



Roj: STS 2836/2012
Id Cendoj: 28079140012012100223
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1677/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: AURELIO DESDENTADO BONETE
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Marzo de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado y defendido por la Letrada Sra. García Perea, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de enero de 2011, en el recurso de suplicación nº 4962/10, interpuesto frente a la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2009 por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, en los autos nº 1210/09, seguidos a instancia de D^a María Dolores contra dicho recurrente y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre prestaciones.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida D^a María Dolores, representada y defendida por el Letrado Sr. Bello Uguet.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Aurelio Desdentado Bonete**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 26 de enero de 2011 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, en los autos nº 1210/09, seguidos a instancia de D^a María Dolores contra dicho recurrente y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre prestaciones. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es del tenor literal siguiente: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a María Dolores, asistida por el Letrado D. Luis Bello Uguet, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de los de Madrid, de fecha 10 de diciembre de 2009, en autos nº 1210/09, en virtud de demanda formulada por D^a María Dolores, contra el INSS y la TGSS en materia de pensión de viudedad, y, en consecuencia, revocamos la sentencia de instancia, estimamos la demanda formulada y reconocemos el derecho de D^a María Dolores a percibir la prestación económica correspondiente a la situación de pensionista de viudedad en cuantía del 52% de la base reguladora obtenida con el promedio de las cotizaciones correspondientes a los 24 meses anteriores a la fecha en la que cesó la obligación de cotizar, más las revalorizaciones que para las prestaciones de igual naturaleza de muerte y supervivencia, hayan tenido lugar desde el momento que se dejó de cotizar, con efectos de 21-12-2008, mas los incrementos y revalorizaciones que legalmente procedan desde la fecha de efectos, y debemos condenar y condenamos al INSS y a la TGSS a su abono y a estar y pasar por esta declaración. Sin hacer declaración de condena en costas".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 10 de diciembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- La parte actora, María Dolores, nacida el 13.4.1953, NASS NUM000, solicitó pensión de viudedad por contingencias comunes el 3.2.2009, y se incoó el expediente administrativo unido a los autos y que se tiene por reproducido, en el que se dictó resolución al folio 88, en el que se le reconoce la condición de pensionista de viudedad aunque sin poder cuantificar la misma por no constar cotizaciones en los últimos quince años anteriores al hecho causante, por haber efectuado su última cotización en septiembre de 1991 el esposo y causante de la demandante, Everardo, fallecido el 21.12.2008, que era perceptor de subsidio de desempleo de mayores de 52 años (que

le fue reconocido en STS 17.4.2000 , al folio 80 de autos) y por otra parte la interesada no tenía derecho a complemento por mínimos al superar el límite de rentas compatible con la pensión mínima garantizada. ----2º.- Interpuso reclamación administrativa previa que fue resuelta en resolución de 7.4.2009 (f. 61 de autos) en el sentido de que el art. 7.2 del RD 1795-2003 de 26-12, de mejora de pensiones, la base reguladora es el resultado de dividir por 28 las bases de cotización del interesado en un período de 24 meses elegido por los interesados en los 15 años anteriores a la fecha del hecho causante, y el fallecido era perceptor de subsidio de mayores y durante dicho subsidio la gestora ingresa cotizaciones a seguridad social por asistencia sanitaria y cotiza únicamente por la contingencia de jubilación como establece el art. 218 LGSS . ----3º.- De acuerdo con los datos del expediente, la demandante percibe ingresos superiores a la cifra máxima posible, como reconoce en su reclamación previa de 2.3.2009 (9.500 euros año)".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por María Dolores contra el INSS-TGSS, absuelvo a la citada gestora de las pretensiones de la demanda y confirmo las resoluciones administrativas recurridas".

TERCERO.- El 16 de mayo de 2011 la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, mediante escrito de 16 de mayo de 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 Galicia de 4 de noviembre de 2009 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el art. 7.1 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio , para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, así como el art. 9 de la Orden de 13 de febrero de 1967 sobre aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social y el art. 49.1.3 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre , sobre cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 10 de junio de 2011 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 14 de marzo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social reconoció la pensión de viudedad a la actora, pero sin determinar su cuantía por no constar cotizaciones en los quince años anteriores al hecho causante, salvo las realizadas para jubilación, al ser perceptor el trabajador fallecido del subsidio de desempleo para mayores de 52 años, y por no resultar aplicable el complemento por mínimos. La actora reclamó contra esta decisión que fue desestimada por la sentencia de instancia. Pero la sentencia recurrida estimó el recurso, considerando aplicable por analogía el art. 7.2 del Decreto 1646/1972 , y ha calculado la base reguladora de la pensión teniendo en cuenta las bases de los dos años inmediatamente anteriores a la fecha en que se extinguió la obligación de cotizar, con aplicación de las correspondientes actualizaciones. Frente a este pronunciamiento recurre el INSS, aportando como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social de Galicia de 4 de noviembre de 2009 . Se trataba en ella del reconocimiento de una pensión de viudedad en un caso en el que, según se afirma en el hecho probado segundo, "el causante no tenía cotizaciones en los 15 años anteriores a su fallecimiento" y la actora no acreditaba rentas inferiores a efectos de los mínimos. La sentencia de contraste concluyó que no era posible recurrir a la determinación que establece el art. 7.2 del Decreto 1646/1972 , porque este precepto se refiere a los causantes que en el momento del fallecimiento eran pensionistas de incapacidad y jubilación (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2007) y tampoco cabe la integración de lagunas que no está prevista para las prestaciones de muerte y supervivencia (sentencia del Tribunal de 20 de marzo de 2007).

SEGUNDO.- Debe apreciarse la contradicción que se alega, por lo que hay que examinar la infracción que se denuncia del art. 174.1 de la LGSS en relación con el art. 7.1 del Decreto 1646/1972 , el art. 9 de la Orden de 13 de febrero de 1967, sobre prestaciones por muerte y supervivencia, y el art. 49.1.3 del Decreto 3158/1966 . La denuncia no puede apreciarse. El art. 174.1 de la LGSS no regula la determinación de la cuantía de la pensión de viudedad, sino el derecho a la misma. La regulación del art. 9 de la Orden de 13 de febrero de 1967 ha sido sustituida por la del Decreto 1646/1972 , con las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1795/2003, y lo mismo sucede con el art. 49.1.3 del Decreto 3158/1966 . El art. 7.1 del Decreto 1646/1972 no regula la base reguladora de las prestaciones por muerte y supervivencia, sino la de

las pensiones de incapacidad permanente por accidente no laboral. La regulación vigente de la determinación de la base reguladora de las pensiones por muerte y supervivencia se encuentra en los números 2 y 3 del art. 7 del Decreto 1646/1972 con la modificación indicada.

En realidad, toda la argumentación del recurso se centra en negar la aplicación de la doctrina del "paréntesis", citando nuestra sentencia de 20 de marzo de 2007 . Pero la sentencia recurrida no ha fundado su decisión en la doctrina del "paréntesis", sino en el establecimiento de una laguna y en la aplicación analógica de dos normas que, a su juicio, regulan un supuesto semejante: el art. 7.2 del Decreto 1646/1972 y el criterio que la Sala IV del Tribunal Supremo ha venido aplicando en el cálculo de las pensiones españolas de los trabajadores migrantes en virtud de lo establecido por las sentencias de 9 y 16 de marzo de 1999 , así como por numerosas resoluciones posteriores, en relación con el Anexo VI.D.4 del Reglamento CEE 1408/1971 en la redacción del Reglamento CE 1248/1992. La aplicación de este criterio lleva a la sentencia recurrida, como hemos visto, a tomar las bases de cotización de los dos años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar más las revalorizaciones que para las prestaciones de igual naturaleza hayan tenido lugar desde el momento en que se dejó de cotizar.

No se trata propiamente de la técnica del "paréntesis", sino de un cálculo de la base reguladora sobre un periodo de cómputo diferido en función de la extinción de la obligación de cotizar. Hay que señalar, sin embargo, que las normas de integración no son plenamente equivalentes. La norma aplicable a los trabajadores migrantes consiste, según el Anexo VI.D.4 citado, en tomar las bases de cotización durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española (las denominadas *bases remotas*), calcular en función de las mismas la cuantía de la pensión y aplicar a ésta las revalorizaciones que se hayan producido hasta el año anterior al hecho causante. Por su parte, el art. 7.2 del Decreto 1646/1972 parte no de las cotizaciones, sino de la base reguladora de la pensión de jubilación o incapacidad y aplica a la misma las revalorizaciones que hayan tenido lugar desde el hecho causante de aquella pensión.

Pese a estas diferencias, las normas anteriores ponen de manifiesto un criterio de integración que parte de la consideración de que reconocer el derecho a una prestación sin establecer su contenido económico implica un contrasentido, aunque se trate del reconocimiento de un derecho hipotético condicionado a un posible reconocimiento de un complemento por mínimos. No existe el derecho a una prestación económica de contenido cero. Si se reconoce un derecho económico, hay que establecer ese contenido. Esto justifica la aplicación analógica de las normas de referencia con las adaptaciones necesarias, pues se cumplen los requisitos del art. 4.1 del Código Civil en los siguientes términos:

1º) El supuesto de falta de cotización por muerte y supervivencia en los 15 años anteriores al hecho causante no está regulado ni en la LGSS, ni en sus disposiciones de aplicación y desarrollo. Por tanto se está en el caso del art. 4.1 del Código Civil : las normas no contemplan este supuesto específico y existe una laguna. No cabe pensar que la norma haya querido negar el contenido económico del derecho, pues en ese caso no hubiese permitido el acceso a la prestación.

2º) Hay semejanza entre este supuesto específico y los regulados en el Anexo VI.D.4 del Reglamento 1408/1971 y en el art. 7.2 del decreto 1646/1972 , pues en los dos supuestos el solicitante cumple los requisitos de acceso a la protección y tiene derecho a la prestación y en los dos casos no hay bases computables para su cálculo. El art. 4.1 del Código Civil no exige la identidad de los supuestos, pues en tal caso no habría laguna, sino la semejanza. En el presente caso además el causante percibía en el momento de su fallecimiento una prestación de la Seguridad Social, aunque no se tratase de una pensión.

3º) Hay identidad de razón: solucionar el problema que deriva de la falta de cotización en el periodo de cómputo cuando no se puede acudir a la integración de lagunas prevista en los arts. 140.4 y 162.1.2 de la LGSS .

Hay, desde luego, algunas diferencias entre los supuestos. En el caso aquí decidido el causante percibía un subsidio asistencial; en el del art. 7.2 del Decreto 1646/1972 se trata de pensiones; en el de los trabajadores migrantes, de periodos no cotizados en España pero cotizados en el extranjero; en el de la sentencia de contraste, de falta de cotización sin que conste la percepción de ninguna prestación. Pero ello no excluye la integración de la laguna, aunque esta integración debe abordarse con las adaptaciones necesarias en función de las características de cada supuesto. En el presente caso la analogía es mayor con el supuesto del art. 7.2 del Decreto 1646/1972 , por lo que el cálculo debería haberse realizado sobre la base reguladora del subsidio que percibía el causante, que ya estaba revalorizado por tratarse del importe vigente "en cada momento", si bien no cabe entrar aquí a decidir sobre esta cuestión que no ha sido objeto de impugnación y que además

queda fuera del ámbito de la contradicción, aparte de que, desconociendo las cantidades resultantes de los sistemas de cálculo, podría producirse una "reformatio in peius".

Las conclusiones anteriores no contradicen la doctrina de nuestra sentencia de 21 de noviembre de 2007, pues en ella no se debatió la aplicación de las bases de cotización correspondientes al periodo anterior a la extinción de la obligación de cotizar en 1975, cuando por no existir cotizaciones en los quince años anteriores al hecho causante (1998) la base reguladora aplicada podría haber sido también cero. Sobre lo que se pronuncia esta sentencia no es sobre el cómputo inicial de la pensión y su establecimiento en valor cero por falta de cotizaciones en el periodo de cálculo, sino sobre la aplicación de las revalorizaciones que entiende la resolución citada que proceden desde la fecha del reconocimiento de la pensión de viudedad y no desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación o de incapacidad permanente, cuya base reguladora se ha aplicado para el cálculo de la pensión inicial de jubilación. Y este criterio se aplica porque la sentencia citada entendió que el causante ni era pensionista del Sistema (percibía una pensión de cuantía uniforme del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez), ni había cotizado en 23 años. En el presente caso el causante percibía, como ya se ha dicho, un subsidio de desempleo para mayores de 52 años que se calcula en la forma prevista en el art. 217 de la LGSS, pero, por las razones indicadas, no cabe revisar el cómputo realizado en este recurso.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso del Instituto Nacional de la Seguridad Social sin que haya lugar a la imposición de costas por tener reconocido ese organismo el beneficio de justicia gratuita.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de enero de 2011, en el recurso de suplicación nº 4962/10, interpuesto frente a la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2009 por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, en los autos nº 1210/09, seguidos a instancia de D^a María Dolores contra dicho recurrente y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre prestaciones. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.