

MIGUEL ÁNGEL PURCALLA BONILLA

*Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la
Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad «Rovira i Virgili»
(Tarragona)*

M.^a PILAR RIVAS VALLEJO

*Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
Universidad de Barcelona*

1.^{er} Premio Estudios Financieros 1998.

Modalidad: Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Extracto:

LAS recientes reformas legislativas en materia de pensiones, impulsadas por la firma del Pacto de Toledo y plasmadas en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social (desarrollada por el R.D. 1647/1997, de 31 de octubre), así como en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, tienen una relevante repercusión en el régimen jurídico de la pensión de jubilación. Entre las cuestiones afectadas por las reformas y, sin embargo, menos tratadas (casi hasta inéditas en alguno de sus extremos) por la doctrina científica (no así por la jurisprudencia), se localizan dos especialmente significativas que, referidas a momentos temporales anteriores al reconocimiento de la pensión, tienen una clara incidencia tanto en el acceso a la misma como en el cálculo de su cuantía. Tales cuestiones son, de un lado, la minoración de la base reguladora cuando en su cálculo hayan sido tomadas en cuenta bases de cotización indebidamente incrementadas a consecuencia de aumentos salariales «fraudulentos» (destinados, en cierta forma, a la «compra» de la pensión); y, de otro, la situación de desempleo y su poliédrica proyección sobre la pensión de jubilación. En puridad, en ambos casos la reforma del sistema de cálculo de la base reguladora ha acarreado importantes consecuencias, que van a ser analizadas con el detalle que merecen. Así y por una parte, en tanto la ampliación del período de cálculo de la base reguladora va a provocar la consiguiente ampliación del período al que afectará la minoración de las bases indebidamente incrementadas; por otra, en cuanto se elimina el recurso a la doctrina del paréntesis para hacer abstracción de los períodos en los que existieron lagunas de cotización (desempleo). En fin, por lo que atañe al acceso a la pensión de jubilación desde la situación de desempleo, se trata de un tema que continúa suscitando múltiples dudas que merecen ser tratadas con cierto detenimiento, máxime si se tiene presente, por añadidura, la recurrente frecuencia con la que se plantean tales situaciones de concurrencia desempleo-jubilación.

Sumario:

- I. Incidencia de los incrementos indebidos de las bases de cotización en la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación.
 1. Las claves de una carencia normativa no subsanada y de su compleja integración jurisprudencial.
 - 1.1. Una singladura legislativa desenfocada.
 - 1.2. Una doctrina unificada no carente de fisuras.
 2. Propuestas para la racionalización del tratamiento normativo y la mayor eficacia de los criterios jurisprudenciales.
 - 2.1. Una posible solución para el mejor tratamiento normativo de la cuestión.
 - 2.2. Listado de criterios para integrar un excesivo casuismo jurisprudencial.
- II. Incidencia del desempleo en la pensión de jubilación.
 1. Acceso a la pensión.
 - 1.1. Alta: el desempleo como situación asimilada al alta.
 - 1.2. Carencia: el cómputo del período de desempleo subsidiado como tiempo de cotización y la neutralización de los períodos no subsidiados.
 - 1.3. Acceso a la pensión desde la percepción del subsidio de prejubilación. Aplicación del Reglamento 1408/1971 a las pensiones causadas a través de cotización a distintos Estados y concepto de «período de seguro».

2. Base reguladora.
 - 2.1. Cálculo genérico de la base reguladora cuando en el período anterior al hecho causante el beneficiario estuvo percibiendo prestaciones por desempleo.
 - 2.2. Cálculo de la base reguladora cuando la situación de desempleo precedente concurre con circunstancias especiales.
 - 2.3. Incrementos indebidos de las bases de cotización de años precedentes al hecho causante.
 - 2.4. El subsidio para mayores de 52 años y la celebración de Convenio Especial.
3. Cuantía: el coeficiente reductor por jubilación anticipada.
4. Otras relaciones entre ambas prestaciones.
5. Devengo.

III. Conclusiones.

I. INCIDENCIA DE LOS INCREMENTOS INDEBIDOS DE LAS BASES DE COTIZACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA BASE REGULADORA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Constituye lugar común señalar que el cálculo «originario» de la base reguladora de la pensión de jubilación, acogido en el artículo 5.1 de la Orden Ministerial (en adelante, O.M.) de 18 de enero de 1967, estableció que aquélla consistía en el cociente resultante de «dividir por 28 las bases de cotización del trabajador durante un período ininterrumpido de 24 meses naturales», elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante (1). Esa fórmula de cálculo fue, con todo, el punto de partida (también de «no retorno», como se verá) de la incipiente práctica fraudulenta de acrecer, de forma ficticia, artificial y falsaria, las bases de cotización de los trabajadores en los años inmediatamente anteriores y próximos a su jubilación.

En respuesta a la situación recién descrita, entró en escena el engranaje de los pronunciamientos judiciales, primero, y de la respuesta legislativa, después (2), conducentes de consuno a la aprobación del Real Decreto-Ley 13/1981, de 20 de agosto (en adelante, R.D.-L. 13/81). Esa norma reglamentaria, fruto inmediato del paradigmático instrumento de «Concertación Social» (3) que fue

-
- (1) GARCÍA NINET, J.I.: «En torno a la supervivencia del Real Decreto-Ley 13/1981, de 20 de agosto, sobre determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación (breve comentario)», *Tribuna Social* núm. 19-1992, pág. 58. En la doctrina judicial, entre otras muchas, diversas sentencias del extinto Tribunal de Trabajo (en adelante, STCT), como las de 26 de septiembre de 1981 (Ar. 5428) y 30 de noviembre de 1982 (Ar. 6796); también, Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 12 de diciembre de 1984 (Ar. 6370) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, STSJ) de Cataluña, de 3 de junio de 1997 (Ar. 2432).
 - (2) DE LA FUENTE, D.: «Incremento de bases de cotización en los períodos previos a la jubilación. Nuevas normas promulgadas para la determinación de la base reguladora», *Consell Obert* núm. 100, septiembre de 1996, pág. 25.
 - (3) Aludimos aquí a la «Concertación Social» como fenómeno de corte más político que jurídico, a cuyo través se adoptan, con un consenso extraído directamente del mercado social y no a través del trámite parlamentario, decisiones estratégicas en el ámbito de la política económica y social, en presencia de tres actores o sujetos (gobierno, sindicatos y asociaciones empresariales). Cfr. MARTÍN VALVERDE, A.: «Concertación social y diálogo social. Especial referencia al papel del Consejo Económico y Social», *Relaciones Laborales* núm. 22-1994, págs. 12-14; también, GIUGNI, G.: «Gobierno privado y parlamentarismo» y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «El futuro de la Concertación Social», ambos en AA.VV. (coord. OJEDA AVILÉS, A.: *La concertación social tras la crisis*, Ariel, 1990, págs. 11-13 y 315-317, respectivamente).

el Acuerdo Nacional de Empleo (ANE) de 9 de junio de 1981 (4), abrió ya no un portillo, sino un auténtico ventanal a un singular foco de litigiosidad futura. A saber: estipulada por el artículo 1.º R.D.-L. 13/81 la presunción de fraude que pesa sobre los incrementos salariales irregulares y próximos al momento de la jubilación (5), en la idea subyacente de que un incremento súbito es «sospechoso» (6) de una cierta intención de «compra maliciosa» (7) de la pensión (las más de las veces, resultado de la connivencia empresario-trabajador para incrementar ficticiamente la cuantía final de la pensión (8), acreciendo al efecto las bases de cotización a incluir en la base reguladora de aquella, realidad no desconocida en Ordenamientos próximos al nuestro (9)), *la práctica adminis-*

- (4) El ANE, suscrito por el Gobierno de UCD y por CEOE, CCOO y UGT, señalaba, en su apartado V, la conveniencia de combatir el fraude a la Seguridad Social, y en él se proponía «la eliminación de la base reguladora de la pensión de jubilación de los dos últimos años que fueran consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, al incremento medio del correspondiente sector», exceptuándose los incrementos derivados de la antigüedad, ascensos u otras circunstancias cuya realidad y legalidad pudiera verificarse (cfr. GARCÍA NINET, J.I.: *op. cit.*, pág. 57; también, SSTSJ de Cataluña, de 21 de octubre de 1994, Ar. 3874, 3 de junio de 1997, Ar. 2432, y 9 de julio de 1997, Ar. 2824).
- (5) Los incrementos salariales «irregulares y no justificados» fijados para acrecer, de modo en ocasiones «desorbitado», la cuantía de la pensión de jubilación, no se computan en su base reguladora, pues tal es el alcance del R.D.-L. 13/1981: así, SSTCT de 21 de septiembre de 1983 (Ar. 4261), 22 de mayo de 1985 (Ar. 2742), 18 de diciembre de 1987 (Ar. 28903), 1 de junio de 1988 (Ar. 4665), 4 de mayo de 1988 (Ar. 4008), 17 de noviembre de 1988 (Ar. 7887), 7 de diciembre de 1988 (Ar. 8441) y 3 de mayo de 1989 (Ar. 3754).
- (6) Cfr. STCT de 30 de septiembre de 1981 (Ar. 5537).
- (7) Esa «compra maliciosa» consiste en la cotización indebida «dolosamente dirigida» a incrementar la base reguladora de la prestación, «con ánimo de mejorar la pensión de jubilación» (cfr. SSTCT de 30 de septiembre de 1981 (Ar. 5537), 3 de marzo de 1985 (Ar. 1499), 14 de mayo de 1987 (Ar. 3715), 26 de mayo de 1987 (Ar. 11267) y 1 de octubre de 1988 (Ar. 6737); también, STSJ de La Rioja de 4 de marzo de 1997 (Ar. 639), que alude a los incrementos fraudulentos como una suerte de «compra de la pensión».
- (8) Esa connivencia fraudulenta suele traducirse en la asignación «unilateral» por parte de la empresa de categoría y/o salario superior al previsto en el convenio colectivo aplicable en la empresa o sector, con la finalidad de acrecer la base reguladora y, en consecuencia, el importe de la pensión, tal y como han puesto de relieve las SSTCT de 27 de noviembre de 1982 (Ar. 6707), 30 de noviembre de 1982 (Ar. 6795), 7 de noviembre de 1988 (Ar. 7799) y 18 de mayo de 1989 (Ar. 3911).
- (9) Así, la «compra de la pensión», entendida como incremento fraudulento de la cuantía de las pensiones a través de un aumento artificial de las retribuciones percibidas en los últimos años previos a la jubilación (precisamente los que se tenían en cuenta a la hora del cálculo), es una realidad conocida en el ordenamiento italiano, en donde el *Istituto Nazionale della Previdenza Sociale* venía abonando pensiones más cuantiosas a trabajadores con «fuertes anomalías en sus medias retributivas de los últimos cinco años, que resultaban ser el doble o el triple de las inmediatamente precedentes», y pensiones más bajas a quienes tuvieran una «carrera de seguro» más uniforme y sin tales incrementos, según se desprende de un estudio de campo efectuado por LAPADULA, B.-PATRIARCA, S.: *La rivoluzione delle pensioni*, Ediesse, Roma, 1995, pág. 17-ss. Con la «reforma Amato» (1992), se introdujo el sistema de «retribución anual pensionable», que comportaba que cuanto mayor era el incremento salarial «irregular» en el período de referencia computado en la base reguladora, mayor era el descuento en la pensión al aumentar el número de años sujeto a minoración y actualización según el IPC y al margen de los salarios reales, como mecanismo para abaratar las pensiones otorgadas y para luchar contra esa compra fraudulenta de la pensión de jubilación (sobre el proceso conducente a esta reforma, LAPADULA, B.-PATRIARCA, S.: *op. cit.*, págs. 77-81; sobre su alcance y contenido, BALANDI, G.G.-BOER, P.: «La riforma del sistema pensionistico», *Giornale del Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* núm. 61-1994). En fin, la reforma DINI (1995) prosigue en esa línea, si bien comporta una profunda alteración en otras cuestiones del sistema de jubilación italiano (v.gr., sistema de cálculo de la pensión a través, primero, del monto individual de cotizaciones y, después, mediante la aplicación de coeficientes de transformación ligados al Producto Interior Bruto estatal), que no se van a tratar aquí por exceder del objeto de estudio y sobre cuyo alcance pueden consultarse ABALDO, G.: *Guida pratica alle nuove pensioni. Come si calcolano, quando si applicano*, Milano, Giuffrè, 1995, y AA.VV. (BONATI, FABRIZIO *et alii*): *La riforma delle pensioni*, Milano, col. Pirola Lavoro, 1996.

trativa y jurisprudencial vino aplicando recurrentemente dicha presunción de fraude (y su anudada minoración de bases de cotización), allí donde el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) detectaba, en el momento de «entrada» de la solicitud de la pensión, unos incrementos irregulares y no justificados, «pactados exclusiva o fundamentalmente en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la de la jubilación» (art. 1.º 3 R.D.-L. 13/81), de las bases de cotización integradas en la base reguladora de la pensión.

Esa presunción de fraude, *sin pérdida de vigencia y sin apenas mella pese a los avatares legislativos acaecidos desde 1981*, a día de hoy aún acompaña con frecuencia a la realidad cotidiana de quienes ven minorada la cuantía de su pensión de modo sistemático, por cotización presuntamente fraudulenta detectada no por la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) en el punto y hora en que se cotizó indebidamente, sino por el INSS en el momento de la solicitud del beneficiario (10). Por añadidura, la actualidad de la cuestión se delata desde el momento en que el artículo 162, apartados 2 a 5, del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (en adelante, LGSS) transcribe el contenido del artículo 1.º R.D.-L. 13/1981, con la finalidad de evitar aumentos «artificiales» de la base reguladora y, por tanto, de la cuantía de la pensión. Al efecto, prohíbe los incrementos de las bases de cotización que sean reflejo de *aumentos salariales* acaecidos durante los últimos dos años, si de su cuantía resulta un aumento salarial superior al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable o en el sector de referencia (11). A excepción, artículo 162.3 LGSS:

- a) De los que sean consecuencia de la aplicación estricta de las normas contenidas en disposiciones legales y convenios colectivos sobre antigüedad y ascensos reglamentarios de categoría profesional;
- b) De los que deriven de otros conceptos retributivos (12) previstos en ley o convenio.

(10) Por este motivo y no sin cierta dosis de razón, se ha detractado que «sorprendentemente para el beneficiario, en el momento de la jubilación se producen los reproches y las exigencias, porque, después de tan largos silencios» de la TGSS, que ha tenido «constancia documentada de los aumentos por los que se cotizó», el INSS, tras la solicitud de la pensión, «le minorra la base de la pensión de jubilación». Cfr. VIVAS LARRUY, A.: «A vueltas sobre el incremento de bases de cotización a efectos de la pensión de jubilación», *Consell Obert* núm. 102, noviembre-diciembre de 1996, pág. 32.

(11) Ese «incremento medio interanual» corresponde a la referencia del convenio colectivo aplicable (así, SSTCT de 26 de octubre de 1988, Ar. 6966; 20 de julio de 1988, Ar. 5381; 25 de abril de 1989, Ar. 3173; 4 de mayo de 1989, Ar. 3767; 21 de noviembre de 1988, Ar. 7900; 28 de noviembre de 1988, Ar. 7976) o a la del acuerdo marco que resulte de aplicación (así, SSTCT de 11 de diciembre de 1987, Ar. 28063, y 18 de mayo de 1989, Ar. 3910).

(12) La alusión a «cualquier otro concepto retributivo» ex artículo 162.3, párrafo 3.º LGSS, debe entenderse referida, lógicamente y a los efectos que aquí interesan, a aquellos *con incidencia en cuanto a su inclusión en la base de cotización*. Sobre esta cuestión, véase la reciente sinopsis de BENEYTO CALABUIG, D.: «La base de cotización a la Seguridad Social: conceptos cotizables y conceptos excluidos de cotización», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros núm. 176, noviembre de 1997, pág. 89-ss.

No obstante, esa excepción cede (y, en consecuencia, resulta aplicable nuevamente la consideración de los incrementos como indebidos y su minoración en cuanto al cómputo) cuando los incrementos obedecen a la exclusiva decisión unilateral de la empresa, tomada con base en las meras facultades organizativas de ésta (13), o cuando sean consecuencia del pacto de incremento exclusiva y fundamentalmente acordado «en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación» [art. 162.4 LGSS (14)]. Rige, en suma y como puede apreciarse, una presunción legal de fraude (15) no exenta de controvertida interpretación y aplicación jurisprudencial.

Por las razones esbozadas hasta aquí, parece conveniente destinar el primer bloque de este estudio al análisis de diversas cuestiones vinculadas a los incrementos indebidos de las bases de cotización, cuando dicho acrecimiento tenga por finalidad el lucrar una pensión de jubilación de mayor cuantía (16). Cuestión sobre la que hay que anticipar que no está exenta, ni mucho menos, de fisuras interpretativas, en cierta forma por una *probable indolencia del legislador*, que no se ha interesado en demasía en adecuar convenientemente la doctrina judicial (especialmente, la contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo -en adelante, STS-, de 8 de abril de 1992, dictada en unificación de doctrina -en adelante, u. d.-, Ar. 2611) a los parámetros normativos posteriores, según se relatará en breve. Mas, a lo que aquí interesa, reténgase que el análisis desarrollado en las páginas que siguen ha sido desglosado en dos bloques: en primer lugar, se analizarán las principales claves de la singladura legislativa y jurisprudencial en cuanto al tratamiento de la cuestión, poniendo de relieve no sólo sus virtudes sino también, con especial atención, sus carencias; en segundo lugar, se formulará una propuesta *de lege ferenda* para tratar de restañar las fisuras del tratamiento normativo vigente, y se examinarán las líneas maestras extrapolables de los criterios al uso presentes en la doctrina judicial de suplicación.

-
- (13) Los incrementos salariales que superen el incremento medio interanual previsto en convenio colectivo o aplicable al sector, y se produzcan por decisión unilateral y exclusiva de la empresa propia de la facultad organizativa de ésta, son «incrementos salariales sujetos a cotización, pero no aptos para configurar la base reguladora de la pensión de jubilación» (cfr. SSTSJ de La Rioja de 29 de mayo de 1995, Ar. 1800, y de 12 de diciembre de 1996, Ar. 4708).
- (14) No obstante, ha de quedar probada la convicción judicial de que tal incremento salarial tiene relación con la proximidad de la jubilación, porque, en caso contrario y dado que el fraude de ley no puede presumirse, no procede la aplicación del R.D.-L. 13/1981: así y con rotundidad, STSJ de Madrid de 9 de septiembre de 1991 (Ar. 5235).
- (15) Las reglas expuestas no serán aplicables a las pensiones causadas antes del 1 de septiembre de 1981, según establece la disposición transitoria quinta LGSS. Cfr. LÓPEZ CUMBRE, L.: *Enciclopedia de Seguridad Social* CISS, octubre de 1997, I-XI, pág. 78, nota núm. 3.
- (16) En palabras de la STSJ de Cataluña, de 21 de octubre de 1994 (Ar. 3874), la proscripción de tales incrementos es la respuesta «a posibles conductas encaminadas a procurar artificiosamente un injustificado aumento de las bases de cotización, cuando se está próximo al momento del devengo de la pensión de jubilación», estableciendo el legislador, a través de la presunción de fraude, «cortapisas a tales maniobras» (cfr. fdto. tercero, punto 2.º).

1. Las claves de una carencia normativa no subsanada y de su compleja integración jurisprudencial.

Sabido es que el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación ha sufrido diversas y variadas modificaciones, pese a que otras facetas de aquélla no han sido alteradas. Así y ladeando otras variaciones que no hacen al caso, es conveniente apuntar que *la determinación del número de años inmediatamente anteriores al hecho causante* que deben tenerse en cuenta para calcular la base reguladora ha sido una de las cuestiones [probablemente la «estrella» de las reformas introducidas en la pensión de jubilación (17)] que ha incorporado sucesivas modificaciones. En concreto, esa hilazón de alteraciones ha transcurrido como sigue: primero, se cifraron los dos años últimos, según la redacción originaria de la O.M. de 18 enero de 1967 y de la LGSS de 1974; después, se amplió el abanico a los ocho años últimos, según la redacción introducida por la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social (en adelante, Ley 26/1985); en fin, el último tramo de la senda normativa muestra la ampliación de dicho número a los quince últimos años, según reza el nuevo artículo 162 LGSS, modificado por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social (en adelante, Ley 24/1997), *si bien se prevé un período transitorio de adaptación* (ex disposición transitoria quinta LGSS), en virtud del cual el nuevo módulo de cálculo no será íntegramente aplicable hasta el 1 de enero del 2002, fecha en que la cuantía de la base reguladora será el resultado de dividir por 210 (15 años: 180 mensualidades más 30 mensualidades correspondientes a dos pagas extras por año) las últimas 180 bases de cotización (15 años de cotización últimos del beneficiario) (18).

Por el contrario, como ejemplos concretos de cuestiones no alteradas en la regulación de la pensión de jubilación (esto es, como muestrario de «inmovilismo normativo») pueden citarse los siguientes:

- La base reguladora es el resultado de promediar las bases de cotización de los últimos años de vida laboral del causante: en concreto, los inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante (teniendo en cuenta la prorrata de dos pagas extraordinarias anuales). Por

(17) No sin razón, se ha escrito que «la modificación en el cálculo de la base reguladora», «encierra en sí la más intensa reforma de la pensión de jubilación», pues «al ampliar los márgenes de referencia se reduce inevitablemente la cuantía a percibir por el trabajador en su cálculo final». Cfr. LÓPEZ CUMBRE, L.: *op. cit.*, pág. 76.

(18) La escala gradual de la base reguladora hasta el 1 de enero del 2002, quedaría, así, como sigue: tras la entrada en vigor de la Ley 24/1997, era el resultado de dividir por 126 la suma de las últimas 108 bases de cotización; a partir del 1 de enero de 1998, es el resultado de dividir por 140 las últimas 120 bases de cotización; desde el 1 de enero de 1999, será el cociente resultante de dividir por 154 las últimas 132 bases de cotización; a partir del 1 de enero del 2000, será el resultado de dividir por 168 las últimas 144 bases de cotización; desde el 1 de enero del 2001, será el resultado de dividir por 182 las últimas 156 bases; y, en fin, desde el 1 de enero del 2002, entrará en escena la aplicación del resultado de dividir por 210 las últimas 180 bases de cotización del beneficiario.

otra parte, cuestión más discutible es el mantenimiento del doble sistema de acceso a la pensión, en el que se sigue distinguiendo entre una carencia genérica (quince años) y otra específica (dos años dentro de esos últimos quince), cuando probablemente la exigencia de esta última no vaya a eliminar la necesidad de recurrir a complejos artificios jurídicos (tales como la «doctrina del paréntesis»), sino que, por el contrario, va a seguir fomentando su recurrente utilización.

- De otro, que viene insistentemente considerándose la depreciación de las bases de cotización anteriores a los dos últimos años, para cuya actualización se utiliza el mecanismo de la comparación con la evolución del IPC (19), mientras las bases correspondientes a los veinticuatro meses inmediatamente anteriores al hecho causante siguen computándose en su valor nominal (20).
- En fin, otro par inmodificado en la ordenación de la pensión de jubilación ha sido, precisamente, el tema de los incrementos indebidos de la base de cotización cuya incidencia alcanza al cálculo de la base reguladora. Ahora bien, que no haya sido afectado por las reformas operadas por el legislador de 1997 no implica, ni mucho menos, que haya dejado de tratarse de un tema controvertido, entre otras cosas porque sigue abierta la brecha de las dudas interpretativas respecto a diversas cuestiones, tales como:
 - a) la doctrina de unificación sentada por el Tribunal Supremo en 1992, ¿debe ser revisada y reactualizada o sigue rebosando plena vigencia aplicativa?;
 - b) la retroacción de la presunción de fraude, ¿alcanzará a toda la base reguladora que, progresivamente y según se ha expuesto, desembocará en la fórmula de cálculo prevista para el 1 de enero del año 2002?;
 - c) ¿hubiera debido el legislador, por razones de seguridad jurídica, suprimir de una vez la mención a los incrementos de los «dos últimos años», y extender la presunción de irregularidad fraudulenta «a cualquier momento dentro del período de la base reguladora», siempre que quede probado el acrecimiento irregular de las bases del beneficiario a fin de lucrar una mayor cuantía de pensión?;
 - d) el mantenimiento legislativo de los «dos últimos años» en el artículo 162.2 LGSS, ¿debe interpretarse restrictivamente y, en consecuencia, no retrotraer, salvo casos de fraude probado, la minoración al resto de la base reguladora?

Veamos las respuestas a estas cuestiones, que se intercalarán en las líneas que siguen.

(19) Solución normativa, con todo, no exenta de crítica como técnica de «actualización» de las bases a partir del mes 25.º anterior al hecho causante: véanse, en este sentido crítico, las reflexiones de LÓPEZ CUMBRE, L.: *op. cit.*, pág. 76.

(20) MERCADER UGUINA, J.R.: «La reforma de la acción protectora en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social», *Relaciones Laborales* núm. 19-1997, pág. 69.

1.1. Una singladura legislativa desenfocada.

Uno de los condicionantes que tradicionalmente ha aquejado al tema de los incrementos indebidos de la base de cotización es, con toda certeza, la *rutinaria inercia del legislador en cuanto a su tratamiento normativo*. Afirmación que no debe sorprender en tanto es fácilmente verificable: al efecto, basta con relatar la evolución legislativa sobre el particular, y extraer las rápidas conclusiones que de la misma se desprenden de modo natural.

La historia legislativa de la «neutralización de las elevaciones artificiales» (21) de las bases de cotización del beneficiario, conducentes a acrecer la cuantía de la pensión a percibir en su día, se inicia, como ya se puso de relieve en otro lugar, a través del artículo 1.º R.D.-L. 13/1981. Esta norma, de «incontestable vigencia» para la doctrina laboralista tras la entrada en escena de la Ley 26/1985 (22), trató de combatir el fraude eliminando los incrementos salariales individualizados que tuvieran reflejo en las bases de cotización que servían de referencia para el cálculo de la base reguladora, ya fueran aquellos incrementos reales [pero que no respondieran a auténtica causa retributiva, sino a desorbitar injustificadamente la pensión: STS de 16 de octubre de 1987, Ar. 7063 (23)], ya simulados (en cuyo caso, no puede verificarse, lógicamente, su realidad y veracidad: STS de 22 de mayo de 1985, Ar. 2742).

El contenido del artículo 1.º R.D.-L. 13/81 pasó, sin alteraciones, a «integrarse» (24) en la LGSS, que mantuvo la referencia a los incrementos operados en los dos últimos años de cotización como parámetro para activar la minoración, y las alusiones a la normativa legal y/o convencional como cobertura «objetiva» de justificación de la realidad y legalidad de los incrementos detectados. Finalmente, la reforma de 1997, como ya se anticipó, no ha alterado substancialmente la cuestión, al mantener la literalidad del artículo 162 LGSS: por el contrario, todo lo más que puede extraerse

(21) DE LA FUENTE, D.: *op. cit.*, pág. 25. Neutralización que acarrea una minoración consistente, en la práctica, en *retrotraer al momento inicial del incremento indebido* el cómputo de la base: a partir de ese momento, únicamente se acrecen las bases posteriores, por parte del INSS, según la evolución del IPC fijado anualmente para los períodos de referencia (así se establece, *v.gr.*, en las SSTSJ de Cataluña, de 21 de octubre de 1994, Ar. 3874, y de 9 de julio de 1997, Ar. 2824). Aunque es cierto que, en ocasiones, la aplicación del IPC no es la solución más correcta técnicamente, porque más plausible sería minorar toda la cuantía que sobrepase el incremento medio interanual fijado en convenio colectivo (art. 162.2 LGSS), pero respetando, en todo caso, dicha cuantía convencional (en este sentido parece pronunciarse la STSJ de Cataluña de 25 de septiembre de 1996, Ar. 4460, al aludir a las «bases mínimas según convenio»), lo que no siempre sucede (más bien lo contrario, quedando la base minorada por debajo de lo que, en el período de referencia y como base de cotización, vinieron marcando los convenios) si se aplica sólo el IPC a partir de la última base «no fraudulenta» del beneficiario.

(22) Véase GARCÍA NINET, J.I.: *op. cit.*, pág. 58.

(23) *A contrario*, «si los incrementos no son ficticios para obtener fraudulentamente prestaciones, sino incrementos reales de salario», y así consta acreditado en el informe de la Inspección de Trabajo obrante en autos «han de ser aceptados por no fraudulentos» dichos incrementos. *Cfr.* STSJ de Cataluña de 4 de abril de 1997 (Ar. 2006).

(24) Entre otras, aluden a esa «integración» las SSTSJ de Cataluña, de 4 de abril de 1997 (Ar. 2006), 3 de junio de 1997 (Ar. 2432) y 9 de julio de 1997 (Ar. 2824).

de las medidas introducidas al compás de la Ley 24/1997 y sus normas de desarrollo, es que *se ha ampliado el margen temporal de operatividad de la presunción de aumento fraudulento y carente de base objetiva*, con la consiguiente retroacción minoradora de las bases de cotización de los 180 últimos meses que recoge el actual artículo 162.1 LGSS, y, hasta la plena entrada en vigor de ese umbral temporal de referencia (1 de enero del 2002), resulta la retroacción aplicable a las respectivas bases de cotización que se integren en el cálculo de la base reguladora de los períodos transitoria y progresivamente aplicables según la disposición transitoria quinta LGSS (25).

Sucede que el parámetro normativo vigente (art. 162 LGSS) adolece de un cierto «desenfoque», consistente en la *falta de adecuación de la norma* a la realidad de la doctrina jurisprudencial (STS de 8 de abril de 1992, u.d., Ar. 2611, especialmente), *situación que ha dado aliento a pronunciamientos no siempre homogéneos* en la doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia. Así, cuando el legislador ha podido enfrentarse, en 1994 y, especialmente, en 1997, a la redacción del artículo 162 LGSS, conocía sobradamente que la base reguladora de la pensión se calcula por el promedio de un período superior (8 años, en 1994; 15 años, desde la Ley 24/1997, de plena efectividad a partir del 1 de enero del 2002 y con tramos temporales progresivos hasta entonces, como se ha visto) al de los «dos años» últimos, y, pese a ello, ha seguido reafirmandose con cierta indolencia en un punto de «no retorno», al *obstinarse en limitar el alcance cuantitativo de la proscripción expresa del cálculo de las bases con incremento superior al promedio interanual a esos dos últimos años* (26). A la par, al no reproducir en sus propios términos el legislador el criterio jurisprudencial asentado en aquella sentencia (la única dictada, hasta la fecha, por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina) de retroacción de la presunción de fraude a la totalidad de la base reguladora, *está otorgando una cierta dosis de inseguridad jurídica en cuanto al tema de los incrementos próximos a la jubilación* (algunos objetivamente justificados, otros no, como se verá al compás del detalle de la doctrina emanada en suplicación), facilitándose con ello tanto los intentos de burlar la norma proscriptora (27) al cobijo de su literalidad (incrementos de los últimos «2 años», y no de toda la base reguladora), cuanto los titubeos de una doctrina judicial dictada en suplicación no siempre consecuente con el criterio del Tribunal Supremo en todos y cada uno de sus perfiles interpretativos.

(25) LÓPEZ CUMBRE, L.: *op. cit.*, pág. 79.

(26) Esa contumaz «obstinación» del legislador tiene cierto sentido en relación a la LGSS de 1994, dado que este cuerpo normativo era un Texto Refundido y, quizás por ello mismo, no permitía, en pura técnica jurídica, incorporar modificaciones en el tenor del articulado de las normas que refundía (opinión diversa mantiene CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: «Incrementos de la base de cotización: límites temporales. Nota a la STSJ Cantabria 11.12.1996», *Actualidad Laboral* núm. 16-1997, págs. 1.046-1.047, que señala que el texto refundido disponía de la facultad de «regularizar, aclarar y armonizar» las disposiciones que refundía, resultando que «pudiendo» el nuevo texto corregir la «desarmonía» entre el R.D.-L. 13/1981 y la Ley 26/1985, no lo hizo). Aunque ya no tan clara parece la justificación a la omisión del legislador de 1997, cuya inacción ya no puede escudarse en el formato normativo (la Ley 24/1997 no es un texto refundido, sino un texto «reformador» de muy diversas cuestiones prestacionales y del régimen de financiación del sistema de Seguridad Social), siendo, más bien, una muestra de la tradicional desidia y despreocupación exhibida en cuanto a modificar el alcance del artículo 162 LGSS.

(27) Cuando, como con claridad se ha escrito, «nada hay más peligroso para la seguridad jurídica» que permitir, o mejor, no combatir adecuadamente, los intentos reiterados y conocidos de «burla de una norma» (*cf.* SOLS LUCÍA, A.: *El fraude a la ley: estudio analítico del artículo 6.4 del Código Civil en la doctrina y la jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 81).

Por esas razones, se propondrá, en breve y desde un plano *lege ferenda*, la modificación del tenor del artículo 162.2 LGSS, a través de la introducción de una nueva redacción en dicho precepto. Pero antes nos centraremos en el análisis de la doctrina de unificación del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, en la única ocasión, hasta el momento, en que éste se ha pronunciado, pues bien merece la pena prestarle una cierta atención.

1.2. Una doctrina unificada no carente de fisuras.

La STS de 8 de abril de 1992, u.d., Ar. 2611, ha sido el único pronunciamiento, hasta la fecha, emitido por el Tribunal Supremo para homogeneizar la dispar interpretación del artículo 1.º R.D.-L. 13/1981 llevada a cabo por diversos Tribunales Superiores de Justicia. En concreto, la sentencia resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la STSJ de Navarra de 25 de junio de 1991 (Ar. 3882), aportando la entidad recurrente como contraste las SSTSJ de Madrid de 20 de septiembre de 1990 y de 28 de mayo de 1991 (según recoge el fundamento de derecho segundo de la STS referida).

La STSJ de Navarra recurrida, después de proclamar la vigencia del R.D.-L. 13/1981 tras la promulgación de la Ley 26/1985, e invocando doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo [en concreto, SSTCT de 16 de enero de 1989, Ar. 955, y de 27 de febrero de 1989, Ar. 1927, que ponen de relieve que los aumentos de cotización de los dos últimos años son «un abusivo y torticero aumento de la base reguladora de la pensión» (28)], señalaba que la limitación de los incrementos de cotización «no se puede ampliar más allá de dos años», y ello *con base en cinco argumentos*. El primero, que «ninguna norma jurídica autoriza tal ampliación»; el segundo, que «los peligros de fraude y cotización abusiva quedan suficientemente resguardados con la limitación de los dos años»; el tercero, que «la restricción de los derechos no debe interpretarse extensivamente (*odiosa sunt restringenda*)»; el cuarto, que «es incoherente admitir cotizaciones que posteriormente no van a computarse»; el quinto, en fin, que «haciendo uso de la normativa vigente, no puede hablarse de un enriquecimiento injusto del trabajador que eleva su cotización para incrementar su base reguladora». Nótese, por lo demás, que los datos fácticos sometidos a enjuiciamiento relevan que:

- a) el trabajador no había sido ascendido profesionalmente (misma categoría, pues, pese a los incrementos progresivos practicados);
- b) que al resto de trabajadores de la empresa (una autoescuela) no se les había practicado incremento similar en las bases de cotización;

(28) *Cfr.* fundamento de derecho segundo de la STSJ de Navarra *cit.* y objeto de esta nota a pie.

- c) que el Tribunal navarro no entra a valorar si los salarios reales son o no fraudulentos, sino que, de modo implícito y explícito al tiempo, funda su resolución en la *no retroacción más allá de los dos años de la presunción de fraude*. Solución esta que no es novedosa en los pareceres de la doctrina judicial, pues ya algunos pronunciamientos, bien que escasos, se habían manifestado en este sentido: así, STCT de 16 de noviembre de 1988 (Ar. 7885) y STS de 12 de diciembre de 1984 (Ar. 6370, dictada en recurso de casación por infracción de ley).

Los *punctum dolens* de la fundamentación de la STSJ de Navarra comentada, a la luz de la STS dictada en unificación de doctrina y de otros pronunciamientos que se verán, son los siguientes:

- En el caso enjuiciado, no concurre uno de los requisitos que otros pronunciamientos de la doctrina judicial de suplicación habían tenido en cuenta, por esas mismas fechas (1991), para desestimar la existencia de fraude y, en consecuencia, no minorar la pensión del beneficiario: la existencia real y objetiva de ascenso de categoría profesional que justifique tales incrementos. Así, las SSTSJ de Madrid, de 23 de enero de 1991 (Ar. 862) (29), 25 de enero de 1991 (Ar. 882) (30) y 9 de septiembre de 1991 (Ar. 5235) (31) amparan en la realidad del ascenso la no aplicación del artículo 1.º R.D.-L. 13/81. Por el contrario, si no queda probada la circunstancia real y objetiva del ascenso, en tanto éste «no consta reflejado en los boletines de cotización» ni se comunicó a la Entidad Gestora (TGSS), siendo decisión unilateral de la empresa «familiar» de la que el beneficiario era «accionista», la presunción de fraude resulta plenamente operativa sobre los incrementos indebidos (así, STSJ de Valladolid de 22 de enero de 1991, Ar. 396). En consecuencia, el Tribunal Supremo acertó al señalar que los salarios del actor, integrados en la base reguladora, carecían de justificación objetiva (no existió ascenso y, en consecuencia, no se adecuaban al trabajo efectivamente realizado por el trabajador) y no tenían otra finalidad que la de acrecer las cotizaciones para conseguir una pensión superior, pues estaban, además, por encima de los convenios colectivos de aplicación.
- Que aunque es cierto que no existe norma jurídica «expresa» que permita la retroacción a toda la base reguladora de la presunción de incrementos fraudulentos (yendo más allá, en consecuencia, del límite temporal de los dos años), resulta, a juicio del Tribunal Supremo, que:

(29) En el supuesto enjuiciado, queda probado el ascenso desde la categoría de jefe administrativo de primera (grupo tercero de cotización) a la de licenciado (grupo primero de cotización).

(30) En el caso enjuiciado, el beneficiario pasó de la categoría de jefe administrativo de primera a gerente, sustituyendo a otro trabajador que se había jubilado. Invoca, en auxilio del fallo, la STCT de 3 de mayo de 1989 (Ar. 3754).

(31) En el caso analizado por el Tribunal madrileño, el beneficiario, oficial de primera, vio acrecida su base de cotización cinco años antes de la solicitud y al igual que el resto de personal de su categoría profesional.

- a) el R.D.-L. 13/1981 sigue vigente después de la Ley 26/1985, y el plazo de dos años como parámetro operativo de la minoración de bases trae causa de que, en la fecha de aprobación de aquél, la base reguladora se correspondía con las 24 mensualidades escogidas, dentro de los siete últimos años, por el beneficiario, asertos que no admiten discusión;
- b) que no existe vacío legal [parecer ya más discutible, pues *la carencia normativa existe y es precisamente la primera fisura* del criterio del Tribunal Supremo (32)], en tanto resulta de aplicación la doctrina del fraude de ley y del abuso de derecho, como mecanismo para sancionar «conductas antisociales y fraudulentas», se produzcan éstas dentro de los dos años últimos o en cualquier otro período de la base reguladora (33). Posición esta (la de acudir al fraude de ley para sancionar «conductas antisociales» derivadas del incremento de las bases para lucrar mayor pensión) que ya había sido esgrimida por el extinto Tribunal Central de Trabajo, en SSTCT de 16 de mayo de 1989 (Ar. 3857) y de 19 de mayo de 1989 (Ar. 3941).

Ahora bien, si éstos son los flancos débiles de la STSJ de Navarra motivo de estas líneas, no menos cierto resulta señalar que la *segunda fisura* en la doctrina de unificación del Tribunal Supremo es clara: en ningún momento alude a la necesidad de que dicho fraude debe probarse (y, lo que es más importante, *sobre cómo puede probarse y quién debe hacerlo*), pues, aunque ello pueda deducirse implícitamente del tenor del fundamento de derecho tercero, no hubiera hecho sino cerrar con ello una «vía de escape», como se verá, de numerosa doctrina judicial posterior emitida en suplicación. Porque aunque el fraude de ley sea un «instrumento de primer orden para la defensa del ordenamiento jurídico» (34), en cuanto comporta la represión de las conductas conducentes a eludir la aplicación de una norma (en este caso, el art. 162 LGSS), su aplicación, generalizada para todo el ordenamiento, ha de realizarse restrictivamente, especialmente en cuanto a la práctica de su prueba.

- (32) La carencia normativa, una «hipotética laguna» si se prefiere, no pudo «integrarse» analógicamente por la STS de 8 de abril de 1992 tantas veces aludida; por el contrario, el TS tuvo que acudir al fraude de ley para extender la minoración de las bases y la presunción del fraude, pues no podía aplicar la analogía para corregir «el mandato de normas precisas sobre los efectos de la cotización y sobre el cómputo de la base reguladora». Cfr. CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: «Incrementos de la base...», *op. cit.*, pág. 1.047.
- (33) Sostiene esta opinión DE LA FUENTE, D.: *op. cit.*, pág. 26. Un anticipo de esta posición, puede hallarse en la STS de 16 de octubre de 1987 (Ar. 7063), en que el Tribunal Supremo ya apunta esta idea: «no se combatiría», sino que se «propiciaría» el fraude si no se tuvieran en cuenta los incrementos fraudulentos que, afectando a la base reguladora de la pensión, se produjeran antes de los dos años inmediatamente anteriores al momento del hecho causante.
- (34) CAFFARENA LAPORTA, J.: «Fraude de ley», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen II, Civitas, 1995, pág. 3.158. En este sentido, el fraude de ley es una muestra de «la tensión permanente en el universo del derecho» (GALIANA MORENO, J.: «El fraude de ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los Catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990, pág. 439), entre la libertad del individuo («sobrecotizar» indebidamente con vistas a su pensión futura) y las normas imperativas (proscripción de incrementos indebidos superiores al promedio interanual del convenio).

Tema este (el de la práctica probatoria del fraude) carente de una inconcusa doctrina judicial de suplicación, como se relatará en el detalle listado de los criterios que ésta viene manteniendo sobre la cuestión de los incrementos tendentes a acrecer la cuantía de la pensión de jubilación.

En fin, la *tercera fisura* que no deja zanjada el Tribunal Supremo atiende al tema de qué sucede con las cotizaciones practicadas e ineficaces a efectos de cálculo de la cuantía de la pensión. A saber:

- a) ¿constituyen un enriquecimiento injusto de la TGSS?
- b) ¿la minoración de toda la base es una restricción de derechos del beneficiario que no debe afectar a la empresa cotizante, en punto a que ésta pueda reclamar la devolución de los excesos de cotización ingresados -al menos los de los últimos cinco años-?

El Tribunal Supremo no pudo entrar en el análisis de la cuestión, ciertamente, en tanto no era este tema el objeto de contradicción, pero quizás sí hubiera podido hacerlo en *obiter dicta*. No obstante, la resolución de estas cuestiones puede concretarse en los siguientes términos:

- Según ha señalado ALONSO OLEA, la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa es «de uso incongruente en el Derecho de la Seguridad Social, respecto de los entes gestores públicos que ni se enriquecen ni dejan de hacerlo» (35). En consecuencia, no existe enriquecimiento injusto de la TGSS, por lo que los excesos de cotización no reciben la consideración de ingresos indebidos y, por consiguiente, no procede su devolución (36). En concreto, la STCT de 27 de noviembre de 1986 (Ar. 12613) (37) señala que la cotización simulada o real por bases o salarios excesivos en los últimos años previos a la fecha del hecho causante no da lugar a devolución de las cuotas ingresadas. Por contra, cuando no concurre mala fe (connivencia) de los sujetos cotizantes, la solución más idónea no es la neutralización de los efectos de las cotizaciones indebidas (yendo éstas a engrosar las arcas públicas de la Seguridad Social), sino, en virtud de la doctrina de la devolución de cuotas indebidamente ingresadas, conceder a tales sujetos la oportunidad de reclamarlas ante la jurisdicción contencioso-administrativa (38); solución, con todo, no exenta de con-

(35) ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 432, nota número 175.

(36) «En castizo se diría que se les va a ir lo comido por lo servido» a empresarios y trabajadores que acuerdan ese incremento fraudulento (GARCÍA NINET, J.I.: *Enciclopedia de Seguridad Social*, CISS, Valencia, I-53).

(37) Citada por ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA: *op. cit.*, pág. 442, nota número 223.

(38) Pues la reclamación de cotizaciones indebidamente ingresadas es competencia de la jurisdicción contenciosa: STSJ de Castilla-La Mancha, de 5 de julio de 1994 (Ar. 2994). Un caso singular, aunque diferenciado al que nos ocupa, es el resuelto por la STS, Sala 5.ª, de 23 de marzo de 1988 (Ar. 2282), en la que la jurisdicción contenciosa asume la competencia para conocer de la devolución de cuotas indebidas por duplicidad de pago, en tanto se trata, el impugnado, de un acto de «gestión recaudatoria» de la TGSS.

troversia, especialmente porque es harto problemático el que el INSS aminore la cuantía de la base reguladora del beneficiario, cuando previamente la TGSS ha venido ingresando en el erario público el «coste real» (cotizaciones) sin poner reparos.

- El beneficiario al que le ha sido minorada la base reguladora no puede alegar enriquecimiento injusto, según ha puesto de relieve la STSJ de Cataluña de 12 de julio de 1996 (Ar. 4169). En el fundamento de derecho cuarto de la misma se señala que «en cuanto al enriquecimiento injusto de la TGSS, por el hecho de haber estado percibiendo cotizaciones muy superiores a las debidas ingresar en relación a la categoría que se ostentaba, o bien en relación a las que anteriormente había venido efectuando el beneficiario (*que mantenía igual categoría*) en las mismas condiciones, hace que el hecho de que ésta (*la TGSS*) haya estado admitiendo cotizaciones que suponían estos aumentos tan importantes y de que no haya tenido en su caso una correcta y cuidada actividad inspectora, no puede legitimar la actuación del beneficiario».
- La TGSS dispone de mecanismos adecuados para rechazar cotizaciones sobre bases superiores a las previstas en convenio para la categoría o grupo del futuro beneficiario, como se argumenta en la citada STSJ de Cataluña, de 12 de julio de 1996, según la cual «todo ello sin perjuicio de las acciones que en su caso y en términos generales pudiera ejercitar para inaceptar bases de cotización superiores a convenio que pretendieran ingresar los beneficiarios». Sin embargo, la minoración sólo opera *a posteriori*, cuando el INSS realiza los cálculos de la base reguladora y detrae retroactivamente todo aquello que fue indebidamente ingresado, mientras que en su momento no se hizo advertencia alguna ni actuación alguna dirigida a su corrección previa (39). Ello es así porque la TGSS no tiene por qué conocer ni presumir en qué momento va a producirse la jubilación, por más que la edad ordinaria sea la de 65 años. Además, la minoración sanciona una conducta que no se permite corregir más allá de los topes máximos de cotización por grupos, porque los excesos de cotización únicamente son controlables por los trabajadores por cuenta propia, pero no por los trabajadores por cuenta ajena (salvo que se modificara el vigente Reglamento General de Recaudación, introduciendo una previsión expresa en la que se permitiera a los sujetos cotizantes reducir las bases de cotización superiores a los límites convencionales de referencia en los años próximos al momento del hecho causante).

Con todo, la doctrina sentada por la STS en unificación tuvo, pese a las fisuras apuntadas, conveniente eco favorable en gran parte de la doctrina judicial posterior, especialmente en cuanto a la posibilidad de retrotraer a la integridad de la base reguladora la presunción de fraude, no limitándola a los dos últimos años. Así y a título ejemplificativo, SSTSJ de Asturias de 13 de noviembre de 1992 (Ar. 5401) y de 4 de diciembre de 1992 (Ar. 5934) (40); STSJ de Galicia de 19 de mayo

(39) En parecidos términos, VIVAS LARRUY, A.: *op. cit.*, pág. 32.

(40) En esta sentencia los factores fraudulentos concurrentes son:

- a) incremento de bases de cotización del actor en el marco de una empresa familiar, formada por el beneficiario y sus cuatro hijos;
- b) incremento del 119 por 100, cuando el incremento medio del convenio era del 8,01%;
- c) ascenso a la categoría de gerente a la edad de 62 años.

de 1993 (Ar. 2404); SSTSJ de Castilla y León/Burgos, de 13 de diciembre de 1993 (Ar. 5182) (41) y de 26 de enero de 1995 (Ar. 46) (42); SSTSJ de Cataluña, de 21 de octubre de 1994 (Ar. 3874) (43), 18 de julio de 1994 (Ar. 3057), 16 de marzo de 1996 (Ar. 1882), 15 de mayo de 1996 (Ar. 1647), y 5 de julio de 1996 (Ar. 2913); STSJ de Madrid de 28 de febrero de 1995 (Ar. 842); o, en fin, STSJ de La Rioja, 4 de marzo de 1997 (Ar. 639). Con anterioridad, las SSTCT de 16 de octubre de 1987 (Ar. 7063), 4 de mayo de 1988 (Ar. 4009), 19 de septiembre de 1988 (Ar. 6001) y 10 de noviembre de 1988 (Ar. 7845), ya habían interpretado la posibilidad de retrotraer, a los 8 años previstos en la Ley 26/1985, la presunción del fraude.

2. Propuestas para la racionalización del tratamiento normativo y la mayor eficacia de los criterios jurisprudenciales.

Hasta aquí se han examinado las complejidades que suscita el entramado normativo vigente (acogido en el art. 162 LGSS) y las fisuras de una doctrina jurisprudencial dictada en unificación que data de hace seis años. En adelante, para cerrar este epígrafe se van a abordar dos cuestiones: en primer lugar, una propuesta de modificación normativa del tenor del artículo 162 LGSS, en orden a aligerar las trabas interpretativas que de ese precepto se derivan; en segundo lugar, una rigurosa sistematización de los numerosos pronunciamientos emitidos en suplicación por los diversos TSJ, extrayendo de la misma unas «líneas maestras» que puedan permitir superar, en adelante, el excesivo casuismo y los atisbos de controversia interpretativa que hoy vienen caracterizando a dicha doctrina judicial.

2.1. Una posible solución para el mejor tratamiento normativo de la cuestión.

La propuesta formulada es la siguiente: suprimir de una vez la mención a los incrementos de los «dos últimos años» (art. 162.2 LGSS), y extender la presunción, no *iuris et de iure* sino *iuris tantum*, de irregularidad fraudulenta «a cualquier momento dentro del período de la base reguladora», *siempre que quede probado el acrecimiento irregular*, sin cobijo legal o convencional, *de las bases del beneficiario a fin de lucrar una mayor cuantía de la pensión*. Esa presunción de irregularidades fraudulentas debería corroborarse judicialmente sobre la base de la relación de hechos que se declara-

-
- (41) En esta sentencia se recoge que, no existiendo cambio de categoría, el beneficiario, en edad próxima a la jubilación, cambia de empresa y acrece su base de cotización en 100.000 pesetas, siendo accionista minoritario de la última empresa en la que prestó servicios antes de la solicitud de pensión.
- (42) En ella, se relata que el beneficiario se escuda en un ascenso profesional, que no queda acreditado, para justificar la cotización por unas bases «que no se correspondían a la realidad», siendo, en consecuencia, fraudulentas a juicio del Tribunal burgalés.
- (43) En el caso enjuiciado, el beneficiario, jefe de ventas, vio minoradas sus bases de cotización, dado que éstas superaban «notoriamente» el incremento medio interanual fijado en la norma convencional de referencia, sin que constara justificación objetiva de dichos aumentos y pese a que en los «justificantes de cotización TC-2» figurasen los importes cotizados.

raran judicialmente probados, que han de deducirse, como se sabe, de la valoración conjunta de la prueba practicada, de acuerdo con los principios de la sana e imparcial crítica. Hechos que deberían demostrar si existió justificación objetiva que fundamente la convicción del juzgador (44) en cuanto a la no existencia de fraude: ascenso legal o convencional, antigüedad, u otros motivos objetivos reales, legales y veraces [*v.gr.*, integración en el salario de mejoras voluntarias que se percibían anteriormente; pase del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA) al Régimen General por imperativo de encuadramiento y con cotización anudada por bases más altas; aumentos generalizados a toda la plantilla; tributación y declaración en renta de dicho salario y renta real; cercanía o lejanía del momento en que se produce el aumento respecto al momento del hecho causante, etc.] (45), para poder considerar como válidos dichos incrementos a efectos de su inclusión y cómputo en la base reguladora de la pensión.

Si no se adopta una solución normativa como la propuesta, va a seguir subsistiendo el problema que viene arrastrándose en la doctrina judicial de suplicación durante estos últimos años: o bien se acepta con todas las consecuencias que sólo y exclusivamente los aumentos de los dos últimos años hay que presumirlos fraudulentos y provocan la minoración *ipso iure* de la base, obviándose los incrementos producidos antes de esa fecha (solución que no parece demasiado afortunada); o bien se está sancionando, por la inacción legislativa de no modificar el artículo 162.2 LGSS, a los beneficiarios de modo sistemático, rebajándoles la pensión de forma indiscriminada (46) al permitirse la imposición, según el parecer del juzgador en las circunstancias *ad casum*, de una aplicación desigual de la ley, según cómo se interprete la forma en que debe practicarse la prueba del fraude de la ley por la Entidad Gestora [solución aún menos afortunada que la anterior, si se tiene presente que el INSS viene aplicando un criterio extensivo de la presunción a todo incremento superior al promedio convencional, «presumiendo» sistemáticamente la presencia de fraude en contra del beneficiario (47)]. *Esa desigual interpretación está provocando, en la práctica, situaciones de aplicación desigual del artículo 162 LGSS, rayanos en una posible vulneración del principio de igualdad en la ley*, esto es, pueden surgir desigualdades en la aplicación de una norma que conduzcan a decisiones o criterios interpretativos sobre dicha norma, no basados en un criterio interpretativo uniforme y de alcance general, sino en enjuiciamientos *ad casum* proscritos por la doctrina del propio Tribunal Constitucional (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, de 15 de julio de 1997, resolutoria de los recursos de amparo acumulados núms. 2831 y 3075/95, Ponente: Excmo. Sr. Gimeno Sendra).

(44) Sobre los hechos acreditados y probados, fruto de la ponderada evaluación de los elementos de convicción aportados, el juzgador, «según las reglas del criterio humano» (art. 1.253 del Código Civil), valorará la concurrencia o no de fraude. *Cfr.* DE LA FUENTE, D.: *op. cit.*, pág. 28.

(45) y (46) VIVAS LARRUY, A.: *op. cit.*, pág. 32.

(47) VIVAS LARRUY, A.: *op. cit.*, pág. 31.

2.2. Listado de criterios para integrar un excesivo casuismo jurisprudencial.

Comoquiera que el tema de los incrementos indebidos de las bases de cotización que integran la base reguladora es especialmente casuístico (dado que, al haber de juzgar sobre la existencia del fraude, debe atenderse a las circunstancias del caso, incluso en el supuesto que la propuesta *lege ferenda* de modificación normativa apuntada prosperase), se ha estimado de interés cerrar este primer epígrafe con el examen de la jurisprudencia de suplicación, de la que se puede extraer el siguiente *catálogo sistematizado de pareceres y líneas maestras interpretativas*:

- Por tratarse de una **decisión unilateral** de la empresa, se excluyen, como regla general apuntada por reiterada doctrina judicial, los incrementos debidos a ascenso realizado por el empresario en virtud de sus facultades organizativas [y no sobre/según convenio: STSJ de Cataluña, de 21 de octubre de 1994, Ar. 3874 (48)] y próximo temporalmente a la fecha de jubilación: así, STSJ de Cataluña, de 2 de julio de 1993 (Ar. 3538) (49), STSJ de Asturias de 4 de diciembre de 1992 (Ar. 5934) (50) y STSJ de La Rioja de 3 de diciembre de 1996 (Ar. 4708). También se excluyen los incrementos derivados de ascenso realizado unilateralmente y sin causa alguna que lo justifique: SSTSJ de Castilla y León/Burgos, de 13 de diciembre de 1993 (Ar. 5182) (51), y de 31 de diciembre de 1996 (Ar. 4022); SSTSJ de La Rioja, de 29 de mayo de 1995 (Ar. 1800) y de 12 de diciembre de 1996 (Ar. 4708).
- Ahora bien, algunos pronunciamientos recientes vienen desmarcándose del criterio recién apuntado, de forma que no queda plenamente zanjada la cuestión, si bien hay que retener que la no minoración de los incrementos responde, en los pronunciamientos que se van a indicar, a la previa verificación de la realidad y legalidad de los incrementos practicados. Como botones de muestra en sintonía con lo apuntado, baste citar los siguientes:
 - a) En primer lugar, la STSJ de Cataluña, de 4 de abril de 1997 (Ar. 2006), en la que, *no habiendo quedado acreditado* que los incrementos de cotización se hubieran realizado «en connivencia con el trabajador para incrementar artificialmente las bases de cotización» a efectos de la pensión de jubilación, y constando que los incrementos sala-

(48) En el caso enjuiciado, el beneficiario, jefe de ventas, vio minoradas sus bases de cotización, dado que éstas superaban «notoriamente» el incremento medio interanual fijado en la norma convencional de referencia, sin que constara justificación objetiva de dichos aumentos y pese a que en los «justificantes de cotización TC-2» figurasen los importes cotizados.

(49) No se estima fraude en un caso similar, en el que existió un ascenso profesional plenamente justificado, por parte de la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 18 de junio de 1996 (Ar. 2361).

(50) En esta sentencia los factores fraudulentos concurrentes en autos son:

- a) incremento de bases de cotización del actor en el marco de una empresa familiar, formada por el beneficiario y sus cuatro hijos;
- b) incremento del 119 por 100, cuando el incremento medio del convenio era del 8,01 por 100;
- c) ascenso a la categoría de gerente a la edad de 62 años.

(51) En esta sentencia se recoge que, no existiendo cambio de categoría, el beneficiario, en edad próxima a la jubilación, cambia de empresa y acrece su base de cotización en 100.000 pesetas, siendo accionista minoritario de la última empresa en la que prestó servicios antes de la solicitud de pensión.

riales son reales y no ficticios, según informe obrante en autos emitido por la Inspección de Trabajo, se declara la inclusión de dichos incrementos cuyo único origen es la decisión unilateral y organizacional de la empresa.

- b) En segundo lugar, la STSJ de Cantabria, de 11 de diciembre de 1996 (Ar. 4046), que no estima fraudulentos los incrementos unilaterales acordados por la empresa que sean fruto del «aumento de trabajo y de responsabilidad» del beneficiario (52). La redacción del artículo 162.2 LGSS y su interpretación en esta sentencia, da pie, y no precisamente forzado, a que desde un punto de vista doctrinal se haya afirmado que no cabe admitir la ampliación y extensión de la presunción de fraude a los 96 meses de base reguladora, porque el artículo 162 LGSS es posterior a la decisión contenida en la STS de 8 de abril de 1992, u.d., Ar. 2611, y, sin embargo, sigue manteniendo el ámbito restrictivo de los dos años y, por tanto, aceptar una presunción de fraude durante tan largo período de 96 meses no parece del todo razonable (53). La STSJ aquí citada establece que, si no se demuestra la existencia de fraude o connivencia en el incremento operado por la empresa en la retribución del trabajador, nada impide efectuar dicho incremento en los términos establecidos unilateralmente o pactados por la empresa (estipulados en su día con base en «las nuevas responsabilidades» y el aumento de trabajo del beneficiario), porque la presunción de fraude merece «una razonable interpretación excepcionalmente atenuadora». Esa interpretación restrictiva del fraude obedece a que «resulta excesivo, y hasta disconforme con el principio constitucional de igualdad, prohibir terminantemente, a efectos de cotización, toda progresión económica no reglada durante el prolongado período de los ocho años anteriores a la jubilación»: por ello mismo, se admite la prueba concluyente en contrario, que demuestre que dichos incrementos responden a circunstancias «cuya realidad y legalidad pueda verificarse» (54).
- c) En tercer lugar, la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 11 de noviembre de 1997 (Ar. 3691), establece que los incrementos unilaterales acordados por la empresa que respondan, en virtud de sus facultades organizacionales, a «incentivos por el mayor trabajo desarrollado» por el beneficiario, una vez verificada su realidad y legalidad deben computarse en la base reguladora de la pensión (55).

(52) Esta sentencia parece retomar, bien que de modo implícito, la línea de algunas sentencias del extinto TCT, en las que se sopesaba que la equivalencia objetiva entre la prestación o actividad laboral desarrollada, el salario real percibido y las bases de cotización impedía la aplicación del R.D.-L. 13/1981: así, SSTCT de 17 de diciembre de 1986 (Ar. 14136) y de 25 de junio de 1988 (Ar. 4146).

(53) En este sentido se ha pronunciado CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: «Incrementos de la base...», *op. cit.*, págs. 1.046-1.047.

(54) *Cfr.* fundamento de derecho tercero de la STSJ de Cantabria de 11 de diciembre de 1996 (Ar. 4046). En idénticos términos, STSJ de Cantabria de 28 de abril de 1997 (Ar. 1434) y STSJ de Castilla y León/Valladolid de 11 de noviembre de 1997 (Ar. 3691). Si el incremento es anterior a los dos últimos años, con cambio de categoría para varios trabajadores de la empresa con edad alejada para la jubilación, y si dicho cambio obedece a la reestructuración de la empresa, concurren suficientes circunstancias para verificar la legalidad y realidad de los incrementos: así, STCT de 2 de diciembre de 1986 (Ar. 12966).

(55) Parecidos argumentos (procedencia de los incrementos deducidos unilateralmente por la empresa, en base a las «mayores funciones de responsabilidad» del beneficiario y a la «disminución del personal» de la empresa), se contienen en la STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 1996 (Ar. 1647). Posición radicalmente contraria a la que había mantenido el extinto TCT, en aplicación del R.D.-L. 13/1981, que vino entendiendo que «más cantidad de trabajo» para el beneficiario no equivalía a ascenso del mismo: así, entre otras muchas, STCT de 20 de mayo de 1988 (Ar. 4105).

- De otro lado, la STSJ de Cantabria, de 6 de junio de 1996 (Ar. 2345), aprecia fraude por ser el beneficiario administrador único y Director-Gerente, ostentando un 49,98 por 100 del capital social de una empresa en la que el resto de socios son su esposa e hijos, y, por tanto, se entiende que no existe una voluntad social ajena a la de aquél, confundiendo la condición de empleador y empleado y careciendo de base objetiva los incrementos practicados (56).
- Se computan en la base reguladora los incrementos que sean fruto del cambio de régimen de encuadramiento dentro del sistema de la Seguridad Social (desde el General al RETA), aunque deben ser minorados los aumentos de los años anteriores al ingreso en tal régimen si fueron injustificados (STSJ de Cataluña, de 16 de mayo de 1997, Ar. 1958). Además, se entiende fraudulento el incremento que procede del encuadramiento del trabajador en el Régimen General, cuando debería haberlo estado en el RETA, por ostentar el 61,5 por 100 del capital social de la empresa y ser el administrador de la misma, posición de dominio que le permitió aumentar sus percepciones y situarse en el tope máximo de la tarifa 1.ª de cotización a la Seguridad Social: así, STSJ de Cataluña, de 3 de junio de 1997 (Ar. 2432), y STSJ de Galicia, de 9 de julio de 1997 (Ar. 2824).
- En cuanto al alcance temporal de la presunción de fraude y su proyección sobre la base reguladora de la pensión de jubilación, la doctrina judicial de suplicación ha convenido mayoritariamente en que, de la conjugación del R.D.-L. 13/1981 (dos años) y de la Ley 26/1985 (8 años), resulta:
 - a) Que «no se trata de entender ampliado el plazo de dos años» tras la entrada en escena de la Ley 26/1985, sino de «sancionar conductas fraudulentas y antisociales no comprendidas en el Real Decreto mencionado»: así y entre otras muchas, STSJ de Castilla y León/Burgos, de 13 de diciembre de 1993 (Ar. 5182). Consecuente con lo anterior, «debe examinarse si ha existido incremento de bases de cotización en los dos últimos años anteriores al hecho causante», dichos incrementos no serán computables y se minorarán cuando deriven de alguna de las siguientes circunstancias:
 - que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, en el correspondiente sector;
 - que se produzcan exclusivamente por decisión unilateral de la empresa en virtud de sus facultades organizativas y sin cobertura legal o convencional (ascenso, antigüedad, etc.);
 - que hayan sido pactados exclusiva o fundamentalmente en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación, sin que concurran circunstancias justificativas del aumento cuya realidad y legalidad pueda verificarse.

(56) Supuestos similares al del tribunal cántabro y con idéntico sentido en el fallo, pueden localizarse en las SSTSJ de Cataluña, de 16 de mayo de 1997 (Ar. 1958), 3 de junio de 1997 (Ar. 2432) y 9 de julio de 1997 (Ar. 2824), y en la STSJ de Galicia, de 9 de julio de 1997 (Ar. 2824).

Si concurre alguna de estas circunstancias, la Entidad Gestora está exonerada de la carga de probar que dichos incrementos dentro de los dos últimos años están exclusivamente dirigidos a la «compra de la pensión», pues, por imperativo legal (actual art. 162.2 LGSS), no son computables en la base reguladora de la pensión contributiva de jubilación, siendo objeto de la oportuna minoración por fraudulentos (57).

- b) Que la referida presunción alcanza sólo a los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante, mientras que para el resto del período que integra la base reguladora la carga de la prueba debe recaer sobre quien lo alega: la Entidad Gestora, que debe desarrollar alguna actividad dirigida a tal fin. Ello es así porque los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil proscriben el fraude, pero no lo presumen, de tal modo que, no apreciándose fraude, no deben ser minoradas las bases de cotización de los últimos dos años ni tampoco las de los anteriores (STSJ de Cataluña, de 15 de mayo de 1996, Ar. 1647). No obstante, la polémica STSJ de Cataluña, de 5 de julio de 1996, Ar. 2913, va más allá, al afirmar que la inexistencia de fraude en los incrementos de las bases de cotización de los últimos dos años debe llevar a no examinar los períodos anteriores, a los que, por tanto, no puede extenderse la presunción de fraude: «(...) no hay que olvidar que el artículo 1.º 1 RD 13/1981, de 20 de agosto (incorporado al actual art. 162 LGSS) se refiere a los dos últimos años de cotización, período que tendremos que examinar y de ahí deducir si ha habido un aumento exagerado, dato que nos podría dar un indicio de fraude y debería conducirnos a examinar períodos anteriores, pero no se puede partir de la presunción de que éste existe. (...) De otra parte, ha de señalarse que en la hipótesis de que hubiese de examinarse la existencia o no del fraude, fraude de ley en definitiva en el modo que establece el artículo 6.4 del CC, éste ha de probarse y esa prueba corresponde a quien lo alega...» Por tanto, según se desprende de ésta y de otras resoluciones (*v.gr.*, STSJ de Cataluña, de 6 de noviembre de 1996, Ar. 4093), debe probarse que el incremento fue injustificado y, a partir de ahí, se presume el fraude («cuando el aumento exagerado se produce en los dos últimos años existe una presunción de fraude y automática exclusión de los incrementos»).
- c) Que, según las SSTSJ de Cataluña, de 15 de mayo de 1996 (Ar. 1647), 5 de julio de 1996 (Ar. 2913) y 6 de noviembre de 1996 (Ar. 4093), y la STSJ de Cantabria de 28 de abril de 1997 (Ar. 1434), si los incrementos injustificados se producen en períodos anteriores a los dos últimos años, «para que produzcan el efecto de minorar la base ha de probarse que fueron fraudulentos». Así, se aprecia la existencia de fraude en la STSJ de Cataluña, de 12 de julio de 1996, Ar. 4169; en ella, los argumentos que llevan a tal solución son los siguientes: «en este caso concreto la admisión y objetivación de aumentos en los dos años últimos (superiores al 10%) unidos al cargo que ostentaba el actor de gerente, y al mantenimiento del hecho inatacado de los aumentos exclusivos al actor (...) y el hecho de que se trata de una jubilación anticipada, entendemos que son suficientes para examinar los períodos anteriores utilizados para el cómputo, y su análisis, nos llevan a la conclusión de que las bases han sido correctamente rebajadas, pues exis-

(57) Así, entre otras muchas, STSJ de La Rioja de 4 de marzo de 1997 (Ar. 639), y SSTSJ de Cataluña de 3 de junio de 1997 (Ar. 2432) y de 9 de julio de 1997 (Ar. 2824).

te un deliberado y progresivo aumento para alcanzar una determinada pensión. A ello no puede oponerse con resultado el argumento de la recurrente, en el sentido de que el actor se vio forzado a una jubilación anticipada por la mala marcha de la empresa, aunque antes de su jubilación iba bien...».

- En lo tocante a la carga de la prueba, algún pronunciamiento ha sostenido que corresponde al trabajador probar la intención no fraudulenta del incremento (así, STSJ de Murcia, de 12 de abril de 1994, Ar. 1502). No obstante, parece más plausible la interpretación precisamente contraria: la retroacción de los efectos más allá de los dos años, exige a la parte que alega el fraude (Entidad Gestora) la prueba del mismo: así, *v.gr.*, STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 1996 (Ar. 1647). En consecuencia, ha de probarse el fraude (58), pues no todo incremento producido en los dos años anteriores a la jubilación ha de considerarse nulo a efectos de su inclusión en la base reguladora: STSJ de Cataluña 5 de julio de 1996 (Ar. 2913), y STSJ de Madrid de 9 de septiembre de 1991 (Ar. 5235). Ahora bien, queda la duda de quién y cómo ha de probar la existencia del fraude. Veamos la respuesta a ambas cuestiones:
 - a) Respecto a la primera (quién), es claro que la prueba del fraude corresponde a la Entidad Gestora, pues la prueba del fraude corresponde a quien lo alega [pues *ex art.* 1.214 del Código Civil, «la prueba de los hechos constitutivos del derecho», corre «a cargo del que lo reclama», mientras que la de los demás -hechos impeditivos, extintivos y excluyentes- «corren de cuenta de quien los opone» (59)], y «no debe el beneficiario desvirtuar una simple alegación» (60): SSTSJ de Cataluña de 15 de mayo de 1996 (Ar. 1647), y de 6 de noviembre de 1996 (Ar. 4093).
 - b) Respecto a la segunda (cómo), no existe unanimidad en la doctrina de suplicación sobre el tema, pese a que son líneas que pueden conciliarse en tanto no son radicalmente opuestas. Así, algunos pronunciamientos (a saber: SSTSJ de Cataluña de 3 de junio de 1997, Ar. 2432, y de 9 de julio de 1997, Ar. 2824) (61) han sostenido que basta con la puesta en escena de la vía de la presunción (aunque «siempre será más plena» la prueba de la Entidad Gestora, mediante datos consignados taxativamente en el expediente administrativo, con lo que enlaza esta posición con la segunda, que a continuación se relatará), medio lícito para obtener convicción según el artículo 1.215 del Código Civil.

(58) Así lo señaló el extinto TCT, en SSTCT de 30 de septiembre de 1981 (Ar. 5537) y 23 de febrero de 1987 (Ar. 1098); también el TS, en STS de 23 de febrero de 1987 (Ar. 1098).

(59) STSJ de La Rioja de 4 de marzo de 1997 (Ar. 639), fundamento de derecho cuarto.

(60) No sin cierta razón (matizable, como se verá), se ha puesto de relieve que si, primero, la Entidad Gestora se limita a justificar la minoración de bases en la genérica fórmula «incremento superior al establecido en el convenio aplicable o en el sector», y, después, en la contestación a la reclamación previa o en el acto de juicio imputa el fraude, con ello está invirtiendo indebidamente la carga de la prueba sobre las alegaciones así vertidas, exigiendo al beneficiario que justifique los aumentos. *Cfr.* VIVAS LARRUY, A.: *op. cit.*, pág. 32.

(61) Sintonizan plenamente estos pronunciamientos con la opinión de DE LA FUENTE, D.: «Incremento...», *op. cit.*, pág. 28.

En concreto, a través de la prueba de presunciones (art. 1.253 del Código Civil) encaminada a la obtención de «enlace directo entre los hechos probados y la presencia de fraude» según las reglas del criterio humano, se practica un «juicio de racionalidad» operativo tanto sobre la justificación o injustificación de los incrementos analizados, cuanto sobre la posición dentro de la empresa del beneficiario que le permita influir o no para obtener dicho incremento, especialmente si se detectan desajustes abusivos entre sus incrementos y los del resto de trabajadores de la empresa.

Por el contrario, otros pronunciamientos entienden que deben examinarse diversos criterios *ad casum* a los que puede acudir para valorar la existencia de un incremento injustificado, debiéndose probar por la Entidad Gestora (a la que se exige la práctica probatoria de tales extremos) la efectiva relevancia indiciaria de esos datos para acreditar el fraude. Criterios que, entre otros, son los siguientes: datos referentes a los máximos y mínimos de cotización para cada grupo y el debido soporte documental (impresos TC-2); las hojas de salario; la declaración de renta del interesado; el comportamiento de los aumentos en la plantilla de la empresa donde prestaba servicios el beneficiario-interesado; el aumento del IPC anual y su repercusión sobre las percepciones; o la historia laboral de la persona de referencia, datos todos ellos objetivados más allá de las propias declaraciones del interesado (STSJ de Cataluña, de 25 de septiembre de 1996, Ar. 4460). A estos criterios, la STSJ de Galicia, de 9 de julio de 1997 (Ar. 2824), añade, desde un posicionamiento ecléctico que conjuga y concilia los dos pareceres descritos, el examen de la posición del trabajador en la empresa que le permita influir o no para obtener tal incremento de bases, especialmente si le afectan únicamente a él, o en una proporción muy superior a la del resto de los trabajadores, a fin de comprobar si existe o no una razón objetiva para que dicho aumento deba o no ser considerado como abusivo (62). Parecer, el recién citado del Tribunal gallego, plenamente suscribible en tanto resuelve un caso que es clara muestra de que las situaciones de fraude «se dan, casi siempre, en trabajadores que pertenecen a los más altos grupos de cotización y que tienen plena capacidad de decisión en las empresas» (63).

- En línea de cierre, interesa precisar que no deben ser computados en la base reguladora los incrementos salariales provenientes de aumentos de operaciones de venta en la empresa (STSJ de Cataluña, de 21 de septiembre de 1994, Ar. 3874). Sí los que sean consecuencia de un ascenso real y efectivo en la empresa, según las previsiones convencionales (64): así

(62) En el caso de autos, la existencia de fraude es clara, ya que el beneficiario ostentaba el 80 por 100 del capital social de la empresa, de la que era a la vez administrador y gerente.

(63) DE LA FUENTE, D.: «Incremento...», *op. cit.*, pág. 28.

(64) El extinto TCT ya se había pronunciado en este sentido: así, en SSTCT de 5 de noviembre de 1983 (Ar. 9310), 25 de abril de 1988 (Ar. 3390), 26 de mayo de 1988 (Ar. 4144), 27 de septiembre de 1988 (Ar. 6047), 3 de abril de 1989 (Ar. 3066), 3 de mayo de 1989 (Ar. 3756), 22 de mayo de 1989 (Ar. 3999) y 22 de mayo de 1989 (Ar. 4005). A *contrario*, la inexistencia de ese ascenso comportaba la aplicación de la minoración del R.D.-L. 13/1981: así, SSTCT de 21 de septiembre de 1983 (Ar. 4262), 22 de mayo de 1985 (Ar. 2742), 4 de mayo de 1988 (Ar. 4015) y 18 de noviembre de 1988 (Ar. 7893).

y entre otras, SSTSJ de Madrid, de 23 de enero de 1991 (Ar. 862), 25 de enero de 1991 (Ar. 882) y 9 de septiembre de 1991 (Ar. 5235). Además, no sólo el ascenso según convenio, sino también la regularización salarial de pluses (65) y de antigüedad que opere acorde con las previsiones convencionales, son circunstancias que inducen a tomar en consideración los incrementos que de ellas se deriven, a efectos de su inclusión en la base reguladora: así, STSJ de Cantabria de 28 de abril de 1997 (Ar. 1434), en la que los incrementos operados obedecían a dichas circunstancias y se habían producido durante los siete años anteriores al hecho causante. En fin, los incrementos salariales no excesivos (en tanto se producen dentro de los márgenes y por debajo de los topes máximos del grupo de cotización del beneficiario para las respectivas anualidades) y no fraudulentos (si no ha existido prueba indiciaria bastante del fraude por parte la Entidad Gestora) deben incluirse en la base reguladora de la pensión de jubilación: así, SSTSJ de Cataluña de 15 de mayo de 1996 (Ar. 1647) y de 6 de noviembre de 1996 (Ar. 4093).

II. INCIDENCIA DEL DESEMPLEO EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Desarrolladas las cuestiones que integran el objeto del primer epígrafe de este estudio, se da paso, sin dilación y en las páginas que siguen, al análisis de otra materia que reviste idéntico nivel de interés: la de las diversas intersecciones jurídicas entre la prestación de desempleo y la pensión de jubilación.

En línea de principio, hay que señalar que la permanencia del beneficiario (o potencial beneficiario) de la pensión de jubilación en la situación de desempleo involuntario, comporta consecuencias nada desdeñables en el ámbito de dicha prestación vitalicia, no sólo porque puede condicionar el acceso a la misma (forzando la utilización del mecanismo del alta asimilada), sino porque determina la cuantía final de la prestación, habida cuenta, además, de la frecuencia con la que tales situaciones se producen en la práctica, por expulsión del trabajador del mercado de trabajo o por simple connivencia con el empresario para colocarse en el disfrute de prestaciones de desempleo, a fin de su posterior conexión con la pensión de jubilación. Sumado a ello, debe considerarse la existencia de otro punto de conexión entre ambas prestaciones, por cuanto el acceso a una (jubilación) es causa determinante de la extinción o, en su caso, denegación, de la otra (desempleo), lo cual da lugar a un supuesto, bien que peculiar, de «jubilación forzosa». Por lo demás, debe tenerse presente que la conexión de ambas situaciones protegidas ha merecido la atención del legislador, que ha configurado en el Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, un régimen especial de cálculo de la cuantía de la prestación en caso de jubilación anticipada voluntaria cuando la situación de procedencia sea, precisamente y no por casualidad, la de desempleo involuntario subsidiado.

(65) El extinto TCT ya había afirmado que la regularización de pluses salariales y su inclusión en la base de cotización, no comportaba la minoración de las mismas a efectos del cálculo de la pensión de jubilación: así y entre otras, STCT de 26 de octubre de 1988 (Ar. 6965).

En tal sentido, resulta particularmente interesante la situación del perceptor del subsidio asistencial para mayores de 52 años, especialmente porque la permanencia en la misma puede prolongarse durante años, con la consiguiente pérdida económica en el cálculo final de la prestación, y porque, determinando el alejamiento de la situación de activo respecto del momento del hecho causante, puede ocasionar importantes trastornos en el régimen de acceso a la prestación. Cuando menos, así lo ha parecido entender cierta jurisprudencia de suplicación (atinadamente corregida por la doctrina unificada del Tribunal Supremo), con mayor razón si la prestación se causa al amparo de las reglas del Reglamento CEE 1408/1971 cuando se hayan acreditado cotizaciones a distintos Estados de la Unión Europea, por cuanto el mencionado reglamento comunitario exige la acreditación de períodos de seguro, mas no de prestaciones (o de simple cobertura por el sistema de la Seguridad Social). El conjunto de efectos que genera la permanencia en tal situación, se completa con los que se derivan del mantenimiento de la obligación de cotizar a la contingencia de jubilación, por disposición expresa del artículo 218.2 LGSS, y sus correspondientes efectos no sólo para lucrar la prestación sino, en su caso, para incrementar su cuantía como consecuencia de la aplicación del porcentaje correspondiente al tramo temporal de carencia acreditado.

1. Acceso a la pensión.

La situación de desempleo constituye una de las posibles vías de acceso a la pensión de jubilación, por cuanto, de ser subsidiado, da lugar al mantenimiento del alta en el sistema de la Seguridad Social (art. 125.1 LGSS). Y puesto que se trata de un período en el que se prolonga la obligación de cotizar, las cuotas ingresadas durante el mismo servirán para lucrar pensión de jubilación. Ahora bien, tan clara y diáfana regla legal resulta oscurecida cuando concurren circunstancias especiales que obligan a un replanteamiento de la cuestión o, cuando menos, a un ejercicio de discriminación entre aquellas situaciones que encajan en el supuesto legal y aquellas otras que deben ser excluidas por no contemplarse expresamente ni ser susceptibles de interpretación analógica (*v.gr.*, el desempleo sin derecho a prestaciones y sin inscripción en la Oficina de Empleo, o el concepto de *período de seguro* como requisito de acceso a la pensión por aplicación del Reglamento CEE 1408/1971). A la delimitación de tan imprecisos contornos debe dedicarse especial atención en los próximos desarrollos del hilo discursivo.

1.1. Alta: el desempleo como situación asimilada al alta.

El acceso a la pensión de jubilación en su modalidad ordinaria no está condicionado al requisito general del alta, previsto en el artículo 124.1 LGSS y reservado, en lo que concierne a esta prestación (art. 161.1 en relación con la disposición transitoria tercera 1.2.º LGSS), al supuesto especial de la jubilación anticipada (STS de 27 de junio de 1994, Ar. 5491), desde que fuera relativizado el requisito del alta por la Ley 26/1985, de 31 de julio (recogiéndose dicha previsión en el art. 161.4 LGSS, y en la disposición transitoria novena O.M. de 18 de enero de 1967).

Ahora bien, el catálogo de situaciones asimiladas al alta que contemplan los artículos 1.2 de la O.M. de 18 de enero de 1967 -reglamento de la prestación- y 28 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (66), sigue siendo de aplicación, además de para determinar el acceso a la prestación en tales supuestos -jubilación anticipada, destacando especialmente la de origen voluntario, reconocida como beneficio especial a quienes hubieran sido mutualistas con anterioridad a la implantación del vigente sistema de Seguridad Social (67)-, para efectuar el cálculo de la carencia exigida para lucrar la prestación, por cuanto, siendo la situación de alta un período generalmente vinculado a la obligación de cotizar, resulta de extraordinaria importancia delimitar el momento a partir del cual debe iniciarse el cómputo de la carencia exigida por el artículo 161.1 b) LGSS -quince años-, ya que el citado precepto utiliza el mecanismo de la doble exigencia: carencia genérica (o período total de cotización al sistema) y carencia específica (o proximidad de la cotización al momento del hecho causante). Es precisamente el anacrónico (68) requisito de la carencia específica el que obliga al intérprete a acudir al mecanismo «auxiliador» de la asimilación al alta, permitiéndose a su cobijo neutralizar aquellos períodos en los que, existiendo desvinculación del sistema de la Seguridad Social, pudieran ocasionar la «pérdida» de la prestación por ausencia de proximidad en la última cotización efectivamente realizada a aquél, entendiéndose de esta manera producido el hecho causante en aquel momento en el que se extinguió la obligación de cotizar. De no exigirse la acreditación de un período de carencia específica, resultaría irrelevante la construcción jurídica de la asimilación al alta, ya que el reconocimiento de la pensión no la exige, salvo en el caso de que la jubilación sea anticipa-

(66) Lo son:

- 1.º la excedencia forzosa por ejercicio de cargo público o sindical, y el período de excedencia por cuidado de hijos (art. 9 LGSS y 46 ET);
- 2.º el traslado del trabajador a centros de trabajo radicados fuera del territorio del Estado (O.M. de 27 de enero de 1982);
- 3.º la suscripción de Convenio Especial con la Seguridad Social tras el cese en el trabajo (O.M. de 18 de julio de 1991);
- 4.º el Convenio con Diputados, Senadores, miembros del Gobierno y Parlamentarios de las CC.AA.;
- 5.º el desempleo involuntario total y subsidiado (art. 124.1 LGSS);
- 6.º la invalidez provisional (art. 161.3) y la prórroga de la incapacidad temporal (la prevista en el art. 131 bis) o incapacidad temporal tras la extinción del contrato de trabajo (es decir, es situación asimilada la de incapacidad temporal en todo caso);
- 7.º el período de percepción de la ayuda equivalente a la jubilación anticipada;
- 8.º los períodos de inactividad de los trabajadores fijos de temporada (O.M. de 23 de marzo de 1971);
- 9.º la percepción de prestaciones de la asistencia social (art. 9 O.M. de 31 de julio de 1972); y
- 10.º los períodos de cumplimiento de condena o sanción objeto de amnistía (Ley 46/1977, de 15 de octubre).

(67) Sobre tal supuesto y la admisión de la situación de desempleo involuntario como circunstancia idónea para anticipar la edad de jubilación ordinaria, STS de 27 de junio de 1994 (Ar. 5491); SSTSJ de Cataluña, de 20 de diciembre de 1994 (Ar. 4833), de Aragón, de 8 de marzo de 1995 (Ar. 896), de Navarra, de 11 de abril de 1995 (Ar. 1394), que deniega el derecho precisamente por faltar la inscripción como demandante de empleo, de Andalucía/Málaga, de 12 de abril de 1996 (Ar. 2094).

(68) LÓPEZ CUMBRE, L. (*op. cit.*, pág. 66), recordando que en la tramitación parlamentaria de la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social (Ley 24/1997) ya se puso de manifiesto la obsolescencia del mantenimiento de tal sistema de acceso a la prestación (Enmiendas números 13 del Grupo IU-IC y 88 del Grupo Mixto-BONG, al Proyecto de Ley de la Ley 24/1997, en BOCG de 28 de febrero de 1997, págs. 20 y 43 respectivamente). ALONSO OLEA (*Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 1995, págs. 228 y 229) también nos recuerda la obsolescencia de tal mecanismo, pensado para efectuar el cálculo de la base reguladora sobre bases reales cuando aquél se realizaba sobre las correspondientes a 24 meses dentro de un período de siete años, por tanto, hasta la Ley 26/1985, de 31 de julio.

da. En consecuencia, la aplicación del requisito general del alta se reduce, en el ámbito de las pensiones de jubilación, a la determinación del período de carencia específica y a posibilitar la anticipación de la edad de jubilación.

Y, en este contexto, ha sido especialmente intensa la actividad jurisdiccional en torno a la delimitación de las situaciones que debían entenderse como supuestos asimilables al alta. Entre ellas, el artículo 125.1 LGSS, así como el artículo 1.2 d) O.M. de 18 de enero de 1967, contemplan la del *desempleo total subsidiado*. Por su parte, el apartado e) del mismo precepto y la disposición adicional segunda de la Ley 26/1985, de 31 de julio, entendió equiparable a ésta, como situación asimilada al alta (pero no como período cotizado), la situación de aquel beneficiario que, *tras el agotamiento de las prestaciones por desempleo*, continuaba en situación de desempleo involuntario (suprimiéndose en la Ley 26/1985 la condición de que éste tuviera una edad superior a los 55 años). Sin embargo, ni la LGSS ni el reglamento de la prestación (O.M. de 18 de enero de 1967) habían contemplado la situación genérica del «desempleo involuntario», entendida como aquella que resulta protegida vía prestaciones como aquella otra en la que, existiendo la situación legal de desempleo, no se devengan prestaciones, siendo la jurisprudencia la que ha extendido el concepto de situación asimilada más allá de los límites del hoy artículo 125.1 LGSS, para, a partir de ahí, construir todo un régimen de acceso a la prestación desde la situación de desempleo involuntario, con expresión de las situaciones que deben recibir tal privilegio y exclusión de aquellas otras que, por no encajar en el concepto de «desempleo involuntario» establecido por la legislación reguladora de las prestaciones -actualmente el Título III de la LGSS- y conformado por la doctrina del Tribunal Supremo, no debían ser objeto de tratamiento especial y, por tanto, ser inhabilitantes para lucrar la pensión de jubilación.

El examen del *iter* legislativo-jurisprudencial al que acaba de aludirse permite extraer las siguientes conclusiones sintéticas:

SITUACIONES QUE CONFORMAN EL CONCEPTO DE «DESEMPLEO INVOLUNTARIO»:

En principio, de la literalidad del precepto (art. 125.1 del actual Texto Refundido de la LGSS), se deduce que constituye situación de alta a efectos de lucrar pensión de jubilación la percepción de las prestaciones por desempleo del nivel contributivo, por tratarse de una situación que da lugar al mantenimiento de la obligación de cotizar, a cargo de la entidad gestora de la prestación (INEM) y del propio beneficiario de la misma (según el mecanismo del descuento por la entidad gestora), *ex* artículos 206.1.1 y 214 LGSS. Debe añadirse que la situación protegida es el desempleo *total*, ya que el parcial, por constituir un supuesto de reducción de la jornada y consiguiente mantenimiento de la prestación de servicios y, por supuesto, de la vigencia del contrato de trabajo, no exige la creación de una situación asimilada, pues ya es en sí misma situación de alta.

Ahora bien, pronto la jurisprudencia -no sólo en interpretación de las normas sobre jubilación, sino también para el resto de las prestaciones de naturaleza vitalicia- se comenzó a cuestionar si, persistiendo la situación de desempleo involuntario, tras el agotamiento de las prestacio-

nes, no debía mantenerse también la asimilación al alta, por cuanto la situación protegida era esencialmente la misma -la expulsión del mercado de trabajo del trabajador, involuntariamente apartado del mismo-, salvando el obstáculo de la desvinculación del sistema operada a consecuencia del cese en la obligación de cotizar, y con independencia de la edad del causante (la doctrina se recoge en las Resoluciones de 2 de febrero de 1971 y posteriormente se ratifica en la disposición adicional segunda de la Ley 26/1985, de 31 de julio, a la que sigue la Resolución núm. 13 de 31 de julio de 1989, siendo confirmada en las SSTS de 16 de septiembre y 6 de noviembre de 1991, Ar. 7177 y 8202). Tal argumento pronto sirvió para la conservación del beneficio por parte de aquellos que se veían perjudicados en su voluntad de trabajar y así lo manifestaban mediante el mantenimiento de la demanda de empleo en la correspondiente Oficina de Empleo, aun cuando el lapso temporal transcurrido entre ambos eventos (agotamiento de las prestaciones y acceso a la pensión) fuera prolongado: STS de 29 de mayo de 1992, u.d. (Ar. 3619) (69), que no viene más que a confirmar la práctica admitida por la Resolución DGRJSS de 21 de julio de 1988.

Esta nueva situación de hecho admitida por la jurisprudencia dio origen a toda una doctrina en torno al concepto de «involuntariedad» en el desempleo o, lo que es lo mismo, sobre las situaciones en las que existe mantenimiento de la demanda de empleo, lo cual pronto ocasionó la necesidad de determinar qué otros supuestos en los que, existiendo una interrupción en la demanda de empleo, producían la ruptura del nexo de unión con el sistema de la Seguridad Social, determinando la pérdida de tan singular beneficio. Y si la inscripción como demandante de empleo permite configurar la situación como asimilación al alta, resulta de suma importancia delimitar tal concepto, a cuyo efecto la jurisprudencia optó por exigir que aquella fuera *ininterrumpida*. El siguiente paso que exigía esta peculiar construcción jurídica era la definición del determinante elemento de la «ininterrupción», es decir, cuándo podía entenderse que la inscripción era *ininterrumpida*. Sobre el particular se pronunció el Tribunal Supremo en la STS de 29 de mayo de 1992, u.d. (Ar. 3619), que entiende que sólo cuando la voluntad real de trabajar (70), manifestada en la inscripción como demandante de empleo, se haya mantenido constantemente, será asimilable a la situación de alta el paro involuntario subsiguiente al agotamiento de las prestaciones. Por ello, la tardía inscripción no es suficiente para considerarse paro involuntario todo el período transcurrido desde el cese o agotamiento de la prestación por desempleo (STS de 17 de noviembre de 1992, Ar. 8816).

La admisión de tal hipótesis -paro subsiguiente al agotamiento de las prestaciones, con mantenimiento de la demanda de empleo- significaba también que situaciones similares a ella debieran recibir el mismo trato. De ahí que se configurara como situación asimilada también la de aquellos que, hallándose en desempleo involuntario, *no pudieran acceder a la prestación contributiva de desempleo* por ausencia de carencia suficiente, siempre y cuando figura-

(69) La doctrina se reitera en las SSTS de 17 de noviembre de 1992 (Ar. 8816) y de 1 de abril de 1993 (Ar. 2897).

(70) Se argumenta en la misma que existe un *animus laborandi* avalado por «la inscripción actualizada como demandante de trabajo en la oficina de empleo, que se revela como instrumento justificativo de esa involuntariedad en el paro laboral a los fines de, en su caso, posibilitar el acceso a prestaciones de la Seguridad Social.»

ran inscritos como demandantes de empleo en la Oficina de Empleo, a pesar de que este supuesto no estuviera expresamente admitido en la ley. Así se entendió por la Administración de la Seguridad Social en las Circulares del INSS núm. 15 de 1977 y núm. 30 de 1988. A la inversa, el paro involuntario no subsidiado y no registrado en la Oficina de Empleo no es situación asimilada al alta ni tiene virtualidad alguna para aplicar la doctrina del paréntesis a efectos de carencia específica [SSTS de 29 de mayo de 1992, u.d., Ar. 3619, y de 1 de abril de 1993, Ar. 2897 (71)].

Como en el caso anterior (pues la doctrina es homogénea para ambos supuestos: paro subsiguiente al subsidio y paro no subsidiado), se admiten, por parte de la doctrina de suplicación, ciertos períodos de interrupción en la demanda de empleo por parte del desempleado sin derecho a subsidio, siempre y cuando sean «breves» [SSTSJ de Galicia, de 11 de julio de 1995, Ar. 2793, del TSJ de Cataluña, de 14 de marzo de 1994, Ar. 1267 (72), y de 10 de enero de 1997, Ar. 828]. La STSJ de Cataluña, de 2 de diciembre de 1994 (Ar. 4787), niega que la inscripción sea ininterrumpida si no se produjo desde la declaración de incapacidad permanente total, sino desde la revocación de la invalidez. En el mismo sentido, STSJ de Andalucía (Málaga), de 12 de abril de 1996 (Ar. 2094).

En cualquier caso, el requisito de la inscripción como demandante de empleo puede obviarse si existió causa impeditiva o justificativa de la conducta omisiva, tal como la interposición de demanda por despido (STSJ de Madrid de 17 de febrero de 1997, Ar. 461) (73).

Este complejo de situaciones protegidas bajo el común denominador de «desempleo involuntario» ha dado lugar durante los últimos años a una abundante jurisprudencia, no sólo en relación con la pensión de jubilación, sino con las que integran el conjunto de las prestaciones por muerte y supervivencia (pues la circunstancia habilitante es idéntica en todos los casos, con independencia del tipo de pensión de que se trate), caracterizada por un extraordinario casuismo en suplicación, que puede sintetizarse de la siguiente forma, introduciendo las pertinentes distinciones:

-
- (71) Siguen la referida doctrina las SSTSJ de Cantabria, de 29 de septiembre de 1994 (Ar. 3334), Aragón, de 8 de marzo de 1995 (Ar. 896), Navarra, de 11 de abril de 1995 (Ar. 1394), y Cataluña, de 26 de noviembre de 1997 (Ar. 394).
 - (72) Se trataba de un caso de un pensionista de invalidez permanente total cuya incapacidad le permite permanecer en el mercado de trabajo, equiparándose a cualquier otro trabajador, y, por tanto, le obliga a figurar inscrito como demandante de empleo si desea conservar el alta en el sistema de la Seguridad Social.
 - (73) Las Circulares del INSS (núm. 13 de 31 de julio de 1989) y Resoluciones de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social (Resolución de 20 de octubre de 1989) recogen un catálogo de situaciones excepcionales en las que se mantiene la demanda de empleo, a pesar de que formalmente no sea así por causa de imposibilidad física: *v.gr.*, patologías o trastornos transitorios que impiden al trabajador acudir a la oficina de empleo. Así, padecer una enfermedad como el SIDA (STSJ Extremadura, de 4 de octubre de 1995, Ar. 4054) o el cáncer (STSJ Cataluña, de 22 de noviembre de 1995, Ar. 4479), pues, como afirma la STSJ Cataluña, de 21 de febrero de 1995 (Ar. 727), sobre prestaciones por muerte y supervivencia (como las dos anteriores citadas), la finalidad de tal flexibilización es «evitar que situaciones continuadas y regulares de permanencia en la Seguridad Social, se vean finalmente truncadas por acontecimientos que tienen por común denominador ser extraños a la voluntad del beneficiario o causante».

- El paro involuntario y subsiguiente inscripción como desempleado de un trabajador del RETA (STSJ de Cataluña, de 30 de mayo de 1997, Ar. 1973).
- La situación del emigrante retornado -tenga o no derecho a las prestaciones, pues ésta es una de las situaciones que el art. 208 LGSS configura como desempleo involuntario- inscrito como demandante de empleo, al que, además, le resulta aplicable la doctrina del paréntesis (STSJ de Madrid, de 25 de noviembre de 1993, Ar. 5065).
- El desempleo involuntario con inscripción en la Oficina de Empleo, tras la excarcelación, al que deben hacerse extensibles las anteriores consideraciones predicadas del emigrante retornado, *ex* artículo 208 LGSS (STSJ de Andalucía/Málaga, de 1 de marzo de 1996, Ar. 1195).

SITUACIONES QUE NO ADMITEN SER CONCEPTUADAS COMO DESEMPLEO INVOLUNTARIO:

En relación con el concepto de desempleo involuntario en tanto situación asimilada al alta a efectos de la pensión de jubilación es especialmente significativa en el orden litigioso la prolijidad de nuestros tribunales en torno a la consideración de la invalidez o incapacidad permanente como circunstancia que, conectada con la situación de desempleo, permite acceder a la pensión de jubilación, a través del mantenimiento de la vinculación con la situación de activo en el sistema de la Seguridad Social recurriendo al mecanismo de la inscripción como demandante de empleo (instrumento que permite conectar ambas situaciones pensionadas, cubriendo el período intermedio entre ambas y sustituyéndolo por un tiempo de activo, al menos de «voluntad» en la permanencia en activo, que permita salvar el requisito, si no del alta, pues no se exige en el art. 161 LGSS, sí de la carencia específica). Tan enrevesado procedimiento, puesto frecuentemente en práctica con objeto de obtener finalmente el reconocimiento de la prestación, ha sido también habitualmente rechazado por mecanismo idóneo a tal efecto por la jurisprudencia. No obstante, debe matizarse la anterior afirmación, por cuanto el rechazo no ha sido absoluto e indiscriminado, sino que, por el contrario, determinadas situaciones, cuando se han hallado elementos de auténtica voluntad de trabajar concurrente con una situación imposibilitante, han sido admitidas como alta asimilada: así, la incapacidad permanente total *cualificada* concurrente con situación de paro involuntario no subsidiado con inscripción como demandante de empleo (admitida por las SSTSJ de Cataluña, de 13 de septiembre de 1993, Ar. 3828, y de Galicia, de 29 de enero de 1997, Ar. 18), o la simple condición de pensionista de incapacidad permanente total con inscripción ininterrumpida en la Oficina de Empleo, pues aquélla es compatible con la permanencia en activo y exige al trabajador la misma diligencia que a cualquier otro (STSJ de Cataluña, de 10 de enero de 1996, Ar. 844).

Ello sin perjuicio de que otra situación, substancialmente diferente, constituya asimilación al alta por circunstancias concurrentes: tal es el caso de cese en un trabajo posterior a la declaración de incapacidad permanente, compatible con la condición de pensionista (STS de 22 de abril de 1992, u.d., Ar. 2669).

Han sido objeto de rechazo jurisprudencial las siguientes:

- La condición de pensionista de invalidez permanente parcial o total [STS de 22 de abril de 1992, u.d., Ar. 2669, a la que siguen las SSTSJ de Cataluña, de 18 de enero de 1993, Ar. 412; STSJ de la Comunidad Valenciana, de 13 de enero de 1994, Ar. 348 (menor de 65 años); STSJ de Cataluña, de 10 de marzo de 1994, Ar. 1258; STSJ de Cataluña, de 14 de marzo de 1994, Ar. 1267].
- La incapacidad permanente total cualificada concurrente con situación de paro involuntario no subsidiado no será situación asimilada si no existe inscripción como demandante de empleo (STSJ de Cataluña, de 13 de septiembre de 1993, Ar. 3828, y STSJ de Galicia, de 29 de enero de 1997, Ar. 18) (74).
- La invalidez provisional no es por sí misma situación privilegiada para mantener el alta tras su agotamiento, aunque exista posterior inscripción como demandante de empleo tras su extinción, según entiende la STSJ del País Vasco, de 21 de enero de 1997 (Ar. 623).

Existen otras situaciones concurrentes con la de desempleo que también han sido objeto de litigio, si bien con menor asiduidad que la de invalidez permanente. Merecen destacarse la de prejubilación en el Régimen Especial de la Minería sin inscripción como demandante de empleo, declarada como situación excluida del concepto de situación asimilada (STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 4 de enero de 1994, Ar. 257).

1.2. Carencia: el cómputo del período de desempleo subsidiado como tiempo de cotización y la neutralización de los períodos no subsidiados.

El requisito de la carencia es configurado legalmente a través de un doble parámetro: la acreditación de una carrera de seguro prolongada en el tiempo -carencia genérica-, que el artículo 165 LGSS fija en 15 años, y la proximidad de dicha carencia al momento del hecho causante -carencia específica-, que exige acercarse parte del tramo de la cotización exigida al momento de cumplir la edad ordinaria de jubilación [65 años, *ex art.* 161.1 a) LGSS], siendo de dos años dentro de los últimos quince anteriores al hecho causante. La doble construcción del requisito, tan frecuente en el sistema español de Seguridad Social (pues no debe olvidarse que la práctica totalidad de las prestaciones condicionadas a la acreditación de un cierto período de carencia utilizan idéntico mecanismo, que evita que las mismas cotizaciones sirvan para generar dos derechos diferentes en períodos de tiempo alejados entre sí, o lo que es lo mismo, que baste un determinado período de cotización para lucrar múltiples prestaciones futuras), fuerza la interpretación del precepto cuando su aplicación literal daría -injustamente- lugar a la denegación del derecho a quienes hubieran acreditado una prolonga-

(74) Es reiterada doctrina, que no constituye situación asimilada al alta el período de tramitación de los expedientes de invalidez. Así se deduce de la STS de 18 de enero de 1993 (Ar. 96), recogida por la STSJ de Galicia, de 29 de enero de 1997 (Ar. 18).

da vida laboral, por interrupción de la misma en el período anterior al momento del hecho causante. Para ello resultó decisiva la intervención del extinto Tribunal Central de Trabajo, construyendo, en la Sentencia de 10 de noviembre de 1988 (Ar. 7850) la llamada «teoría del paréntesis», conforme a la cual la extinción involuntaria de la obligación de cotizar determina la retroacción de la fecha del hecho causante a ese preciso momento, eliminando aquellos períodos de inactividad sin cotización o, lo que es lo mismo, retrotrayendo el período de cómputo de la carencia genérica introducida por la Ley 26/1985. Esta peculiar construcción jurídica se presentaba como mecanismo de justicia para el trabajador de edad madura que se veía sometido a la desagradable experiencia del desempleo (y sus especialmente negativas connotaciones para este tipo de trabajadores) en fechas próximas a la jubilación.

En cualquier caso, su aplicación quedaba sometida a la existencia de un elemento justificativo, extensamente descrito en páginas anteriores: la involuntariedad de la situación que determinaba la inactividad del trabajador. Para ello debían valorarse las circunstancias del caso y especialmente la intervención de la voluntad del sujeto en tan nefasta consecuencia (a la que se pretendía poner fin) (75).

Partiendo del hecho irrefutable de que la consideración del período de desempleo como asimilación al alta carece de efectos en materia de cotización (o, expresado en otros términos, que ambos requisitos, alta y carencia, funcionan de forma independiente, según normas diferentes) y que, en consecuencia, la asimilación de tal período a período de alta no tiene por qué comportar la asimilación del período a período de cotización, sino al contrario (pues debiera provocar el efecto inverso, por tratarse de períodos de «inclusión activa» en el sistema de la Seguridad Social), debe atenderse a estos períodos de ausencia de cotización para determinar su incidencia en el acceso a la pensión.

La disposición adicional segunda de la Ley 26/1985, de 31 de julio, asimiló tales períodos al alta, pero no les concedió efectos en materia de cotización. De tal modo, se producía una digresión en torno a la circunstancia del desempleo no subsidiado -por falta de reconocimiento del derecho o por agotamiento de las prestaciones-, por cuanto la asimilación al alta permitía considerar que no habían existido períodos «vacíos» o de desconexión del sistema de la Seguridad Social, mientras que, por otra parte, existiendo realmente dicha desvinculación, ésta podía producir, por otra vía, el cierre del acceso a la pensión (que se había posibilitado mediante el mecanismo de la asimilación al alta), por no acreditarse la proximidad en la cotización o carencia específica exigida por la Ley 26/1985 y el TRLGSS (de 1974 primero y de 1994 después). La solución vino de la mano de la jurisprudencia, mediante la técnica conocida como «doctrina del paréntesis», que permitía neutralizar dichos períodos, situando el inicio del cómputo de la carencia específica en un momento anterior, para contabilizar períodos en los que sí existió obligación de cotizar.

(75) Señala MERCADER UGUINA («La reforma de la acción protectora...», *op. cit.*, pág. 68) la defectuosa aplicación de un mecanismo que *a priori* se presentaba como una ventajosa y útil aportación jurídica al régimen de las pensiones, al verse empañada por la falta de claridad respecto de las pensiones que podían beneficiarse de la misma, y, especialmente, por los difusos contornos de las situaciones que, en principio encajables en un mismo concepto (*v.gr.*, el de desempleo), parecían constituir supuestos de hecho merecedores de soluciones diferentes, atendiendo a las circunstancias del caso. Es indudable la extraordinaria casuística que acompaña a esta curiosa teoría, que el autor señala como causa de la debilitación de los efectos de esta solución judicial.

Las tradicionales circunstancias admitidas por la jurisprudencia [STS de 29 de mayo de 1992, Ar. 3619 (76)] y por la Administración de la Seguridad Social (Circular 13/1989, de 31 de julio, y Resolución de 21 de julio de 1988) como factores merecedores de la «dulcificación» de tal requisito -recurriendo a la doctrina del paréntesis- son la invalidez provisional y el desempleo involuntario, cuya duración queda neutralizada como período no computable en el cálculo de la carencia específica, retrotrayendo, por tanto, el período computable hasta el momento en el que tal situación involuntaria tuvo lugar, si a la misma no ha sucedido período de actividad, o, si hubo períodos de actividad cotizada intermedios, eliminando tales períodos neutros y retrotrayendo el cómputo tanto cuando como el de efectiva duración del desempleo involuntario (77).

En cualquier caso, la referida doctrina del paréntesis ha recibido, como otras tantas figuras de creación jurisprudencial en su momento, respaldo legal a través de la Ley 24/1997, por la que se modifica la redacción del párrafo b) del artículo 161.1 LGSS, introduciendo una distinción entre las situaciones de alta y de no alta respecto al acceso a la prestación («en los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de los dos años... deberá estar comprendido dentro de los quince años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar»), en virtud de la cual se modula la carencia específica cuando se acceda desde la situación de alta sin cotización actual (*v.gr.*, situación de desempleo) (78).

En cuanto al concepto de «involuntariedad», ha de estarse a la definición jurisprudencial anteriormente referida, es decir, la equivalencia entre involuntariedad e inscripción continuada como demandante de empleo (de nuevo debe citarse la STS de 29 de mayo de 1992, u.d., Ar. 3619). Obsérvese la conexión de este tema con el de la asimilación al alta, que provoca que en la práctica todos los litigios sobre el mismo aborden ambas cuestiones, indisolublemente separadas a estos efectos. Por tanto, son aplicables aquí las mismas consideraciones realizadas en materia de asimilación al alta, a la que deben añadirse las siguientes precisiones:

- En virtud de la STS de 29 de mayo de 1992, u.d. (Ar. 3619), la voluntad real de trabajar debe ser constante, pues, de lo contrario, el período no podrá neutralizarse. Ciertas hipótesis, por producir la desvinculación con el sistema de la Seguridad Social, no recibiendo

(76) En el mismo sentido, STSJ de Madrid, de 13 de septiembre de 1993 (Ar. 4173), y de 25 de noviembre de 1993 (Ar. 5065), que aplica la doctrina del paréntesis a emigrante retornado inscrito como demandante de empleo, y STSJ de Cataluña, de 8 de septiembre de 1995 (Ar. 3525), entre otras. Sobre el concepto de paréntesis no computable cuando la situación enjuiciada es la de desempleo involuntario, STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 1 de marzo de 1994 (Ar. 1063). También STSJ de Galicia, de 11 de julio de 1994 (Ar. 2845).

(77) Puede hablarse, por tanto, de un doble efecto de la doctrina del paréntesis, o de una doble escala de aplicación de la misma: la primera sería la aplicación a los períodos «vacíos» inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, y la segunda sería de aplicación a esos otros períodos vacíos localizados en otras fechas intermedias, pero que también producen un efecto negativo a partir de la utilización del método de cálculo de la carencia específica que regula la Ley 26/1985 y hoy la LGSS.

(78) Debe tenerse en cuenta el período transitorio que establece la disposición transitoria cuarta apartado 4, concediendo durante el año 1997 una reducción del período de quince años a diez.

la consideración de situación asimilada, tampoco van a permitir la neutralización de los períodos correspondientes, lo cual significa que no serán neutralizados ni aquellos en los que el requisito de la inscripción se produjo ni, en consecuencia, los períodos anteriores, pues, desde el momento en el que se produce la ruptura del nexo de unión, deviene ineficaz la conducta posterior del interesado (cuya diligencia tardía no le va a permitir salvar retroactivamente períodos en los que no existió el alta). Ello significa, como ya se indicó anteriormente, que la inscripción tardía como demandante de empleo carece de virtualidad para convertir en paro involuntario -y por tanto, recomponer el nexo de unión con el sistema de Seguridad Social, roto a consecuencia de la conducta negligente del trabajador- todo el período transcurrido desde el cese o agotamiento de la prestación por desempleo (STS de 17 de noviembre de 1992, Ar. 8816), aun cuando se admitan breves interrupciones intermedias.

- A efectos de delimitar el preciso momento a partir del cual debe actuar la neutralización, la STS de 15 de octubre de 1993 (Ar. 7604) entiende que el inicio del cómputo del período de carencia específica debe situarse en el momento en el que se produjo la situación de desempleo involuntario y no aquel en el que solicitó el subsidio. En tal sentido, declara la STSJ del País Vasco, de 21 de enero de 1997 (Ar. 623), que no es período neutralizable el correspondiente a invalidez provisional seguida de situación de desempleo.
- El período de inscripción como demandante de empleo por parte del pensionista de invalidez no puede considerarse período de carencia específica a efectos de la aplicación de la doctrina del paréntesis, exigiéndose período efectivo de actividad, pues, de lo contrario, las cotizaciones que sirvieron para lucrar una pensión pueden dar derecho a otra [SSTS de 1 de abril de 1993, Ar. 2897, de 1 de julio de 1993, Ar. 6879, y de 14 de abril de 1994, Ar. 3241 (79)].

En cuanto al cómputo de la *carencia genérica* cuando el solicitante de la prestación proviene de la situación de desempleo, deben efectuarse las siguientes consideraciones:

- a) En primer lugar, la percepción de las prestaciones de desempleo en su nivel contributivo incluye, como contenido de las mismas, el abono de las cotizaciones a la Seguridad Social [art. 206.1 b) LGSS], que servirán para lucrar pensión de jubilación. Ahora bien, si dichas cotizaciones se corresponden con un período de percepción indebida de la prestación, siendo la cotización parte del contenido de ésta, devendrán ineficaces a efectos de cómputo de la carencia: tal es el caso de las realizadas durante la situación de desempleo por trabajador mayor de 65 años, pues, siendo requisito de acceso a la prestación por desempleo, *ex* artículo 207 LGSS, que el solicitante no haya alcanzado la edad ordinaria de jubilación, el reconocimiento de aquella por la entidad gestora será indebido, careciendo totalmente de ulteriores efectos. Consecuente con ello, las correspondientes cotizaciones no permi-

(79) La STS de 19 de febrero de 1993 (Ar. 2198) sí la admite.

ten lucrar jubilación, no siendo, en consecuencia, computables, aun cuando el INEM no haya iniciado expediente de reintegro de prestaciones indebidas, si no ha transcurrido el plazo de prescripción de cinco años [STSJ de Madrid (Sección 4.ª), de 28 de abril de 1997, Ar. 1371 (80)]. Sin embargo, la STS de 23 de junio de 1997, u.d. (Ar. 5136), en la que se juzga si las cotizaciones realizadas durante la percepción del subsidio de prejubilación son válidas para lucrar pensión de jubilación, admite el cómputo de las cotizaciones indebidamente percibidas en tal situación si la entidad gestora no corrigió debidamente la irregularidad.

- b) Son computables las cotizaciones realizadas durante la percepción de prestaciones de desempleo, aun cuando éstas hubieran sido percibidas en otro Estado de acuerdo con la legislación de éste, siendo un período asimilable al de empleo, por aplicación del artículo 45.6 del Reglamento CEE 1408/1971, de 14 de junio (actualizado por los Reglamentos 2001/1983 y 1248/1992, de 30 de abril). El párrafo segundo de dicho Reglamento dispone, además, que si el período de desempleo completo cumplido sólo puede tomarse en consideración si se han cumplido períodos de cotización en el país de residencia del interesado, la condición se considerará cumplida si los períodos de cotización se han cumplido en otro Estado miembro (salvo que la pensión se devengue de acuerdo con la aplicación exclusiva de la legislación de un solo Estado miembro, en cuyo caso la legislación de éste podrá prever la exclusión del cómputo de otras cotizaciones -SSTJ-CE 98/77, *Asunto Schaap*, 41/77, *Asunto Kelly*, y 197/85, *Asunto Stefanutti*, entre otras-, lo cual no ocurre en la legislación española).
- c) El acceso al nivel asistencial de la prestación cierra el de la pensión de jubilación (81), por extinción de la obligación de cotizar, como se establece en el artículo 125.1 LGSS y como viene argumentando el Tribunal Supremo en doctrina constante [Sentencias de 11 de junio de 1991, en recurso extraordinario de revisión, y de 26 de julio de 1993 (82), u.d., según la

(80) En el supuesto enjuiciado, el beneficiario de la prestación había obtenido indebidamente su reconocimiento, por tener ya la edad de 65 años en dicho momento y cumplir todos los requisitos para acceder a la jubilación, tanto la carencia genérica como la específica. Se argumenta en el fundamento de derecho cuarto que «el artículo 5.1 d) de la Ley 31/1984, de 2 agosto -art. 207 d) de la vigente Ley General de la Seguridad Social- establece, como uno de los requisitos para el nacimiento del derecho a la prestación contributiva por desempleo, no haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar la pensión de jubilación (...). Pues bien, en el presente caso, también deviene llano, en primer lugar que el demandante, al tener cumplidos los 65 años (...), había alcanzado la edad ordinaria para causar la pensión de jubilación... (...) La circunstancia de que el INEM, en el acto del juicio, se hubiese limitado a aducir la falta de legitimación pasiva, sin hacer oposición alguna respecto de la prestación por desempleo que había reconocido al actor, no confiere validez -a los efectos postulados, por éste, respecto de una prestación distinta y reconocida por una Entidad Gestora diferente- a las cotizaciones que, como consecuencia, hubiesen sido satisfechas, cuando, en realidad era improcedente su abono, no pudiendo, por ello, tenerse en cuenta, como se pretende, para el cálculo de la base reguladora y el porcentaje de la pensión de jubilación, debiendo considerar ajustada a Derecho, consiguientemente, la Resolución del INSS, al no computar, en el cálculo de la base reguladora y el porcentaje, las cotizaciones posteriores al cese en el trabajo.»

(81) Aunque se admita por la jurisprudencia a efectos de las prestaciones por muerte y supervivencia (STS 25 de junio de 1993, Ar. 4923) y STSJ de Aragón 26 de enero de 1994, (Ar. 35).

(82) Ar. 5980.

cual la derogada L.P.D. de 2 de agosto de 1984 -entiéndase también su reglamento de desarrollo- le da a la expresión «prestación por desempleo» el sentido de prestación contributiva (83), y de 28 de abril de 1995, u.d., en la que se da por reproducida la anterior (84) y como mantuviera en su día el extinto Tribunal Central de Trabajo [Sentencias de 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1987 (85) y de 12 de diciembre de 1988 (86)]. Ahora bien, y al margen de que, a efectos de jubilación, deba considerarse también asimilada al alta esta situación, por razones de coherencia (pues se admite que lo sea el desempleo involuntario que subsiste tras el agotamiento de las prestaciones (87), dentro del amplio abanico de subsidios que conforman la protección asistencial por desempleo), existe uno de carácter especial que da lugar al mantenimiento de la obligación de cotizar por la contingencia de jubilación [además de las de asistencia sanitaria y prestaciones familiares, únicas cuotas que deben ingresarse con ocasión del ingreso en el nivel asistencial de la prestación, según establece el art. 206.2 b) LGSS], por expresa disposición del artículo 218.2 LGSS. Ello va a significar no sólo que se posibilite el acceso a la pensión desde tan peculiar subsidio asistencial, sino -y lo que es más importante- que el mantenimiento en el mismo sirva para acumular cotizaciones para generar el derecho, o, en su caso, para incrementar la cuantía de la prestación. La relevancia de esta cuestión merece un trato diferenciado, como el que se efectúa a continuación.

1.3. Acceso a la pensión desde la percepción del subsidio de prejubilación. Aplicación del Reglamento 1408/1971 a las pensiones causadas a través de cotizaciones a distintos Estados y concepto de «período de seguro».

La percepción del subsidio especial de *prejubilación* (88) que regula el artículo 215.1.3 LGSS es un supuesto harto singular en términos jurídicos. Mediante el mismo, un desempleado que, habiendo o no agotado prestaciones contributivas o asistenciales por desempleo (pues cabe que previamente haya disfrutado de un subsidio asistencial por desempleo), y cuya edad sea superior a los 52

(83) «...la expresión prestación por desempleo se identifica con la prestación contributiva, como beneficio distinto del subsidio por desempleo». «Esa distinta naturaleza tiene incidencia en el régimen jurídico de uno y otro nivel, que se manifiesta no sólo en muy distinto sistema de protección económica, sino también en otros aspectos como en el de la cotización a la Seguridad Social».

(84) Ar. 4439.

(85) Ar. 23911 y 27577.

(86) Ar. 8293.

(87) Se entienda la expresión como «prestación del nivel contributivo» o como prestaciones de desempleo, en general, el efecto asimilador a la situación de alta es el mismo.

(88) Denominación acuñada y criticada por la doctrina (ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA), por no corresponderse con la verdadera situación del desempleado, sometido al mismo régimen jurídico que el resto de beneficiarios de prestaciones por desempleo. Se trata de una situación en absoluto equiparable a la prejubilación o jubilación anticipada, que puede causarse bajo otros mecanismos, como el de los expedientes de crisis por reconversión o reindustrialización del sector. En opinión de GONZÁLEZ ORTEGA («La protección por desempleo». IV Congreso Nacional

años, puede colocarse en una situación privilegiada para lucrar pensión de jubilación si cumple todos los requisitos, salvo el de la edad, para acceder a la misma (89), y ha cotizado seis años a la contingencia de desempleo (90) (amén del presupuesto de hecho que condiciona la entrada en el nivel asistencial de la prestación: la carencia de rentas *suficientes*). Este supuesto constituye una hipótesis expresamente ideada por el legislador para facilitar el acceso a la pensión de jubilación desde la situación de desempleo, o, si se quiere, para mantener al beneficiario en una situación *definitiva* de amparo prestacional, en el sistema de la Seguridad Social.

Pero los efectos de tal beneficio no sólo alcanzan al reconocimiento del derecho, sino que trascienden también al ámbito de la cotización y su reflejo en la cuantía final de la pensión, sin olvidar la incidencia de la «reducida» base de cotización en todos los supuestos de desempleo sobre el cálculo de la base reguladora.

de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Santa Cruz de Tenerife, mayo 1993. III Ponencia, ejemplar mecanografiado, pág. 20), la situación no deja de ser en la práctica una prejubilación, pues así parece deducirse de la intención del legislador, manifestada en la regulación del subsidio como «puente entre la situación de activo y la de jubilado», en razón de la alta tasa de desempleo juvenil en nuestro país, y consiguiente apartamiento del trabajador de edad avanzada del mercado de trabajo. Sobre este especial subsidio, *vid.* también BOTANA LÓPEZ: «Prestación asistencial para mayores de cincuenta y dos años», en *Prestación por desempleo*, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 125-ss., y GÓMEZ ABELLEIRA: «El subsidio por desempleo para los migrantes comunitarios mayores de cincuenta y dos años», *Documentación Laboral*, núm. 47-1995, pág. 137-ss.

- (89) «A cualquier tipo de jubilación en el Sistema de Seguridad Social» (art. 13.2 de la derogada Ley 31/1984, de Protección por Desempleo, en la redacción dada por el R.D.-L. 3/1989, a partir de la STC 209/1987, que modificó la alusión del art. 7.3 del Reglamento de la prestación a «un régimen en el que se cubriera la contingencia de desempleo»). Se excluye de dicho concepto la pensión de jubilación del extinguido SOVI, por su carácter residual (STS de 25 de julio y de 7 de diciembre de 1995, Ar. 6720, y 9081, y de 29 de mayo de 1996, Ar. 4704) y, por supuesto, la pensión de jubilación no contributiva (STS de 26 de febrero de 1996, Ar. 1505), pues, de lo contrario, el nivel no contributivo de la prestación abriría el paso al contributivo, pero no es preciso, por el contrario, que la jubilación a la que se acceda sea la ordinaria, pudiendo ser la anticipada (STS de 2 de febrero de 1996, Ar. 839, en la se deniega el derecho al subsidio porque la solicitante tenía ya la edad de 60 años, pudiendo acceder a la jubilación anticipada, ya que la expresión «cualquier tipo de pensión de jubilación» «indudablemente acoge la jubilación anticipada a los 60 años»). La pensión en cuestión ha de ser del Sistema de Seguridad Social español, no bastando la acreditación de los requisitos para lucrarla en otro país: STS de 27 de mayo de 1993 (Ar. 4130), que deniega el derecho a un trabajador que sólo cotizó en Alemania, no habiendo nunca trabajado ni cotizado en España.
- (90) Dicha condición queda sustituida, en el Régimen Especial Agrario, por el más flexible de la percepción ininterrumpida durante cinco años del subsidio asistencial para trabajadores eventuales de las Comunidades Autónomas con un elevado índice de paro estacional (Andalucía y Extremadura), según la regulación establecida en la Ley 1/1997, de 7 de marzo, y R.D. 5/1997, de 10 de enero, y 939/1997, de 20 de junio. Si se tiene en cuenta que para percibir tal subsidio durante los cinco años anteriores basta acreditar un período mínimo de cotización de 35 jornadas reales en los doce meses anteriores a la situación de desempleo, el resultado será el mantenimiento del alta durante todo el período que media entre tales trabajos y el momento de la jubilación, pues la percepción del subsidio para mayores de 52 años (cuya duración es de 360 días) se reanuda por períodos anuales si persiste la situación de desempleo. En cuanto a los trabajadores fijos de dicho Régimen Especial, habida cuenta de que la cotización por desempleo se produjo a partir del 1 de septiembre de 1981, de acuerdo con la Orden Ministerial de 15 de febrero de 1982, si el cese involuntario en el trabajo se produce antes de alcanzar el período de cotización de seis años, no nacerá el derecho al subsidio de prejubilación (STS de 10 de mayo de 1993, Ar. 4050, sobre trabajador agrícola que cesa en el trabajo en el año 1985, por tanto, antes de haber podido completar los seis años de cotización que posteriormente exigirá el R.D.-Ley 3/1989).

Véanse ambas cuestiones por separado:

COMO SITUACIÓN ASIMILADA. En un principio, la situación de alta a tales efectos era la del paro involuntario subsistente tras el agotamiento de las prestaciones de desempleo cuando el trabajador tuviera cumplidos en tal momento 55 años de edad [art. 1.2 e) Orden de 18 de enero de 1967]. Cuando en el año 1984 la Ley 31/1984, de Protección por Desempleo, creara el subsidio especial de desempleo para mayores de 55 años (art. 13.2), se identificó una y otra situación como situaciones similares, entendiéndose que en ambos casos el sujeto protegido era el mismo. Posteriormente, la disposición adicional segunda de la Ley 26/1985, de 31 de julio, confirmó esta tendencia, derogando el requisito de la edad para el mantenimiento del alta por parte del desempleado que hubiera agotado las prestaciones de desempleo. Más tarde, cuando fuera modificada la originaria redacción del artículo 13.2 de la Ley 31/1984 por el Real Decreto-Ley 3/1989, de 31 de marzo, situando el umbral de acceso a este subsidio especial en los 52 años, automáticamente se afirmó que la situación asimilada regulada por el artículo 1.2 e) O.M. de 1967 era la del desempleado mayor de 52 años, aun cuando éste fuera aquel que había ya agotado las prestaciones por desempleo y no el perceptor del subsidio especial de prejubilación. No obstante, ningún precepto recogió expresamente la transmisión de los efectos de tal modificación en el sistema de asimilaciones al alta. De todo ello resulta que, aun siendo en ambos casos vías de acceso a la pensión, la asimilación se realiza a través de mecanismos diferentes: en un caso, por la propia percepción del subsidio de prejubilación, con obligación de cotizar, y en el otro por el mantenimiento de la demanda de empleo en la correspondiente Oficina pública, lo cual se admite por la propia Ley 26/1985, así como por la jurisprudencia, sin restricciones de edad. Ello significa, ni más ni menos, que, si tal asimilación no distingue en función de la edad del desempleado, deviene ineficaz su exigencia en el ámbito de la pensión de jubilación y, por tanto, debe entenderse inaplicable el requisito de que el demandante de empleo que agote las prestaciones de desempleo sea mayor de 55 años. El régimen jurídico de tal figura (involuntariedad, inscripción ininterrumpida...) queda remitido, en consecuencia, a lo ya tratado anteriormente.

COMO PERÍODO DE CARENIA. Al margen de las cotizaciones computables para determinar si el beneficiario del subsidio de prejubilación es merecedor de la pensión de jubilación, sometidas a las reglas generales del artículo 161.1 b) LGSS y especiales construidas por la jurisprudencia (*cfr.*, doctrina del paréntesis), así como de la carencia a la que se condiciona el propio subsidio de prejubilación, que se identifica con un período de seguro de seis años, realizado durante toda la vida laboral del trabajador, interesa en esta sede el análisis de la trascendencia de la cotización realizadas *durante la percepción* de tal subsidio asistencial, en cuanto las mismas van a tener reflejo en el acceso y cuantía de la futura pensión. Ello no debe llevar, no obstante, a apartar el examen de las otras cuestiones, sobre las que no se ha realizado todavía ningún apunte. Basten las próximas notas, pues, para dejar paso a la cuestión central anteriormente anunciada:

- La extensión de las condiciones de acceso a la pensión de jubilación al subsidio de prejubilación: relativizado el requisito del alta a partir de la Ley 26/1985, no será preciso tampoco que exista en este caso, lo cual no deja de ser un acierto con verdaderos efectos bene-

ficiosos en lo que respecta a esta especial situación, pues evita haber de recurrir a «malabarismos» propios de una cierta «prestidigitación jurídica», tales como la aplicación de la doctrina del paréntesis para eliminar todos aquellos períodos durante los cuales el interesado no percibió prestaciones ni, por tanto, cotizó al sistema. En cuanto al requisito de la carencia, se mantiene el esquema general de carencia genérica-específica. Por lo demás, se entiende que tales requisitos deben ser los que establezca la ley aplicable *en el momento de la solicitud del subsidio*. Por tanto, todas aquellas solicitudes de este subsidio que se produzcan desde la entrada en vigor de la Ley 24/1997, de 15 de julio, quedan sometidas al nuevo plazo de carencia específica que fija ésta (dos años dentro de los quince años anteriores a la fecha del hecho causante). Ello obliga, de nuevo, a hacer aplicación de la doctrina del paréntesis también a esta situación, para volverse a aplicar en el momento de lucrar la pensión de jubilación. En consecuencia, si el reconocimiento de este subsidio especial no se produce tras el agotamiento de la prestación contributiva, sino tras un período posterior (piénsese que el beneficiario puede permanecer inscrito como demandante de empleo en la correspondiente Oficina pública hasta alcanzar la exigida edad de 52 años y solicitar en tal momento el subsidio de prejubilación), serán neutralizados tales períodos intermedios a efectos de calcular la carencia específica (91). En tal sentido, SSTS, u.d., de 1 de julio de 1993 (Ar. 6879), de 15 de octubre de 1993 (Ar. 7604) y de 10 de diciembre del mismo año (Ar. 9771) (92). En consecuencia, son extensibles a estos efectos todas las construcciones jurídicas realizadas por la jurisprudencia para salvar períodos en los que no existió obligación de cotizar (invalidez provisional...), pues en definitiva se trata de determinar si procedería, en su caso, el reconocimiento de la pensión de jubilación, pues éste es requisito de acceso al subsidio «de espera» o antesala al mismo, el de *prejubilación*.

- La carencia exigida para acceder al subsidio: en virtud del artículo 215.1.3 LGSS, son precisos *seis años* de cotización (93) (requisito introducido por el R.D.-Ley 3/1989), computados según las reglas propias de esta prestación (por tanto, con exclusión del cómputo de los días cuota por pagas extraordinarias, SSTS de 30 de diciembre de 1994, Ar. 10712, y de 1 de febrero de 1995, Ar. 767). Ahora bien, aquéllos pueden haberse realizado en cualquier momento de su vida laboral [debe entenderse desde la entrada en vigor de la Ley 62/1961, de 22 de julio, pues hasta el momento no existió un régimen unitario de protección por desempleo (94)]. De suerte que no es preciso que se acredite la proximidad o «carencia específica» que el artículo 207 b) LGSS exige para lucrar prestaciones en el nivel

(91) CASAS BAAMONDE, M.E.: «Dos importantes sentencias en la protección por desempleo de los trabajadores de edad avanzada», *Relaciones Laborales*, 1987, núm. 6, pág. 18-ss., entiende que tal requisito no resulta exigible en este supuesto. De «requisito de imposible cumplimiento» hablan también DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.R.: *El desempleo como situación protegida*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 160.

(92) De esta manera se pone fin a cierta jurisprudencia de suplicación, excesivamente rígida con respecto a la exigencia de este requisito: *cfr.*, STSJ de Cataluña, de 22 de febrero de 1993 (en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*). Ed. Estudios Financieros, número 123).

(93) Sobre el particular *vid.* ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 228.

(94) O las cotizaciones anteriores a otros Estados en los que se protegiera tal contingencia.

contributivo (95). En cuanto a las cotizaciones que resultan «válidas» a estos efectos, se admiten las realizadas a cualquier régimen que proteja la contingencia de desempleo. Ello debe propiciar también la admisión de aquellas que se efectuaron a otros Estados en los que se protege o se protegía tal contingencia, al amparo de un convenio de reciprocidad (SSTS de 15 de octubre de 1993, Ar. 7604, y de 25 de mayo de 1994, Ar. 4302) o del Reglamento CEE 1408/1971, artículos 45.1 y 67.1, que exige la existencia de un paralelismo claro entre una y otra legislación, al condicionar la totalización de los períodos de seguro al requisito de que los cumplidos en otro Estado hubieran recibido la misma consideración de haberse acreditado bajo la legislación al amparo de la que se reconoce el derecho (96) (SSTS de 8 de octubre de 1991, Ar. 7741, y de 23 de junio y 15 de octubre de 1993, Ar. 4779 y 7604, entre otras).

- En lo que respecta a los efectos de las *cotizaciones realizadas durante la percepción del subsidio asistencial de desempleo para mayores de 52 años*, período durante el cual se mantiene la obligación de cotizar a la contingencia de jubilación, por expreso mandato del artículo 218.2 LGSS, la doctrina de suplicación era, hasta el año 1997, contradictoria, entendiéndose en unas ocasiones, especialmente el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (al que parece enfrentarse el de Castilla y León, sede de Valladolid), del que proviene la mayor parte de las resoluciones que niegan el derecho, que la «prórroga» de la situación de desempleo en su nivel asistencial hasta alcanzar el beneficiario la edad de 52 años sitúa a éste en una posición ventajosa que, de admitirse su eficacia, le permitiría obviar el período de carencia específica y, en todo caso, acumular carencia suficiente para acceder a una pensión que, en caso contrario, le sería denegada, por no alcanzar el período necesario de actividad laboral exigido por el artículo 161.1 b) LGSS y O.M. de 18 de enero de 1967. En esta línea se inscriben las Sentencias del TSJ de Galicia, de 17 de marzo de 1995 (Ar. 975), 13 de julio de 1995 [Ar. 2794 y 2796 (97)], 27 de junio de 1996 (Ar. 2399), y 17 de enero de 1997 (Ar. 159) (98), 30 y 31 de enero de 1997 (Ar. 171 y 172) y 18 de febrero de 1997 (Ar. 314), así como las de los TSJ de Andalucía (Granada) de 2 de octubre de 1996, Ar. 4401 (que excluye dicho período a efectos de acceder a la jubilación anticipada, por entender que no existe durante el mismo obligación de cotizar), y de Castilla y León (Valladolid), de 26 de julio de 1995 (Ar. 2966). Todas ellas excluyen dicho cómputo a par-

(95) Por consiguiente, en este caso basta el alta en un régimen que proteja la contingencia de desempleo y la acreditación de la situación habilitante para el acceso a la protección por desempleo (la existencia de una situación legal de desempleo, *ex art.* 208 LGSS).

(96) Según el primero de ellos, cuando la legislación de un Estado miembro subordine la adquisición del derecho a las «prestaciones al requisito carencial, deberán tenerse en cuenta los períodos de seguro cumplidos de acuerdo con la legislación de cualquier otro Estado miembro, teniendo en cuenta dichos períodos como si se tratara de períodos cumplidos de acuerdo con la legislación aplicada. En virtud del artículo 67.1, serán computables como períodos de seguro los cubiertos como trabajadores por cuenta ajena bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro como si se tratase de períodos de seguro o de empleo cubiertos bajo la legislación aplicada, a condición de que los períodos de empleo hubieran sido considerados como períodos de seguro en el supuesto de haber sido cubiertos bajo dicha legislación.

(97) Se trata de dos sentencias diferentes, con diferente Ponente.

(98) En ella se alega ser doctrina consolidada del Tribunal Supremo la exclusión del cómputo de tales cuotas (*cfr.* STS u.d. de 28 de febrero de 1994, Ar. 1529).

tir de un argumento: la carencia precisa ha de haberse acreditado antes del inicio del percibo de tal subsidio, pues de lo contrario, una larga permanencia en el mismo con una breve cotización previa permitiría acceder a la jubilación a quienes no cumplieran los requisitos carenciales para ello. En contra, y, por tanto, a favor de la validez de las cotizaciones, tanto a efectos de carencia genérica como específica, se pronuncian las Sentencias del propio TSJ de Galicia, de 17 de marzo de 1995 (Ar. 975), del TSJ de Castilla y León (Valladolid), de 26 de julio de 1995 (Ar. 2966), de 25 de septiembre de 1995 (Ar. 3260) y de 29 de octubre de 1996 (Ar. 3057), así como el TSJ del País Vasco, de 5 de noviembre de 1996 (Ar. 3756). Olvidan, sin embargo, tales resoluciones que el acceso a tal subsidio está condicionado a la acreditación de los requisitos exigidos para lucrar la pensión de jubilación (salvo la edad), dado que éstos ya se cumplían en el momento de acceder al subsidio, sin que exista, por tanto, ningún beneficio especial, salvo la aplicación de la doctrina del paréntesis, que permite retrotraer el cómputo del período de carencia a un período anterior (y, por tanto, muy alejado en el tiempo de la fecha del hecho causante, que se producirá años más tarde, pues el interesado no sobrepasa la edad de 52 años). A excepción de esta especialidad, no se deriva mayor beneficio de la permanencia en el disfrute del subsidio que la acumulación de cotizaciones para ampliar el período carencial que modula la cuantía de la pensión según los años cotizados.

Finalmente, la doctrina contradictoria de los TSJ es unificada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de febrero de 1997 (Ar. 1574), a la que siguen las de 6 de marzo de 1997 (Ar. 2255) y de 23 de junio de 1997 (Ar. 5136). Entiende el Tribunal Supremo que, si la situación de desempleo subsidiado en la modalidad asistencial para mayores de 52 años incluye como parte de las prestaciones el abono de cotizaciones a la contingencia de jubilación, no existe razón alguna para exigir a la Entidad Gestora el ingreso de las mismas y al mismo tiempo para negarles efectos en materia de pensión de jubilación, habida cuenta de que la cuota que se ingresa cubre única y exclusivamente dicha contingencia (a salvo de las cuotas por prestaciones familiares y asistencia sanitaria), ya que la finalidad de las mismas es la *conservación del derecho expectante a la jubilación*.

Ergo no puede alegarse un pretendido beneficio injusto del perceptor, cuando está expresamente previsto en la ley que así sea, y si se han ingresado las cotizaciones, deben surtir los debidos efectos. Ni siquiera impide su cómputo a tales efectos el hecho de que en su día fueran indebidamente percibidas si tal irregularidad no fue impugnada como correspondía, lo cual significa que en su momento la Entidad Gestora entendió que el pago de las prestaciones era procedente y, por tanto, no puede esgrimirse su improcedencia con carácter retroactivo. De igual modo deben ser computables las cuotas abonadas en otros países, si sirvieron para acceder al desempleo subsidiado que se enjuicia. En cualquier caso, ha de tenerse presente que, desde la STS de 28 de febrero de 1994, Sala General (Ar. 1529), por la que se unifica la doctrina, la jubilación expectante habilitante para acceder a dicho subsidio por desempleo (para mayores de 52 años) es únicamente la del sistema español de Seguridad Social (99).

(99) La anterior STS de 15 de octubre de 1993 (Ar. 7604) mantenía la postura contraria, dando lugar a la entrada en el sistema español de pensiones a quien sólo podía ser beneficiario de una pensión en otro Estado de la Unión Europea (en el caso enjuiciado, Francia). El nuevo criterio, mantenido ya en la STS de 27 de mayo de 1993 (Ar. 4130), se reitera en las SSTs de 10 y 25 de julio, 2 de octubre y 7 de diciembre de 1995 (Ar. 5486, 6720, 7093 y 9081).

- Tema especialmente interesante es el de los *efectos de las cotizaciones realizadas en otros Estados* de la Unión Europea en el acceso al subsidio de prejubilación y, con ello, a la pensión de jubilación, a través de esta vía indirecta, habida cuenta de que el artículo 48.1 del Reglamento sólo impone la condición de que *un año* del período de seguro exigido por la legislación nacional respectiva se haya cumplido en el Estado que va a reconocer la prestación. La cuestión, planteada en el Voto Particular a la STS de 23 de junio de 1997 (Ar. 5136) por el Sr. Martín Valverde, al que se adhiere el Sr. Bris Montes, se ciñe a la determinación de la eficacia de tales cotizaciones cuando concurren elementos de extranjería: el referido Voto Particular no cuestiona la validez de dichas cotizaciones, sino su inaplicabilidad cuando el trabajador acredite cotizaciones en distintos Estados, en virtud del artículo 48.1 del Reglamento 1408/1971 que exige que las mismas se correspondan con períodos de *seguro*, lo cual no sucede con las que se realizan durante la percepción del subsidio, siendo período de *prestación* y no de seguro. En definitiva, los Sres. Martín Valverde y Bris Montes entienden improcedente el reconocimiento del derecho a la pensión a quien, a pesar de haber cotizado durante tiempo suficiente a la contingencia de jubilación, no lo hizo en España, porque ello supondría que la Administración española se haría cargo de una pensión lucrada en otro u otros Estados. Piénsese en el caso de un emigrante retornado que, careciendo del derecho a prestaciones por desempleo en su nivel contributivo, percibe primero subsidio especial para emigrantes retornados [*ex art. 215 .1.1 c) LGSS*], conectándolo posteriormente con el de prejubilación: de esta manera se sitúa en posición de percibir la pensión de jubilación con cotizaciones realizadas en otro Estado, pues el período de carencia lucrado en España se corresponde con períodos subsidiados, no de empleo o de seguro, como indica el artículo 48.1 del Reglamento comunitario, pues «según la legislación española, a la que reenvía en este punto el Reglamento comunitario, el período de seguro debe ser definido como tiempo de afiliación y alta en Seguridad Social», y «en la legislación española el período de seguro o aseguramiento no coincide necesariamente con el período de cotización, puesto que en determinados preceptos se prevé, excepcionalmente, o bien el reconocimiento de cotizaciones ficticias, o bien el abono de cotizaciones con cargo a las entidades gestoras de Seguridad Social en situaciones de protección en que el beneficiario no se encuentra en alta ni en situación asimilada al alta»: «... tal es... el caso del subsidio asistencial de desempleo, en el que la entidad gestora paga cotizaciones pero el beneficiario no se encuentra en alta ni en situación asimilada (arts. 100 y 125 LGSS 1994)» (F.D. 2.º). El argumento que se esgrime en este Voto Particular para negar la naturaleza de «período de seguro» a la situación debatida es, pues, que la percepción del subsidio de prejubilación no es situación asimilada al alta, porque no se contempla así en el artículo 125 LGSS, a pesar de que se mantenga la obligación de cotizar, pues ésta se realiza a cargo exclusivo de la Entidad Gestora, citando en su apoyo la doctrina del propio Tribunal Supremo sentada en las Sentencias de 18 de julio de 1995 (Ar. 6716), de 26 de julio de 1996 (Ar. 6423), de 21 de octubre de 1996 (Ar. 7779) y de 10 de junio de 1997 (Ar. 4699). Ahora bien, si la doctrina es constante en entender esta situación como asimilación al alta y, por otra parte, la obligación de cotizar es exigible, no existe obstáculo para considerar la percepción del subsidio de prejubilación como período de seguro a los efectos del artículo 48.1 del Reglamento CEE [con mayor razón si se tiene en cuenta que el

concepto de período de seguro se remite al Derecho nacional, como se deduce del art. 1, r) del Reglamento 1408 y de la STJCE de 20 de febrero de 1997, Ar. 31, en interpretación del mismo], como mantiene el Tribunal Supremo en el fallo de la referida sentencia a la que se formula el anterior Voto Particular.

2. Base reguladora.

Varias son las cuestiones que han de ser tratadas, pues en todas ellas tiene reflejo la situación de desempleo, conformando un régimen jurídico especial, que obliga a la aplicación de normas particulares. Veamos:

2.1. Cálculo genérico de la base reguladora cuando en el período anterior al hecho causante el beneficiario estuvo percibiendo prestaciones por desempleo.

Si la regla de cálculo de la base reguladora de la pensión que establecía el artículo 162.1 LGSS, antes de su reforma por la Ley 24/1997, de 15 de julio, remitiéndose a las reglas del artículo 140, apartados 1 y 4, de la misma ley, obligaba a considerar un amplio período de tiempo (el inmediatamente anterior al momento del hecho causante, equivalente a ocho años), ello significaba que en la base de cálculo quedaban integrados: por una parte, períodos correspondientes a la percepción de prestaciones por desempleo (100), porque durante tal situación se mantiene la obligación de cotizar (situación que no ha experimentado alteración alguna tras la reforma de 1997); por otra, períodos en los que, no existiendo obligación de cotizar (por agotamiento de las prestaciones o ausencia del derecho a ellas), provocaban una laguna de cotización que podía repercutir negativamente en la cuantía final de la pensión. Teniendo en cuenta tales efectos perjudiciales, pronto se entendió que la situación requería la utilización de mecanismos más beneficiosos, tales como la integración de lagunas o la aplicación de la doctrina del paréntesis, empleada para el cálculo de la carencia específica, situación finalmente clarificada por el Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre (art. 4.4), por el que se desarrollan las previsiones de la Ley 24/1997 (art. 5.1), al disponer la integración de las lagunas en todos los casos. Al examen de estas cuestiones se dedican las próximas líneas.

1. El cálculo de la base reguladora cuando en el período considerado existen períodos de desempleo subsidiado.

Tales períodos, por aplicación de las normas reguladoras de la cotización durante la situación de desempleo, serán tomados en la cuantía correspondiente al período de activo anterior al desempleo, y no en la cuantía de la prestación, lo cual ni se corresponde con las bases de cotización utili-

(100) Siempre y cuando no se trate de prestaciones indebidamente percibidas: SSTSJ de Madrid de 7 de enero y de 28 de abril de 1997 (Ar. 71 y 1371), careciendo de efectos, asimismo, para determinar la cuantía final de la prestación.

zadas para el cálculo de la pensión de jubilación (pues la base reguladora de las de desempleo, hasta la reciente reforma del art. 211.1 LGSS por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social, incluía el cómputo de las horas extraordinarias), ni tampoco sería justo, dada la aplicación de topes máximos a la cuantía de la prestación, calculados sobre la cuantía del salario mínimo interprofesional. Por el contrario, dichos períodos se obtienen sobre el promedio de las bases de cotización por contingencias comunes de los últimos seis meses de activo, que, en definitiva, se corresponde con la base reguladora de la prestación si se excluye el cómputo de las horas extraordinarias, tal y como ordena el vigente artículo 211.1 LGSS, lo cual unifica el sistema de cálculo en las prestaciones por desempleo, permitiendo la utilización de un mecanismo homogéneo, tanto para el cálculo de la cotización como para el de la propia cuantía de la prestación por desempleo. En cualquier caso, mientras no se disponga expresamente (en un ejercicio de coherencia), habrá que seguir acudiendo a las reglas de cálculo que regula el artículo 70.1 del Real Decreto 2064/1995, por el que se aprueba el *Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social*, pues nada establece el artículo 214 LGSS, que se limita a fijar el régimen de la obligación de cotizar durante la percepción de la prestación. Según dicho precepto (art. 70.1), la base de cotización durante la situación legal de desempleo será equivalente al promedio de las bases de los últimos seis meses de ocupación cotizada por contingencias comunes.

Supuesto especial es el del perceptor de las prestaciones por desempleo que *optó por reabrir el derecho inicial a la prestación*, en lo que respecta a la posible trascendencia de las cotizaciones correspondientes al período posterior que dio lugar al derecho por el que no se opta (y que, en lo que a las prestaciones por desempleo se refiere, da lugar a la extinción del derecho y, por tanto, a su ineficacia futura). El artículo 70.1.1.º del Real Decreto 2064/1995 determina que la reapertura de la prestación por desempleo, en los supuestos de suspensión del derecho, supone la reanudación de la obligación de cotizar por la base de cotización correspondiente al momento del nacimiento del derecho, por tanto carecen totalmente de relevancia las cotizaciones posteriores a la suspensión del derecho a estos efectos.

En cuanto a la extinción del derecho en aplicación del artículo 210.3 LGSS, la reapertura del derecho inicial por el tiempo restante determinará también la cotización por la base correspondiente a ese derecho inicial por el que se opta (art. 70.1.2.º R.D. 2064/1995). La STS de 8 de junio de 1994 (Ar. 6313) (101) entiende que, si la base que integra la base reguladora de la pensión es la correspondiente a la prestación efectivamente disfrutada, aquélla debe ser la del derecho por el que se optó y no a la posterior (aunque ésta sea mayor), ya que ésta no tiene reflejo real en las rentas que percibió el beneficiario antes de producirse el hecho causante de la pensión y, por tanto, tampoco debe tener eficacia sobre la cuantía de la misma, habida cuenta, además, de que las cuotas a ingresar por la Entidad Gestora durante tal situación se calcularán sobre la base por la que se calculaban duran-

(101) Dicha sentencia casa la del TSJ de Cataluña, de 28 de enero de 1993, Ar. 471, en la que se afirmaba que «si la norma general obliga a computar como bases de cotización del período de desempleo el promedio de las bases de los últimos seis meses de ocupación cotizada, sucede que, en el caso presente, concurre la circunstancia de que el propio actor optó por reanudar un expediente de desempleo anterior con arreglo al invocado artículo 8, por lo que, lógicamente, las cotizaciones correspondientes al INEM se ajustaron al importe de una prestación cuya base reguladora no fue fijada según el indicado promedio sino que se mantenían las bases del expediente por el que se optaba. En suma, ha de concluirse que la cotización efectiva del INEM fue debidamente considerada por la Entidad Gestora...»

te la percepción del anterior derecho reabierto (por tanto, las que corresponden a los seis meses anteriores al inicio de esa primera situación de desempleo) (102). El Sr. Martín Valverde formula Voto Particular a la aludida sentencia, por entender que la opción por el derecho anterior tiene efectos únicamente en cuanto a la acción protectora (es decir, a la cuantía y duración de la prestación), pero no en materia de cotización durante la percepción de la prestación, pues tal norma no se prevé expresamente, sino al contrario: los reglamentos de cotización anuales, argumenta el Magistrado, aluden al «promedio de las bases de los últimos seis meses de ocupación cotizada», por tanto, las anteriores a la situación de desempleo que da lugar a la referida opción (pues se trata de un *período de actividad*) (103). Sin embargo, la simple lectura del referido artículo 70.1.2.º R.D. 2064/1995 invalida la anterior interpretación.

Si el período de desempleo subsidiado es el de percepción de un subsidio asistencial, la base de cotización que integrará la base reguladora de la pensión será, en virtud del artículo 70.1.3.º Real Decreto 2064/1995, la *base mínima* vigente en cada momento (el citado precepto añade «con aplicación de los coeficientes reductores que para ciertas contingencias» se fije en la correspondiente norma especial, regla que ha de entenderse referida no a la base de cotización, sino a la cuota a ingresar).

2. El cálculo de la base reguladora cuando en el período considerado existen períodos de desempleo no subsidiado.

Según el originario artículo 140.4 LGSS, al que se remitía el 162.1 LGSS, los períodos correspondientes a lagunas de cotización (aquellos en los que no existió obligación de cotizar) que aparezcan en el tramo temporal tomado como base de cálculo dan lugar a la integración con la «base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años» (104). Dicha fórmula ha sido incorporada al texto del propio artículo 162.1 LGSS, con una importante matización: su aplicación no sólo a los períodos «intermedios», sino también a aquellos otros posteriores a la extinción de la obligación de cotizar e inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.

Con respecto a esta última situación, la jurisprudencia venía admitiendo la inaplicación del precepto -art. 140.4 LGSS- a las lagunas de cotización consecuencia de la asimilación al alta por desempleo involuntario no subsidiado -o subsidiado desde el nivel asistencial «ordinario»-, considerando que la integración de lagunas debía proceder sólo para los períodos considerados en el cálculo de la base reguladora, y haciendo abstracción de estos otros en los que no existió obligación de cotizar.

(102) En el mismo sentido se manifiesta el TS en otra sentencia, si bien sobre supuesto distinto, de 14 de febrero de 1994, Ar. 2473.

(103) Este mismo argumento es utilizado por el TSJ de Castilla y León/Valladolid, en Sentencia de 20 de abril de 1993 (Ar. 2094), «la normativa reguladora de desempleo (...) si bien establece la obligación de cotizar durante la percepción de la prestación contributiva, no especifica la base de cotización, quedando sometida su concreción a las normas que regulan tal obligación cada año.»

(104) LÓPEZ CUMBRE (*op. cit.*, pág. 77) señala que «ésta es una regla que ha de ser aplicada de forma restrictiva dado el carácter autónomo de los conceptos de período mínimo de cotización y base reguladora».

Es decir, para estos supuestos, la doctrina de suplicación [el Tribunal Supremo rechaza su aplicación: SSTs de 21 de abril y de 21 de diciembre de 1992, Ar. 2665 y 10350 (105)] juzgó aplicable la doctrina del paréntesis, dada la amplitud que podía tener la permanencia en dicha situación y el consiguiente perjuicio para el desempleado (pues la integración de lagunas en tales casos podía dar lugar a que fuera considerado un período muy breve de salarios reales, frente a un amplio tramo temporal por bases mínimas, con la consiguiente minoración «espectacular» de la cuantía final de la pensión). Piénsese en el solicitante de pensión de jubilación que, habiendo permanecido en situación de desempleo involuntario durante los últimos siete años, frente a una vida laboral *v.gr.* de 25 años, recibe una pensión que no va a reflejar su carrera de seguro (como pretende el legislador, especialmente desde que el Pacto de Toledo haya encontrado aplicación legal en la Ley 24/1997 y normas de desarrollo), sino que, por el contrario, va a ser producto de unas bases ficticias, las mínimas. La digresión que se observa es particularmente manifiesta si se compara la situación con el supuesto especial del trabajador que cotizó en varios Estados de la Unión Europea y, como consecuencia de la aplicación del Reglamento CEE 1408/1971, lucra una pensión en el Estado español, en cuyo caso el cálculo de la base reguladora, en virtud del artículo 47.1 g) de dicho Reglamento comunitario, sí se efectúa tomando las últimas bases cotizadas en España, olvidando las posteriores, correspondientes a períodos de seguro efectuados en otros Estados, que deberán ser debidamente actualizadas. Es patente la desigualdad entre las soluciones brindadas a cada una de ambas hipótesis, cuando el supuesto de hecho es similar: en ambos existe una interrupción de la cotización y posterior período «en blanco», que, en un caso, se integra, mientras que en el otro da lugar a la consideración de las bases anteriores, haciendo paréntesis de las posteriores.

La doctrina del paréntesis cobra singular relevancia en este ámbito, por cuanto su aplicación significa tomar como base de cálculo *períodos diferentes a los que señala la ley*, entendiendo la jurisprudencia que aboga por su aplicación que debe «rastrear» en busca de períodos de actividad o, cuando menos, de cotización, lo cual puede significar omitir los períodos más próximos al momento del hecho causante, por ausencia de cotización (por *imposibilidad de trabajar*) (106), y remontarse a otros más lejanos. El elemento que permite acudir a este recurso es el mantenimiento de la demanda de empleo en la Oficina de Empleo, prueba sólida de que existe la involuntariedad en la permanencia en tal situación por parte del sujeto beneficiado, que le hace merecedor de tal privilegio (107).

- (105) Como afirma LÓPEZ CUMBRE (*op. cit.*, pág. 77), en interpretación de las anteriores resoluciones, «el hecho de que no se complete con cotizaciones reales este divisor no autoriza a no aplicar la fórmula descrita y buscar otras analógicas como, por ejemplo, la que se aplica al período mínimo de cotización. Queda claro que en ningún caso existe laguna de ley sino voluntad legal de mantener ambos elementos de modo autónomo».
- (106) SSTs de 27 de enero, 5, 6, 14 y 29 de febrero, 4 y 20 de abril, y 24 y 30 de junio de 1992, Ar. 72, 915, 1139, 987, 1155, 2597, 2663, 4668 y 4696. Se entiende que concurre tal circunstancia en los siguientes casos: invalidez provisional (STSJ de Cataluña, de 28 de octubre de 1993, Ar. 4576, y STSJ de la Comunidad Valenciana, de 27 de abril de 1993, Ar. 2157), así como el correspondiente a invalidez absoluta hasta ser reconocida en sentencia definitiva el grado de total, no siendo aplicable la doctrina del paréntesis a las bases reguladoras (STSJ de Cataluña, de 28 de octubre de 1993, Ar. 4576), y el transcurrido en excedencia voluntaria a causa de incompatibilidad (situación no contemplada como motivo para suscribir Convenio Especial de mantenimiento de la cotización), siendo sumadas en este caso tales bases con las correlativas al empleo que mantuvo (STSJ de Madrid, de 15 de marzo de 1995, Ar. 1281).
- (107) SSTs de 29 de mayo de 1992 (Ar. 3619), y de 1 de julio de 1993 (Ar. 6879), y SSTSJ de Madrid, de 7 de enero de 1997 (Ar. 71), y de Galicia, 4 de febrero de 1997 (Ar. 309), todas ellas sobre el concepto de desempleo involuntario y su aplicación al cómputo del período de carencia específico). En la última de ellas se afirma que «constando que el

La opción por la aplicación de este mecanismo supone apartar la aplicación del sistema de integración de lagunas de cotización, pero significa al tiempo la creación de un doble régimen jurídico para los desempleados. En efecto, recurrir a tal sistema implica discriminar entre dos categorías de desempleados: aquellos que se beneficiaron de un subsidio asistencial por desempleo y aquellos otros que, permaneciendo inscritos como demandantes de empleo, no disfrutaron de la correspondiente prestación [por no solicitarla o por carecer del derecho a ella (108)]. En efecto, mientras que en el primer caso -perceptores del subsidio- la base reguladora se calculará tomando las bases de cotización mínimas, sobre las que se calculan las cuotas a la Seguridad Social en tal situación, con la consiguiente minoración de la cuantía de la pensión, en el segundo, haciéndose abstracción de esos períodos de desempleo no cotizados, se acudirá a las bases de cotización de los períodos de activo (o, en su caso, los correspondientes a la percepción de la prestación contributiva por desempleo, calculada también sobre períodos de activo, concretamente los últimos seis meses de actividad laboral), de lo cual resultará una cuantía substancialmente mayor, por más que la lejanía de tales períodos en el tiempo haya depreciado las correspondientes bases (109). Como puede comprobarse, se trata de la creación de dos *status* diferenciados, que cierta jurisprudencia justifica acudiendo al criterio de la desigualdad real entre ambas situaciones, entendiendo que ello no hace de peor condición a unos sobre otros (STSJ de Galicia, de 4 de julio de 1994, Ar. 2836).

Sin embargo, la doctrina no es unánime en la admisión de esta tesis en cuanto al cómputo de bases reguladoras, siendo las soluciones contradictorias (110), considerando que no es tal la doctrina que propicia la literalidad del artículo 140.4 LGSS, que dispone con absoluta claridad la integración de las lagunas, aunque la Circular del INSS número 13/89, de 31 de julio, establezca la regla contraria, determinando que deba neutralizarse el período subsiguiente al agotamiento de la prestación contributiva para efectuar el cálculo de la cuantía, procediendo a la revalorización de la misma (desde la fecha de inicio de tal situación a la del hecho causante), de igual modo en que se procede cuando el cálculo de la base reguladora se realiza según las normas del artículo 47 del Reglamento CEE 1408/1971. Según la misma Circular, si el período de carencia específica se acredita (sin necesidad de aplicar la doctrina del paréntesis), no será de aplicación tal regla, sino la general, a menos que la cuantía resultante sea inferior a la que resulte de seguir el sistema de cálculo anterior, en cuyo caso se optaría por la regla especial.

actor estuvo en paro involuntario e inscrito en la correspondiente oficina como demandante de empleo los diez años que precedieron a su solicitud de jubilación, dicho período -tiempo de paro forzoso- ha de considerarse como paréntesis no computable a efectos de carencia específica exigible para la prestación que solicita...»

(108) *V.gr.*, trabajadores fijos discontinuos.

(109) En el mismo sentido, MERCADER UGUINA, J.R.: «La reforma...», *op. cit.*, págs. 68-70.

(110) A favor de la aplicación de la doctrina del paréntesis se pronuncia el TSJ de Madrid en su Sentencia de 17 de febrero de 1997 (Ar. 461). Niegan la procedencia de tal sistema la mayoría de la jurisprudencia de suplicación: *cfr.*, SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 27 de abril de 1993 (Ar. 2157), y de Cataluña, de 13 de octubre de 1993 (Ar. 4532), sobre trabajador que percibía pensión de invalidez total, inscrito como demandante de empleo, así como la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 27 de mayo de 1997 (Ar. 1709), que entiende procedente la integración de las lagunas.

Por lo demás, la aplicación de tal doctrina está condicionada de igual modo que para causar efectos en materia de carencia específica. Es decir, resulta exigible la demostración fehaciente de una voluntad continuada de trabajar, frente a la imposibilidad de hacerlo, lo cual tiene lugar a través de la consabida inscripción como demandante de empleo, pero también a través de otros medios alternativos, esporádicamente admitidos, tales como la interposición de demanda por despido, entendida como causa impeditiva o justificativa de la conducta omisiva [STSJ de Madrid de 17 de febrero de 1997, Ar. 461, según la cual «la conducta del actor (su falta de inscripción y solicitud de prestación por desempleo, y de solicitud de jubilación) encuentra explicación, aunque no se justifique, en la demanda por despido que interpuso, y que fue resuelta de forma desestimatoria (...) Por ello, y habida cuenta de que cumplió los 65 años el 1 de diciembre de 1994, reuniendo desde entonces los requisitos necesarios para acceder a la pensión de jubilación, sin que la solicitara en dicho momento por estar pendiente la resolución del proceso por despido, y solicitándola cuando recayó en éste sentencia desestimatoria, procede aplicar, respecto del período desde que cumplió los 65 años hasta la solicitud (por tanto los meses de diciembre de 1994 y enero de 1995), la doctrina jurisprudencial del paréntesis, debiendo así retrotraerse el cómputo de las bases de cotización para fijar la base reguladora de la pensión hasta el cumplimiento de la edad reglamentaria...»].

En cualquier caso, la aplicación de tan discutido mecanismo *pro-operario* durante los últimos años ha sido atajada por la Ley 24/1997, de 15 de julio (art. 5.1), y el Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre (art. 4.4), por los que se modifica el artículo 161.1.2 LGSS en el sentido de excluir la aplicación de la doctrina del paréntesis a las bases reguladoras, sustituyéndola por el mecanismo de la integración de bases. Por ello, la mencionada doctrina ha de entenderse inaplicable por ser conforme a una norma derogada (o, mejor dicho, a una laguna legal hoy integrada y contraria a dicha doctrina).

Conforme a la nueva regla, de aplicación uniforme a todos los casos, sea cual sea la situación de procedencia del causante de la pensión [aun cuando se acceda a la pensión desde una situación de inactividad o ausencia de alta (111)] (112), los períodos caracterizados por la ausencia de cotiza-

(111) Norma de aplicación en todos los regímenes de la Seguridad Social, según dispone la disposición adicional octava LGSS, modificada por la disposición adicional decimotercera de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, estableciéndose en tal precepto que será de aplicación a todos los regímenes el artículo 161.1 b) LGSS, en el que se remite al artículo 162.1, en el que se contiene tal norma.

(112) En cuanto a la especial situación de que el hecho causante acontezca durante un período de incapacidad temporal que continúa después de terminados el contrato de trabajo y la prestación por desempleo, ya se entendía procedente la integración de bases con anterioridad, teniendo en cuenta que durante tal período no existe obligación de cotizar a cargo del INSS, la base reguladora quedará integrada, por lo que respecta a tales meses, por las bases mínimas, según se deduce de los mencionados preceptos y de la doctrina unificada del TS, hoy confirmada por la nueva redacción del artículo 162.1 LGSS: SSTs de 18 de septiembre, 7, 25 y 27 de noviembre, 13, 20, 27 y 30 de diciembre de 1991 (Ar. 6469, 8205, 8269, 8421, 9070, 9092 y 9103), de 27 de enero, 5, 6, 14 y 29 de febrero, 21 de marzo, 4, 9 y 20 de abril, 2, 8, 14 y 22 de mayo de 1992 (Ar. 72, 915, 1139, 987, 1155, 1861, 2597, 2614, 2663, 3500, 3528, 3555 y 3591), de 19 de abril y 10 de mayo de 1993 (Ar. 2927 y 4043). Se trata de una situación similar a la de la inscripción como demandante de empleo sin percibo de prestación, que, en determinadas ocasiones, si bien excepcionales y contrarias a la doctrina del Tribunal Supremo, recibe en suplicación un trato desigual: la integración, en lugar de la doctrina del paréntesis.

ción serán integrados con la base mínima general (art. 162.1.3 LGSS y art. 4.5 R.D. 1647/1997, de 31 de octubre) (113), cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena (114), al ordenarse la integración en *todo el período que haya de tomarse para el cálculo* (115). Debe observarse que la integración se realiza utilizando un parámetro único: la base mínima de cotización, con independencia de la categoría profesional del trabajador (116), debiendo considerarse que la nueva legalidad nacida del Real Decreto 1647/1997 hace referencia a una realidad ya derogada por el Real Decreto 2015/1997, de 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 1998, eliminando los topes por edades y fijando un solo salario mínimo interprofesional con independencia de la edad, que debe tener reflejo en las tablas anuales de cotización y, por supuesto, en todas las referencias que a bases mínimas de cotización se establezcan.

2.2. Cálculo de la base reguladora cuando la situación de desempleo precedente concurre con circunstancias especiales.

Debe aludirse en este apartado a dos órdenes de cuestiones que pueden incidir en el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y que concurren con la situación de desempleo precedente al momento del hecho causante: las situaciones de pluriempleo por una parte, y la simultaneidad de las condiciones de pensionista de incapacidad permanente y de trabajador en activo, tras la pérdida del empleo compatible con aquella, por otra:

1. *Trabajador que permaneció durante un período anterior al hecho causante en situación de pluriempleo*, percibiendo prestación por desempleo por la pérdida de uno de los empleos y, coetáneamente, remuneraciones correspondientes al empleo que conservaba. Al margen de que deban ser computables ambas rentas (art. 11.1 O.M. de 18 enero 1967) si se cumplen las condiciones para ello (que, en virtud del art. 162.5 LGSS, cuya redacción proviene del art. 2.º R.D.-L. 13/1981, son la permanencia en tal situación durante un plazo mínimo de diez años y que éstos sean inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante), ha de considerarse si el período de desempleo por la pérdida de uno de ellos será computable como tiempo «hábil» a efectos de determinar ese plazo de diez años que exige el artículo 162.5 LGSS. En otras palabras, si el mencionado período de diez años

(113) En cuanto a los trabajos en Minas de Carbón encuadrados en dicho Régimen Especial, las bases a tener en cuenta serán las normalizadas y no las mínimas (STSJ de Asturias, de 28 de octubre de 1993, Ar. 4284), criterio alterado por el artículo 4.5 del Real Decreto 1467/1997.

(114) No se integran las lagunas respecto de los trabajadores por cuenta propia de cualquier régimen (STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 27 de mayo de 1997, Ar. 1709).

(115) Pues, como indica el artículo 4.4.2.º párrafo del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, «la no existencia de la obligación de cotizar a que se refiere el párrafo anterior abarcará tanto a las situaciones de alta o asimiladas al alta para las que no se exija tal obligación, como a aquellas otras situaciones en que no hubiera existido la obligación de cotizar por no encontrarse el trabajador en alta o situación asimilada».

(116) Obsérvese la diferencia entre esta base y la base mínima utilizada para mantener la obligación de cotizar mediante Convenio Especial al amparo del artículo 11.1.4.1.º de la O.M. de 18 de julio de 1991, que se fija por relación con la categoría profesional o grupo de cotización del trabajador.

comprende sólo períodos de activo o también los de la percepción de prestaciones contributivas de desempleo. Nada indica al respecto el artículo 162.5 LGSS, habiendo de acudir al Reglamento de desarrollo del mismo, la O.M. de 4 de julio de 1983, que tampoco resulta aclaratoria en este punto. Sin embargo, la respuesta más ajustada a Derecho (117) es la negativa, considerando que el período de desempleo subsidiado no es una situación de activo (la única prestación de servicios es la que deriva del contrato que se mantiene en vigor y de la que se devengan *remuneraciones*): no existe verdadero pluriempleo y, por tanto, debe excluirse del cómputo de los diez años a efectos de aplicar las reglas de pluriempleo al cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, del mismo modo que se excluyen las rentas correspondientes a la pensión de incapacidad permanente que se compatibilizaba con un trabajo posterior (es doctrina unificada constante: *cf.* STS de 13 de enero de 1995, Ar. 349). Es decir, se contabilizará sólo la parte proporcional de aquellas bases correspondientes a períodos trabajados, inferiores a diez años (art. 162.5 LGSS). Lo contrario supondría un beneficio desmesurado, habida cuenta del importante incremento de la cuantía de la pensión que produciría.

Ahora bien, la anterior situación, al margen de que sean aplicables las normas sobre pluriempleo, plantea la cuestión de la determinación de la base reguladora con cómputo o no de la base de cotización correspondiente a la prestación por desempleo, considerando que durante la percepción de la misma se percibieron también remuneraciones con obligación de cotizar. Se trata de dilucidar si, puesto que son computables las bases de los meses inmediatamente anteriores al hecho causante, las correspondientes a desempleo también se integrarán en la base de cálculo o, por el contrario, habrá que tomar las bases del período anterior a la extinción de la situación de pluriempleo. El problema surge porque, si se aplica analógicamente la solución prevista para las situaciones en las que el beneficiario compatibilizó un trabajo con la condición de pensionista de invalidez permanente (el cómputo exclusivo de las rentas de activo, excluyendo los haberes pasivos, STS de 13 de enero de 1995, Ar. 349), se sitúa al pluriempleado que perdió alguno de sus empleos en una posición realmente desventajosa, si el empleo que se conserva es a tiempo parcial (el art. 15 R.D. 625/1985, de 2 de abril, declara que es desempleo la pérdida total de uno de los empleos si éste era a tiempo completo, o si ambos lo eran a tiempo parcial), ya que la cuantía de la pensión quedará injustamente reducida, por no hablar de la disminución de la cuantía de la prestación por desempleo que produce, *ex* artículo 15.3 del Real Decreto 625/1985, la compatibilización de ésta con un trabajo a tiempo parcial, para evitar que, computadas ambas rentas, superen la que corresponde a la prestación de desempleo, con la consiguiente minoración proporcional de la base de cotización durante la situación de desempleo (art. 19.2 R.D. 625/1985). La solución debe ser, por tanto, el cómputo de la prestación de desempleo, considerando que ya se ha tenido en cuenta, en las normas que regulan su régimen de compatibilidades e incompatibilidades (arts. 221 LGSS y 15 R.D. 625/1985), la situación de pluriempleo (reduciendo la cuantía de la prestación contributiva).

(117) Considérese el artículo 109 LGSS, que excluye expresamente de la base de cotización las prestaciones de la Seguridad Social (SSTS de 12 de noviembre de 1994, Ar. 8609, y de 19 de diciembre de 1994, Ar. 10699).

2. *Trabajador que compatibilizaba la percepción de pensión de incapacidad permanente con la condición de trabajador en activo.* Al hilo de las anteriores consideraciones, y desde el régimen de incompatibilidades de la prestación por desempleo, establece el artículo 221.2 LGSS la compatibilidad de ésta con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social cuando éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo. La cuestión planteada es la siguiente: si la obtención de prestaciones por desempleo es compatible con la condición de pensionista, y la doctrina unificada del Tribunal Supremo (STS de 13 de enero de 1995, Ar. 349) considera que, en situaciones de compatibilización de la condición de pasivo con la de activo, no son computables los haberes pasivos (por no encajar en el concepto de «carerra de seguro»), debería excluirse el cómputo de las rentas propias de períodos de activo. Sin embargo, considerando que aquella situación de activo se ha mutado en situación de desempleo, etapa que continúa siendo período «de activo» o permanencia en el mercado de trabajo, las únicas rentas computables en tal hipótesis seguirán siendo las últimas inmediatamente anteriores al momento del hecho causante o, lo que es lo mismo, rentas *correspondientes a períodos de prestación* (a las que se unirán las inmediatamente precedentes, correspondientes a auténticos *períodos de seguro*). Por el contrario, si la situación de desempleo -del pensionista de incapacidad permanente- permanece tras el agotamiento de las prestaciones, lo procedente será la integración de tales lagunas, siempre y cuando se mantenga la demanda de empleo en la correspondiente Oficina pública (STSJ de Cataluña, de 13 de octubre de 1993, Ar. 4532, que niega la aplicación de la doctrina del paréntesis).

3. *Trabajador que causa pensión de jubilación al amparo del Reglamento 1408/1971*, habiendo permanecido en desempleo durante un período que se integra en la base de cálculo de la prestación. Habida cuenta de que, en virtud del artículo 47.1 g) y Anexo VI, D. 4 del Reglamento 1408/71, según su versión de 1992 (Reglamento 1248/92, de 30 de abril), sólo serán computables para el cálculo de la base reguladora en dicha situación especial las bases de cotización reales efectuadas en España -antes de la emigración- (118), no se planteará problema alguno de cálculo, pues los períodos de desempleo serán computados según las normas generales examinadas, sin que se derive especialidad alguna de la concurrencia de elementos de extranjería.

2.3. *Incrementos indebidos de las bases de cotización de años precedentes al hecho causante.*

Como se ha señalado en líneas anteriores, el artículo 162.2 LGSS (que transcribe el contenido, según se dijo, del art. 1.º R.D.-L. 13/1981), con la finalidad de evitar aumentos ficticios de la base reguladora y, por tanto, de la cuantía de la pensión, prohíbe los incrementos de las bases de cotización por *aumentos salariales* que hayan tenido lugar durante los últimos dos años si su origen es un aumento salarial superior al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable, exceptuando en el número 3 a los que sean consecuencia de la aplicación estricta de

(118) STJCE de 12 de septiembre de 1996 (Ar. 150), y SSTs de 5 de diciembre de 1996 (Ar. 9060) y de 17 de enero de 1997 (Ar. 558).

las normas contenidas en disposiciones legales y convenios colectivos sobre antigüedad y ascensos reglamentarios de categoría profesional o deriven de conceptos retributivos previstos en ley o convenio (a menos que se produzcan exclusivamente por decisión unilateral de la empresa).

Establecida dicha premisa, y habida cuenta de la práctica habitual de la jurisprudencia de retrotraer la presunción de fraude a todo el período tomado para el cómputo de la base reguladora, lógico será convenir en que la declaración de fraude en los incrementos de las últimas bases de cotización alcanza también a las prestaciones de desempleo que, tomadas para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, fueron anteriormente utilizadas para la determinación de la cuantía de las prestaciones por desempleo. Dicho con claridad, se trataría de impedir que la «filtración» de las bases a través de las prestaciones por desempleo, implique la exclusión de la aplicación del principio contenido en el, entonces, artículo 1.º R.D.-L. 13/81 y, hoy, actual artículo 162 LGSS (STSJ de Madrid, de 18 de febrero de 1991, Ar. 1390, y STSJ de Castilla y León/Burgos, de 2 de marzo de 1994, Ar. 1051).

La conclusión anterior lleva a minorar no sólo las bases correspondientes al período del incremento debido, sino todas aquellas correspondientes al tiempo de percepción de la prestación por desempleo, durante la cual se ha mantenido la obligación de cotizar (pudiendo alcanzar hasta dos años), pues los incrementos de los últimos seis meses de activo tendrán su reflejo en la base de cotización del período de percepción de la prestación contributiva. Ergo si se hace estricta aplicación del plazo de los dos años previsto originariamente en el artículo 1.º del R.D.-Ley 13/1981, la retroacción alcanzará a cuatro años (o período inferior, si el tiempo de percepción de las prestaciones por desempleo fue menor). En caso de ampliarse a todo el período tomado para el cómputo de la base reguladora, la minoración alcanzará al tiempo de desempleo y a los años anteriores que falten para completar esos ocho años o el plazo temporal mayor previsto, como en su momento señalamos, en la nueva regulación introducida por la Ley 24/1997 (tanto en la transitoria y progresiva, cuanto en la definitiva que se implante a partir de 1 de enero del año 2002).

2.4. El subsidio para mayores de 52 años y la celebración de Convenio Especial.

Según determina el artículo 4.1 c) O.M. de 18 de julio de 1991, por la que se regula el Convenio Especial en el sistema de la Seguridad Social, los trabajadores que se encuentren percibiendo prestaciones económicas del nivel contributivo por desempleo pueden suscribir Convenio Especial a partir del día siguiente a aquel en que se haya extinguido el derecho a dicha prestación. En suma, cualquier situación posterior a ésta, con inclusión de la percepción de la prestación por desempleo en su modalidad asistencial (de uno de los subsidios especiales que la integran), permite suscribir Convenio Especial y con ello modificar las bases de cotización correspondientes a este nuevo período y, con ello, la base reguladora de la futura pensión de jubilación (119).

(119) El mismo derecho se reconoce a aquellas personas que, teniendo suscrito el Convenio Especial, vean extinguido su derecho al subsidio de desempleo, con cotización por la contingencia de jubilación, podrán solicitar la suscripción de Convenio Especial previsto en el capítulo I (de la O.M. de 18 de julio de 1991), dentro del plazo de noventa días naturales, a contar desde la fecha en que la citada extinción haya tenido efectos, o bien desde la fecha en que la Resolución administrativa o Sentencia judicial haya adquirido firmeza (art. 11.3 O.M. de 18 julio de 1991).

Esta posibilidad permitirá, cuando no se mantenga la obligación de cotizar, por ausencia del derecho al subsidio de prejubilación, integrar las lagunas de cotización con bases diferentes -superiores- a las que determina el artículo 161.2 LGSS, eliminando los efectos negativos del mecanismo de la integración por la base mínima general. En el supuesto especial del subsidio de prejubilación, el beneficio que permiten alcanzar es la mejora de la base de cotización, habida cuenta del evidente perjuicio que causará al desempleado mayor de 52 años la permanencia en dicha situación durante todo el período que va a tomarse como base de cálculo de la pensión (resultando de ello una cuantía equivalente, o inferior en su caso, a la base mínima de cotización) (120).

La nueva base de cotización que introduce este peculiar sistema de mantenimiento del alta en la Seguridad Social no es única, pues el artículo 6 de su Orden reguladora concede al interesado la posibilidad de elegir entre una base mínima y otra máxima, permitiéndole, además, optar por la que desee siempre que esté comprendida entre ambos topes. Tanto en un supuesto -el del agotamiento de la prestación contributiva de desempleo- como en el otro -percepción del subsidio de prejubilación- la base a aplicar será la misma -o, mejor dicho, se ajustará al mismo esquema-. Ahora bien, en la segunda de las hipótesis, dado que *ya se cotiza* a la contingencia de jubilación (art. 218 LGSS), en la cuantía mínima, el efecto de la celebración de tal Convenio Especial será la mejora de la base de cotización hasta alcanzar los referidos límites, según las siguientes reglas.

La base de cotización en tal caso, según dispone el artículo 11.1.4.2.º O.M. de 18 de julio de 1991, será la diferencia entre la base prevista en el artículo 11.1.4. 1.º O.M. de 18 de julio de 1991 y la base de cotización por la que cotiza el INEM durante la percepción del subsidio asistencial.

De la aplicación de tales reglas, la base de cotización resultante, que integrará la base reguladora de la pensión de jubilación, será la diferencia entre dos bases diferentes:

- La base por la que se cotiza durante el convenio especial. Tal base se calculará según un complejo sistema, regulado en el artículo 6.3 de la citada Orden, al que remite el citado artículo 11.1.4.1.º. En él se permite optar al interesado entre tres tipos de bases:
 - a) la base mínima por contingencias comunes vigente en el Régimen de la Seguridad Social en el que se suscriba el convenio: podría entenderse que dicha base es la misma por la que se cotiza durante la percepción del subsidio por desempleo (y que, en consecuencia, ésta no va a ser de aplicación a estos efectos); sin embargo, el número 5 del artículo 6 aclara que las referencias a la base mínima del correspondiente régimen se

(120) En el mismo sentido, MERCADER UGUINA («La reforma...», *op. cit.*, págs. 69-70), quien denuncia la falta de equidad a la que ello conduce, provocada por unos falsos resultados cuantitativos de la pensión, existiendo idéntico esfuerzo contributivo pero desiguales circunstancias en el final de la carrera de seguro. De esta manera, situaciones adversas, tales como el desempleo, en la proximidad de la fecha de la jubilación provocan efectos no deseados y, en todo caso, injustos y contrarios al principio de proporcionalidad cotización-prestación y de solidaridad del sistema.

entienden hechas, cuando el régimen en cuestión distinga entre distintas categorías profesionales a efectos de cotización (léase Régimen General), «a las correspondientes al grupo de cotización en que se encuentre comprendida la categoría que tenía el trabajador antes de la baja»,

- b) la base que resulte de multiplicar por 30 el cociente de dividir la suma de las bases por contingencias comunes por las que haya cotizado el trabajador durante los 365 días a aquel en que haya surtido efectos la baja o se haya extinguido la obligación de cotizar por el número de días a que se refiere la cotización: en este supuesto, las bases a utilizar serán las anteriores al momento de extinguirse la prestación contributiva de desempleo (no la de períodos de activo, pues durante tal situación se mantiene la obligación de cotizar);
 - c) una base de cotización que esté comprendida entre las bases descritas en los dos apartados anteriores: en tal caso, se permite al beneficiario moverse entre dos límites: el mínimo propio de su grupo de cotización y la base de cotización real anterior a la baja; de lo que se obtiene una triple escala de bases de cotización, encabezada por la que se calcula conforme al apartado b), seguida por la que resulta de la aplicación de la presente regla y, finalmente, una tercera base.
- La base de cotización por la que cotiza el INEM durante la percepción del subsidio asistencial será, según el artículo 218.4 LGSS, el tope mínimo de cotización vigente en cada momento.

La diferencia entre ambas bases permitirá siempre mejorar la base ordinaria (la mínima), pero se permite al interesado modular la cuantía final de la prestación, aproximando la base de cotización a la que se mantuvo durante la percepción de la prestación contributiva por desempleo, que a su vez era reflejo de la situación de activo previa. Así, en este especial supuesto la cuantía de la pensión de jubilación no quedará tan minorada, a costa de la mejora de la cotización por el propio beneficiario.

3. Cuantía: el coeficiente reductor por jubilación anticipada.

La jubilación anticipada de origen voluntario (esto es, aquella que se otorga como beneficio especial a quienes, por su integración en el régimen de Mutualidades, tengan reconocido el derecho a la jubilación anticipada a partir de los 60 años) resulta «penalizada» por la disposición transitoria primera, 9, O.M. de 1967, y la disposición transitoria tercera, 1.2.º LGSS con la pérdida de cierta porción de la cuantía de la pensión, resultado de aplicar un coeficiente reductor proporcional al número de años en que se adelante la edad ordinaria de jubilación.

El referido porcentaje, de un 8 por 100 por cada año «de adelanto», queda reducido al 7 por 100 (121), por mor del artículo 7 de la Ley 24/1997, de 15 de julio [que modifica la regla segunda del apartado 1 de la disposición transitoria tercera LGSS (122)], cuando el cese derive de extinción del contrato de trabajo en virtud de causa no imputable a la libre voluntad del trabajador y éste acredite 40 años de cotización (123) (cuyo cómputo debe entenderse que es el ya realizado para determinar la cuantía de la pensión, con inclusión, por tanto, de los años «bonificados»). El Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, añade en su disposición transitoria segunda, 3, que dicha escala reducida será también aplicable a los beneficiarios de:

- a) la prestación de desempleo, cuando ésta se extinga por agotamiento del plazo de duración de la prestación o por pasar a ser pensionista de jubilación, según el artículo 213.1 LGSS;
- b) el subsidio de desempleo de nivel asistencial para mayores de 52 años, cuando se extinga dicho subsidio al alcanzar la edad que les permita acceder a la pensión contributiva de jubilación (124).

(121) Con la introducción del coeficiente reductor del 7 por 100, se suaviza un tanto la «injusticia actuarial» que viene comportando, en opinión de un sector doctrinal, la penalización tradicional del 8 por 100 para el beneficiario de la pensión. Así, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (a propósito del Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social)», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 81-1997, pág. 22 y nota núm. 67.

(122) Disposición transitoria tercera LGSS, desarrollada por Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, disposición transitoria segunda, en la que se especifican los supuestos que dan lugar a la aplicación del porcentaje reducido, coincidentes con las situaciones enumeradas como «desempleo involuntario» a efectos de las prestaciones por desempleo:

- a) despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, debidamente autorizado;
- b) muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, o extinción de la personalidad jurídica contratante;
- c) despido improcedente, cuando se haya optado por la indemnización, o cuando se haya dictado auto en ejecución de sentencia declarando extinguida la relación laboral, o por despido improcedente cuando se trate de representantes legales de los trabajadores, siempre que hubieran ejercido su derecho de reincorporación;
- d) despido basado en causas objetivas *ex* artículo 52 ET;
- e) resolución voluntaria por el trabajador en los supuestos de los artículos 40, 41.3 y 50 ET;
- f) expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que no haya habido denuncia del trabajador;
- g) resolución de la relación laboral durante el período de prueba a instancia del empresario, cuando la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los otros supuestos descritos;
- h) cualquier otra razón en virtud de la cual la extinción del contrato de trabajo no derive de causa imputable a la libre voluntad del trabajador.

(123) MERCADER UGUINA, J.R.: «La reforma...», *op. cit.*, pág. 73.

(124) Se excluyen los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

La redacción de la norma puede inducir a confusión, al ser susceptible de dos interpretaciones que conducen a consecuencias muy diversas:

- La que entiende que se está penalizando, haciendo extensible la aplicación de tal coeficiente reductor, la permanencia en la situación de desempleo hasta conectar la prestación con la pensión de jubilación, evitando así conductas fraudulentas habituales, consistentes en el cese anticipado en la actividad laboral (con dos años de antelación), en connivencia con el empresario, en la previsión de que, tras el agotamiento de las prestaciones contributivas de desempleo (por su duración máxima, 24 meses), podrá conectarse con la condición de pensionista. Sin embargo, tal conclusión parece forzada, habida cuenta de que se estaría presumiendo una conducta abusiva en el perceptor del subsidio asistencial para mayores de 52 años, situado en el disfrute de la misma en espera de lucrar la pensión de jubilación.
- La que entiende la previsión del Reglamento de desarrollo de la Ley 24/1997 como un beneficio concedido a aquellos en los que también concurre el elemento de la involuntariedad en el acceso a una jubilación anticipada, manifestado a través de una de las situaciones que describe la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre (coincidentes con las enumeradas en el art. 208 LGSS como situaciones legales de desempleo que abren la vía al reconocimiento de prestaciones por desempleo) y que, en su día, posibilitaron el disfrute de las prestaciones que *ahora* (tras su agotamiento) la tercera regla de la disposición transitoria segunda del citado Reglamento concibe como situaciones idóneas para serles extendida la bonificación del coeficiente reductor de la cuantía, hasta un 7 por 100 por cada año de adelanto a la edad de 65.

Es esta segunda la interpretación que debe prevalecer, por ser la única lógica y coherente con la filosofía del legislador, como puede deducirse de la tramitación parlamentaria de la citada norma, durante la cual incluso llegaron a proponerse bonificaciones más amplias (125). Aunque debe tenerse presente que su aplicación está condicionada a que se produzca la efectiva conexión sin solución de continuidad entre el desempleo subsidiado y la pensión de jubilación, no siendo procedente, por tanto, cuando se disfrute de otro subsidio asistencial que no sea el de prejubilación o cuando exista un período intermedio de desempleo subsidiado, a pesar del carácter involuntario del mismo y de la ininterrupción en la inscripción como demandante de empleo desde el agotamiento de la prestación.

(125) El Grupo parlamentario IU-IC, en la Enmienda número 21 al Proyecto de Ley de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social (BOCG de 26 de febrero de 1997, pág. 23), propuso la aplicación de una escala de coeficientes reductores del 5 por 100 al 1 por 100 en función de los años de anticipación a la edad ordinaria (por tanto, reduciéndose un 1% por cada año avanzado, desde el 5% correspondiente a los 60 años).

4. Otras relaciones entre ambas prestaciones.

Las relaciones entre las prestaciones de desempleo y de jubilación no se agotan en las anteriormente aludidas, manifestándose también en sentido inverso, es decir, desde la jubilación al desempleo, o, lo que es lo mismo, como efecto de la llegada de la edad de jubilación en el acceso o mantenimiento de las prestaciones por desempleo (126).

La cuestión se puede plantear en los siguientes términos:

- a) el hecho de que el desempleado alcance la edad de jubilación extingue el derecho a la prestación,
- b) el desempleado mayor de 65 años no puede obtener el reconocimiento de la prestación, y
- c) la suspensión de la pensión de jubilación por realización de nuevos trabajos no da derecho a las prestaciones por desempleo, pues el acceso a las mismas ya se cerró al superar la edad de 65 años (no ingresándose tampoco las cuotas empresariales correspondientes a tal contingencia) (127).

En virtud del artículo 207 d) LGSS, el reconocimiento del derecho a las prestaciones por desempleo exige no haber cumplido la edad ordinaria para acceder a la pensión de jubilación, salvo que el trabajador no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello, o se trate de situaciones de suspensión de la relación laboral o reducción de jornada autorizadas a través de un expediente de regulación de empleo. Por tanto, este requisito funciona a su vez como causa de extinción de la prestación (art. 216.3 LGSS). Ahora bien, la jubilación a la que aluden los referidos preceptos es la ordinaria, no la anticipada (STS de 5 de octubre de 1995, Ar. 7098) (128), salvo que se trate del subsidio para mayores de 52 años, pues éste, dado su carácter asistencial (129), no es más

(126) La incidencia de la jubilación sobre las prestaciones por desempleo también se manifiesta en la acreditación parcial de los requisitos para causar pensión de jubilación, a efectos de lucrar prestaciones por desempleo, porque o bien se deniega el acceso a las mismas por haber alcanzado ya la edad ordinaria de jubilación en el momento del hecho causante, o, en su caso, en el de la solicitud de la prestación, o bien es el cumplimiento de algunos de los requisitos, salvo precisamente el de la edad, lo que condiciona el reconocimiento de un subsidio específico de desempleo: el subsidio especial de prejubilación.

(127) Sobre este tema, *vid.* CABEZA PEREIRO, J.: «El cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación como causa extintiva de la prestación y del subsidio por desempleo», *Aranzadi Social* núm. 16-1996, pág. 2.631-ss.

(128) Véase un comentario a la misma en ORDEIG FOS, J.M.: «El subsidio por desempleo en la Ley de Seguridad Social», *Actualidad Laboral*, núm. 24-1996, pág. 487.

(129) Sobre la base de este elemento, CABEZA PEREIRO (*op. cit.*, pág. 2.639) argumenta que debería hacerse extensible el mismo régimen al resto de los subsidios asistenciales, manteniéndose la edad de 65 años como causa de extinción sólo para el nivel contributivo de la prestación.

que un mecanismo para suplir la carencia de rentas suficientes del desempleado, situación que no se da si éste tiene la posibilidad de acceder a la jubilación anticipadamente, por más que ésta suponga la reducción de la cuantía final de la prestación (STSJ de Galicia, de 14 de abril de 1994, Ar. 1762), ya que precisamente la finalidad del subsidio de prejubilación es mantener al desempleado en una situación expectante hasta poder lucrar pensión de jubilación (STS de 5 de octubre de 1995). De esta manera se equilibran los beneficios y las desventajas que van unidas a la condición de «desempleado prejubilado».

Todo ello determina un régimen de incompatibilidad de ambas situaciones y prestaciones entre sí, de modo que el acceso a una -jubilación-, aun cuando no se haya solicitado, cierra definitivamente el acceso a la otra -desempleo-, aunque tenga lugar la suspensión de la pensión por realización de nuevos trabajos, ya que la interrupción de la actividad laboral dará lugar a la reanudación de la pensión, nunca a la percepción de nueva prestación (STSJ de Canarias/Las Palmas, de 9 de marzo de 1993, Ar. 1166) (130), como se deduce de la Resolución de la Dirección General del INSS de 9 de diciembre de 1996.

Véase, pues, cómo la interconexión de ambas prestaciones es realmente múltiple y variopinta, particularmente con ocasión del acceso al nivel asistencial de la prestación por desempleo en su modalidad de «prejubilación», pues hasta su propia denominación habitual -no legal- da idea de la proximidad de ambas situaciones, habida cuenta, además, de que el reconocimiento de la misma sitúa al trabajador en posición de beneficiarse de una futura pensión de jubilación, es decir, el reconocimiento del subsidio de prejubilación lleva implícito el de la futura pensión, constituyendo un mecanismo para completar el período de carencia específica (el de carencia genérica se supone ya completo) y prolongar la carrera de seguro, con el consiguiente aumento de la cuantía de la prestación dependiente del período de cotización total acreditado.

5. Devengo.

La fecha inicial del devengo es coincidente con la fecha del hecho causante, que, si el trabajador no se halla en alta, entendiéndose esta situación como «de activo» (no de cotizante), es la de la solicitud de la prestación, por aplicación del artículo 3 de la Orden de 18 enero de 1967. Por tanto, si la situación no es la de alta (no existe, en consecuencia, un cese definitivo en el trabajo, pues el interesado procede de la situación de desempleo), indica el artículo 164 LGSS, *a sensu contrario*, que no procederá la retroacción del reconocimiento del derecho a la pensión a los tres meses anteriores. Así lo entiende la STS de 28 de octubre de 1994 (Ar. 8257), sobre trabajador desempleado

(130) Dicha razón es la que también motiva la denegación de la prestación por invalidez provisional, si bien el argumento esgrimido por el Tribunal es la extinción de la obligación de cotizar en tal situación, luego parece admitir *a sensu contrario* la posibilidad de devengar prestación por incapacidad temporal.

mayor de 55 (131), pues el artículo 14.2 de la O.M. de 18 de enero de 1967 «tiene su más clara aplicación en aquellos supuestos de trabajador por cuenta ajena que, habiendo cumplido la edad pensionable, cesa en su trabajo -hecho causante- y *demora la petición de la prestación*, en cuya situación y cualquiera que sea el retardo, la norma limita, en todo caso, la retroacción de la prestación a los tres meses anteriores al hecho causante».

Como se reafirma en la STSJ de Madrid, de 17 de febrero de 1997 (Ar. 461), «el hecho causante de la prestación, cuando no se está en alta (...), se produce con la solicitud (art. 3 de la Orden 18 enero 1967 y art. 1.2 del R.D. 1799/1985, de 2 de octubre), sin que, como es lógico, pueda pretenderse percibir la pensión con efectos anteriores al propio hecho causante». En igual sentido, STSJ de Cataluña, de 3 de marzo de 1994 (Ar. 1240).

III. CONCLUSIONES

Las consideraciones vertidas en las páginas anteriores, nos permiten concluir que, por lo que respecta a la relación entre ciertas específicas situaciones anteriores al momento del hecho causante y la determinación del nacimiento del derecho a la pensión de jubilación, existen determinados eventos o circunstancias que pueden influir negativamente sobre la misma. Eventos que, en ocasiones, son corregidos legal o jurisprudencialmente (desempleo), pero, en otras, su solución viene precisamente de la mano del legislador (incrementos indebidos de las bases de cotización).

En un afán de sistematización, pueden establecerse las siguientes reflexiones conclusivas a modo de cierre del estudio.

A. EN CUANTO AL ACCESO A LA PENSIÓN:

Primera. La situación de desempleo es idónea para acceder a la pensión de jubilación, tanto si se trata de desempleo subsidiado (art. 125.1 LGSS), como si no existe derecho a prestaciones o bien éstas ya se han agotado.

Segunda. Relativizado el requisito del alta a partir de la Ley 26/1985, la asimilación tiene virtualidad para operar la neutralización de los períodos en los que no existió cotización por causa de desempleo no subsidiado, permitiendo cumplir el requisito de la carencia específica.

(131) En el mismo sentido, y reinterpretando las anteriores, STS de 23 de enero de 1995 (Ar. 398).

Tercera. Para que el desempleo funcione como mecanismo de asimilación y consiguiente aplicación de la *teoría del paréntesis*, debe ser involuntario y manifestarse de forma ininterrumpida a través de inscripción en la Oficina de Empleo, admitiéndose los períodos de interrupción si son breves y están justificados.

Cuarta. Son cotizaciones válidas para lucrar jubilación las correspondientes al subsidio para mayores de 52 años, aunque las cotizaciones utilizadas para generar éste se hayan realizado en otro Estado, y aun cuando no se acredite en España el período de seguro de un año que exige el Reglamento 1408/71.

B. EN CUANTO AL CÁLCULO DE LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN: INCREMENTOS INDEBIDOS DE LA BASE DE COTIZACIÓN Y SU PROYECCIÓN SOBRE LA BASE REGULADORA.

Primera. El artículo 162 LGSS, heredero del artículo 1.º R.D.-L. 13/1981, es un claro ejemplo normativo de la rutinaria inercia del legislador en relación al tratamiento de los incrementos indebidos de la base de cotización dirigidos a acrecer la base reguladora de la pensión de jubilación. Afirmación que se sustenta atendiendo al caso omiso mostrado por el legislador en punto a la necesidad de adecuar y actualizar el mandato normativo a los criterios interpretativos de la STS de 8 de abril de 1992, única dictada hasta la fecha en unificación de doctrina, y a los criterios vertidos por la doctrina judicial de suplicación desde esa fecha.

Segunda. La obstinación del legislador en seguir limitando la proscripción expresa de los incrementos indebidos de las bases de cotización a los dos últimos años, no impide considerar que se ha ampliado el margen temporal de operatividad de la presunción de incremento fraudulento y carente de base objetiva, con la consiguiente retroacción minoradora de las bases de cotización, al nuevo período de referencia de la base reguladora que recoge el artículo 162.1 LGSS, así como a los períodos transitorios (aplicables progresivamente hasta el 1 de enero del 2002, fecha de entrada en vigor de la base sentada en aquel precepto) previstos en la disposición transitoria quinta LGSS.

Tercera. Ante las tres fisuras (carencia normativa integrada mediante la doctrina del fraude de ley; falta de profundización sobre la «prueba» del fraude; qué sucede con las cantidades cotizadas e ingresadas no computadas) de la doctrina unificada sentada en 1992 por el Tribunal Supremo, deben buscarse respuestas para evitar la dispersión excesiva de la doctrina judicial de suplicación. Así, a la carencia normativa hay que responder con una modificación del artículo 162 LGSS, que aclare de una vez la extensión a toda la base reguladora de la posible apreciación de fraude; a la prueba del fraude, que corresponde a la Entidad Gestora, hay que anudar la necesidad de que ésta aporte elementos indiciarios claros, taxativos y suficientes (siguiendo los criterios mayoritarios de la doctrina judicial de suplicación) que no dejen sombra de duda de dicha actuación irregular del beneficiario; en fin, las cantidades cotizadas indebidamente no comportan enriquecimiento injusto de la TGSS, aunque no se trate de una situación totalmente incontrovertida.

C. EN CUANTO AL CÁLCULO DE LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN: LA SITUACIÓN DE DESEMPLEO SUBSIDIADO.

Primera. Formarán parte de la base reguladora las bases de cotización por las que se haya mantenido la obligación de cotizar durante la percepción de prestaciones contributivas de desempleo (las correspondientes a los últimos seis meses de activo, *ex* artículo 70.1.3.º R.D. 2064/1995), siendo éstas, en el caso de que el último derecho agotado sea el nacido de un derecho anterior reabierto, las de ese período de activo anterior al nacimiento del primer derecho y no el anterior a su reapertura.

Segunda. Si existió pluriempleo, se computará íntegramente la prestación por desempleo, al ser minorada su cuantía por compatibilizarse con trabajo a tiempo parcial.

Tercera. Los incrementos indebidos de las bases de cotización también serán minorados cuando hayan sido «filtrados» a través de las correspondientes prestaciones de desempleo, al ser calculada la base de cotización sobre los salarios de activo.

Cuarta. En cuanto al nivel asistencial de la prestación, el disfrute de los subsidios ordinarios o especiales por cargas familiares o para parados de larga duración no implica obligación de cotizar y, por tanto, obliga a integrar las lagunas correspondientes con la base de cotización mínima prevista anualmente en las Órdenes de cotización. El disfrute del subsidio especial de prejubilación mantiene la obligación de cotizar y, por tanto, las bases correspondientes (las mínimas del Régimen General) integrarán la base reguladora de la pensión, pudiendo aquéllas ser mejoradas a través de Convenio Especial a partir de las bases mínimas por categorías profesionales o grupos de cotización.

D. EN CUANTO AL CÁLCULO DE LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN: LA SITUACIÓN DE DESEMPLEO NO SUBSIDIADO.

Primera. No es ya de aplicación, por expreso mandato del reformado artículo 161.1.2 LGSS y del artículo 4.4 Real Decreto 1647/1997, la doctrina del paréntesis al cálculo de las bases reguladoras, ni cuando las lagunas sean inmediatamente anteriores al momento del hecho causante ni tampoco cuando correspondan a períodos anteriores o «intermedios». Procederá, en todo caso, la integración de lagunas según las bases mínimas.

Segunda. Cuantía final de la pensión en caso de jubilación anticipada: siendo la situación de acceso a la misma «involuntario», el coeficiente reductor de la cuantía por anticipación de la edad no será el general del 8 por 100, sino el reducido del 7 por 100 introducido por el artículo 7 de la Ley 24/1997, y la disposición transitoria segunda, punto 3.º, del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, siempre y cuando el desempleo de origen sea subsidiado, en su nivel contributivo o en el asistencial para mayores de 52 años.

E. EN CUANTO AL *DEVENGO* DE LA PENSIÓN.

Única. No ha lugar a la retroacción del reconocimiento del derecho a los tres meses anteriores a la solicitud, pues tal previsión está pensada para penalizar la conducta del trabajador en activo que solicita tardíamente la prestación.