprendidos, entre el 1 de septiembre de 1998 y el 23 de enero de 2002, hallándose a lo largo de los mismos empleada a tiempo parcial, sin que cotizase en el posterior período que va del 23 de enero de 2002 al 30 de noviembre de 2005. A dicha trabajadora se le reconoció una pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual cuyo importe se calculó sobre la base del período de cotizaciones comprendido entre marzo de 2002 y febrero de 2010, tomando en consideración para ello, por lo que respecta al período entre marzo de 2002 y noviembre de 2005, las bases mínimas de cotización de cada uno de esos años reducidas, atendiendo al coeficiente de parcialidad de las últimas cotizaciones anteriores a la primera de ambas fechas.

El Alto Tribunal concluye, por lo que se refiere al primer punto de la cuestión, en el sentido antedicho, por entender que no puede estimarse que la disposición nacional controvertida en el litigio principal perjudique principalmente a los trabajadores que trabajan a tiempo parcial y más concretamente, a las mujeres.

En cuanto al segundo punto, comienza por recordar que del preámbulo del Acuerdo marco se desprende ya que éste tiene por objeto "las condiciones de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial, reconociendo que las decisiones relativas a los regímenes legales de seguridad social son competencia de los Estados miembros" y que según su propia jurisprudencia (asunto Elbal Moreno C-385/11, EU: C: 2012:746, apartado 21), si bien las pensiones que dependen de una relación de trabajo entre el trabajador y el empleador están comprendidas en el concepto de "condiciones de empleo", "las decisiones relativas a los regímenes legales de seguridad social son competencia de los Estados miembros".

#### Quinto.

Lo resuelto, pues, por ambos Tribunales (TC y TJUE), nos remite de nuevo a la aplicación de la Disposición Adicional Séptima, Tercera, b) de la LGSS, conforme a la cual y como ya se ha dicho, "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**".

De ello resulta que la sentencia correcta es la de contraste, porque el texto legal no distingue -como podría haber hecho- del modo que lo hace la recurrida para concluir que las lagunas deben integrarse con las bases mínima de cotización a tiempo completo, por más que sean las más caracterizadas, por su extensión cronológica, en el período a computar para la determinación de la base reguladora, lo cual, en definitiva, constituye una interpretación contraria a la que se deriva de la dicción gramatical del texto, que es la hermenéutica a que hay que atender en primer lugar conforme al art 3.1 del CC (el "sentido propio de sus palabras" a que alude dicho precepto).

Por el contrario, el legislador incluso ha efectuado una última precisión que puede entenderse que da definitivamente al traste con la tesis de la sentencia combatida, como es la que ocupa a su postrer párrafo que dice "correspondiente al número de horas contratadas en último término". De tal dicción, congruente con lo anterior, cabe inferir que se ha pretendido zanjar cualquier cuestión en tal sentido y que tratándose de un caso como el presente, en que solo ha existido un -aunque breve- período de tiempo que resulta inmediatamente anterior a aquél en que no hubo obligación de cotizar, la expresión "en cada momento", aclarada acto seguido por la frase "correspondiente al número de horas contratadas en último término", obliga a la conclusión antedicha, sin posibilitar ya ninguna otra en una situación como la contemplada, porque ese "momento" es el último trabajado o "último término" antes de la mencionada etapa en que no hubo obligación de trabajar, que ha de ser integrada.

Y en este sentido se orienta el parecer mayoritario del TC en su sentencia precitada cuando dice que *"la norma cuestionada no hace sino trasladar a los trabajadores contratados a tiempo parcial la misma regla que rige con carácter general para los trabajadores contratados a jornada completa: las lagunas de cotización se integrarán con la base mínima de cotización. No hay, por tanto, una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial pues la regla aplicable es la misma, lo que ocurre, y de ahí deriva la diferencia, es que la base mínima de cotización es diferente en cada caso y el legislador ha decidido cubrir la laguna con la base mínima de cotización correspondiente al contrato anterior al inicio de la misma ....."*

Y, a partir de ahí, sostiene más adelante: *"en el caso de las mismas prestaciones de jubilación e incapacidad permanente a las que afecta la regulación ahora cuestionada, la base reguladora se calcula como el promedio de las bases de cotización de un número de meses determinado, no en función de las cotizaciones globales de la vida laboral. De este modo, igual que la integración de lagunas de cotización tendrá un resultado diferente en función de que el período previo de cotización lo fuera a tiempo completo o a tiempo parcial, la propia base reguladora de la prestación tendrá una cuantía diferente en función de si el trabajador ha cotizado en los últimos años de su vida profesional como trabajador a tiempo completo o como trabajador a tiempo parcial, o igualmente en función de si en los últimos años ha desempeñado trabajos menos cualificados y remunerados que al principio de su vida profesional o a la inversa. Todo ello forma parte de la lógica del sistema y de las reglas técnicas por las que se rige.*

*Cosa distinta es que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de Seguridad Social y en apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento, pueda decidir establecer un sistema distinto de integración de lagunas, si lo estima oportuno, que tenga en mayor medida en cuenta el esfuerzo contributivo realizado ....."*

Y ello, añade, no implica que *"la regla establecida por el legislador para proceder a la integración de lagunas cuando se trata de trabajadores contratados a tiempo parcial sea irrazonable o falta de justificación, en un sistema en el que la distribución de medios escasos requiere ponderar cuidadosamente las situaciones de necesidad que han de ser protegidas estableciéndose los requisitos que han de reunirse a este efecto (por todas, STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 5). La regla cuestionada, aunque pueda discreparse de ella, no carece de justificación pues de lo que se trata es de crear una ficción legal que consiste en entender que el trabajador habría continuado prestando servicios a tiempo parcial si no se hubiera producido la circunstancia que motivó el cese de su obligación de cotizar y la correspondiente laguna".*

No supone, en fin, según el Alto Tribunal, vulnerar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecido en el art 9.3 de la CE, ni implica que haya falta de objetividad en la regla elegida, **"pues depende del contrato que se tenía en el momento en que se produce la laguna"**.

En esta última frase se puede resumir toda su doctrina al efecto, que, aunque en función de la exclusiva determinación de la inconstitucionalidad, o no, de la norma sometida a su consideración, cabe proyectarla más allá, toda vez, en fin, que, sigue diciendo, aunque *"la regla produce unos efectos ciertos y determinados, lo que ocurre es que dichos efectos pueden beneficiar o perjudicar más a unos u otros trabajadores en función de cómo se sucedan los períodos de trabajo y de inactividad y dentro de los primeros, los trabajos a tiempo completo y parcial. Pero ni ello es aleatorio ni diferente a lo que ocurre en otros múltiples aspectos de la relación de Seguridad Social..."*, todo lo cual justifica, en definitiva, la opinión y el proceder de la entidad gestora, a la que procede, por cuanto se

lleva dicho, absolver, teniendo en cuenta la dicción textual de la norma de aplicación, al precisar, según ya se ha expuesto, 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", que es lo que, en definitiva, ha hecho dicha entidad, ya que no se trata, según la norma, de un mayor o menor período de cotización a tiempo parcial como factor o elemento, en su extensión cronológica, de proporción en relación con el tiempo de cotización a tiempo completo, sino de la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar con, como se ha dicho, la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término, de modo que es éste (el momento) el factor determinante de dicha integración y no otro, por lo que la proporcionalidad entre los diversos períodos cotizados, queda, evidentemente, fuera de la previsión normativa, y no es, por tanto, un principio a tener en cuenta.

El recurso, pues, visto el informe del Ministerio Fiscal, debe estimarse.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, 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 INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede en Granada de fecha 2 de marzo de 2011, dictada en el recurso de suplicación número 2995/10, formulado frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Granada de fecha 18 de octubre de 2010 dictada en virtud de demanda formulada por Don Virgilio, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre PRESTACIONES. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y confirmamos la de instancia. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

*VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA DE ESTA SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO, EXCMA. SRA. DÑA. María Milagros Calvo Ibarlucea A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA N.º 1480/2011*

### BASES MÍNIMAS.

El presente voto no se emite desde la discrepancia con la doctrina emanada de la STC 25/9/201 cuestión de inconstitucionalidad 3361/2012 ni de la STJUE de 14/04/2005 en la C-527-13 que la sentencia dictada por esta Sala acata, sino por disconformidad con su aplicación al caso concreto.

A la vista de cuanto se ha expuesto:

Del examen del expediente al que la sentencia remite y de las precisiones que contiene su fundamentación con indudable valor de hecho probado se advierte que la cotización a tiempo parcial tuvo lugar en la etapa anterior al mes de febrero de 2001, razón por la que el INSS computa la base inferior a la mínima durante el periodo comprendido entre febrero de 2001 y enero de 2004, concretamente realizó una jornada a tiempo parcial del 40% desde el 4 de noviembre de 2000 hasta el 3 de febrero de 2001 (equivalentes a 37 días cotizados) sin que exista obligación de cotizar hasta el 16 de enero de 2004 en que el actor es contratado a tiempo completo.

Por esa razón la sentencia recurrida integra con bases mínimas las lagunas existentes desde marzo de 2001 hasta enero de 2004 al considerar que un breve intervalo en la prestación de servicios a tiempo parcial, el existente entre diciembre de 2000 y el 3 de febrero de 2001 no debe ser tomado en consideración para la integración de todas las lagunas, de suerte que desde el 4 de noviembre de 2000 hasta el 3 de febrero de 2001, procede computar las bases realmente cotizadas, pero a diferencia de lo que sucede con ese breve período, que es de actividad, en el que le sigue, sin obligación de cotizar, la sentencia razona que no cabe adoptar esa fórmula de cómputo sino partir de la situación que precedió a la contratación a tiempo parcial.

En consecuencia la vida laboral del demandante presenta dos partes, la primera con una secuencia de cotizaciones a tiempo completo que quiebra entre el 4 de noviembre (si bien el período a considerar es diciembre

de 2000) y el 3-2-2001, contratación a tiempo parcial precedida desde el 1-2-1975 por cotizaciones a tiempo completo y una etapa posterior al mes de enero de 2004 en que reanuda la prestación de servicios a tiempo completo.

Con carácter de excepcionalidad no podemos dejar de atender las razones que guiaron la suplicación hasta adoptar la decisión que el recurso combate. Nos referimos con ello a una carrera de seguro en jornada completa que se inicia el 1 de febrero de 1975, se trunca en diciembre de 2000 con la prestación de servicios a tiempo parcial hasta febrero de 2001, y no se reanuda, de nuevo ya en jornada completa hasta 2004 en la que prosigue hasta el inicio de la incapacidad temporal.

Desde el máximo respeto hacia la norma cuya infracción se denuncia y al criterio emanado de la cuestión prejudicial, razones de equilibrio y proporcionalidad en la aplicación de una norma que si bien no es restrictiva de derechos puesto que se acomoda a una situación dispar, interpretada en el conjunto rector y en el de la situación reflejada en el historial de actividad y cotización, el contexto al que alude el artículo 3.1 del Código Civil, tanto personal del litigante con el significado de vida laboral, como social por la comparación con innumerables supuestos entre los que sin duda destacará como excepcional y justificado, abonan mantener el criterio adoptado en suplicación no sin dejar de insistir en que la interpretación efectuada en modo alguno busca evadir la vigencia del precepto sino atemperar unas consecuencias de alcance desproporcionado teniendo en cuenta la causa que las origina.

No es ajena nuestra jurisprudencia al criterio de flexibilidad como lo muestran las múltiples resoluciones en las que se sigue la bien conocida doctrina del paréntesis, por citar dos ejemplos entre otros muchos, las SSTS de 5/02/2001 (RCUD 1544/2000) y de 14/03/2012 (4674/2010), en las que se acoge la justificación de que, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que la doctrina del paréntesis debe aplicarse de una forma flexible, exigiendo, por un lado, la manifestación del,animus laborandi,, que se prueba mediante la inscripción del demandante de empleo y permitiendo, por otro lado interrupciones en esa inscripción debidas a variadas circunstancias, por ejemplo, una enfermedad impeditiva u otros supuestos análogos de infortunio personal o cuando las interrupciones no son excesivamente largas, precisando que la brevedad en el intervalo se ha de hacer en términos relativos que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su, carrera de seguro y también en su caso la duración del periodo de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal,.

No solo se ha hecho uso de una interpretación flexible de normas rectoras de la concesión de prestaciones en ellas reguladas en orden a su obtención sino que la flexibilidad se ha llevado también al terreno del reconocimiento de prestaciones sin asiento expreso en nuestra legislación buscando la aproximación a otras establecidas. Cabe citar a título de ejemplo las recientes sentencias dictadas en materia de maternidad subrogada, SSTS 25-10-2016 (R. 3818/2015), 30-11-2016 (R. 3183/2015), 19-10-2016 (R. 1650/2015), 30-11-2016 (Rs. 3219/2015, 1307/2015) y art. 133 bis LGSS.

Parafraseando a la doctrina anteriormente reproducida sobre el paréntesis la estricta interpretación de la norma de rectora atendidos parámetros tales como la respectiva duración de la carrera de seguro y la de la contratación a tiempo parcial podría llevar a convertir esta última en una forma de, infortunio personal, de consecuencias imprevisibles en el terreno de la disuasión y de la apertura de un nuevo espectro fraudulento en la evasión de los contratos de aquella naturaleza.

Madrid, 20 de abril de 2017

*VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA DE ESTA SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO, EXCMA. SRA. DÑA. Rosa María Virolés Piñol A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA N.º 1480/2011*

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 1480/2011, para sostener la posición mantenida en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

**Primera.**



Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo de los fundamentos que conducen al fallo de la misma, por los razonamientos que a continuación se expondrán.

Suscribo y me adhiero a la práctica totalidad del voto particular emitido por la Magistrada de esta Sala IV del Tribunal Supremo, Excma. Sra. Dña. María Milagros Calvo Ibarlucea, en cuanto señala:

[BASES MÍNIMAS.

*El presente voto no se emite desde la discrepancia con la doctrina emanada de la STC 25/9/201 cuestión de inconstitucionalidad 3361/2012 ni de la STJUE de 14/04/2005 en la C-527-13 que la sentencia dictada por esta Sala acata, sino por disconformidad con su aplicación al caso concreto.*

*A la vista de cuanto se ha expuesto:*

*Del examen del expediente al que la sentencia remite y de las precisiones que contiene su fundamentación con indudable valor de hecho probado se advierte que la cotización a tiempo parcial tuvo lugar en la etapa anterior al mes de febrero de 2001, razón por la que el INSS computa la base inferior a la mínima durante el periodo comprendido entre febrero de 2001 y enero de 2004, concretamente realizó una jornada a tiempo parcial del 40% desde el 4 de noviembre de 2000 hasta el 3 de febrero de 2001 (equivalentes a 37 días cotizados) sin que exista obligación de cotizar hasta el 16 de enero de 2004 en que el actor es contratado a tiempo completo.*

*Por esa razón la sentencia recurrida integra con bases mínimas las lagunas existentes desde marzo de 2001 hasta enero de 2004 al considerar que un breve intervalo en la prestación de servicios a tiempo parcial, el existente entre diciembre de 2000 y el 3 de febrero de 2001 no debe ser tomado en consideración para la integración de todas las lagunas, de suerte que desde el 4 de noviembre de 2000 hasta el 3 de febrero de 2001, procede computar las bases realmente cotizadas, pero a diferencia de lo que sucede con ese breve período, que es de actividad, en el que le sigue, sin obligación de cotizar, la sentencia razona que no cabe adoptar esa fórmula de cómputo sino partir de la situación que precedió a la contratación a tiempo parcial.*

*En consecuencia la vida laboral del demandante presenta dos partes, la primera con una secuencia de cotizaciones a tiempo completo que quiebra entre el 4 de noviembre (si bien el período a considerar es diciembre de 2000) y el 3-2-2001, contratación a tiempo parcial precedida desde el 1-2-1975 por cotizaciones a tiempo completo y una etapa posterior al mes de enero de 2004 en que reanuda la prestación de servicios a tiempo completo.*

*Con carácter de excepcionalidad no podemos dejar de atender las razones que guiaron la suplicación hasta adoptar la decisión que el recurso combate. Nos referimos con ello a una carrera de seguro en jornada completa que se inicia el 1 de febrero de 1975, se trunca en diciembre de 2000 con la prestación de servicios a tiempo parcial hasta febrero de 2001, y no se reanuda, de nuevo ya en jornada completa hasta 2004 en la que prosigue hasta el inicio de la incapacidad temporal.*

*Desde el máximo respeto hacia la norma cuya infracción se denuncia y al criterio emanado de la cuestión prejudicial, razones de equilibrio y proporcionalidad en la aplicación de una norma que si bien no es restrictiva de derechos puesto que se acomoda a una situación dispar, interpretada en el conjunto rector y en el de la situación reflejada en el historial de actividad y cotización, el contexto al que alude el artículo 3.1 del Código Civil, tanto personal del litigante con el significado de vida laboral, como social por la comparación con innumerables supuestos entre los que sin duda destacará como excepcional y justificado, abonan mantener el criterio adoptado en suplicación no sin dejar de insistir en que la interpretación efectuada en modo alguno busca evadir la vigencia del precepto sino atemperar unas consecuencias de alcance desproporcionado teniendo en cuenta la causa que las origina.*

No es ajena nuestra jurisprudencia al criterio de flexibilidad como lo muestran las múltiples resoluciones en las que se sigue la bien conocida doctrina del paréntesis, por citar dos ejemplos entre otros muchos, las SSTS de 5/02/2001 (RCUD 1544/2000) y de 14/03/2012 (4674/2010), en las que se acoge la justificación de que, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que la doctrina del paréntesis debe aplicarse de una forma flexible, exigiendo, por un lado, la manifestación del animus laborandi, que se prueba mediante la inscripción del demandante de empleo y permitiendo, por otro lado interrupciones en esa inscripción debidas a variadas circunstancias, por ejemplo, una enfermedad impeditiva u otros supuestos análogos de infortunio personal o cuando las interrupciones no son excesivamente largas, precisando que la brevedad en el intervalo se ha de hacer en

términos relativos que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su carrera de seguro y también en su caso la duración del periodo de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal,],.

Por las razones expuestas, dicho sea una vez más con los debidos respetos al voto mayoritario, entiendo que debió desestimarse el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el INSS, con la consecuente confirmación de la sentencia recurrida. Omito del referido voto particular la cita de la doctrina jurisprudencial referida a la interpretación flexible de normas rectoras de la concesión de prestaciones..., por cuanto sin lugar a dudas ha sido correctamente aplicada al supuesto particular examinado en cada caso, no parangonable al presente aunque asimismo particular, asimilable, y que merece igual respuesta, pero ello me llevaría a un análisis más profundo de la doctrina que también desde la analogía, a la realidad social, ha desembocado asimismo en el reconocimiento de prestaciones.

Madrid, 20 de abril de 2017

**PUBLICACIÓN-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan, así como el voto particular que formula la Excma. Sra. Magistrada Doña María Milagros Calbo Ibarlucea y el voto particular que formula la Excma. Sra. Magistrada Doña Rosa María Vicolès Piñol, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.