

ga la subsanación del elemento subjetivo cuando de la necesaria presencia del litisconsorte se trata, quizás no debió eludirse una interpretación de las normas procesales a la luz del derecho fundamental que proclama el artículo 24 de la CE, subsanando la falta de presupuestos procesales por razones de economía procesal y ello siendo evidente el litisconsorcio pasivo necesario, no afecta a la validez intrínseca de la relación jurídica, no siendo más que una defectuosa constitución de la relación procesal, en cuyo caso la solución lógica sería su subsanación, como de hecho ocurre diariamente en múltiples ocasiones.

Es cierto que la doctrina general que constitucionaliza el artículo 24 de la CE no es sino el derecho al acceso a la justicia y aun proceso con todas las garantías sin indefensión que permita al justiciable formular pretensiones y defenderse frente a las mismas, de acuerdo a las reglas establecidas por la Ley Procesal, instrumento del derecho. Que en esta interpretación vienen teniendo cabida interpretaciones como las de la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 1987⁸, en virtud de la cual el derecho a la tutela judicial se satisface también, con resoluciones que sin versar sobre el fondo de la pretensión deducida, proceden a inadmitir esta sobre la base de una causa legalmente prevista y fundada en Derecho, pero siempre, y este es el matiz más relevante, que se fundamente en una norma legal que no sea contraria al contenido esencial de ese derecho constitucional y que sea aplicada e interpretada de la forma más favorable a su efectividad.

Corresponde por tanto a los órganos de la jurisdicción ordinaria determinar cuándo y en qué condiciones existe legitimación para instar la acción de la justicia, o en su caso para responder de forma colegiada dada la vinculación de las partes demandadas a la acción que se ejercita. En el caso que nos ocupa entendemos que debió la Sala de lo Social de la AN y con posterioridad el TS por la vía del recurso interpuesto, subsanar la falta de legitimación pasiva que invitando al actor a traer a juicio a las secciones sindicales presentes en la elaboración del acuerdo.

Tradicionalmente, la LPL, aun dependiendo de un principio de justicia rogada, como también ocurre en la justicia civil, siempre ha mostrado mayores márgenes de flexibilidad, teniendo el juez un papel más decidido en aras a evitar proceso que no conduzcan a la efectiva resolución de las pretensiones formuladas. Este mayor margen, junto a la arraigada línea jurisprudencial de la que se aparta la sentencia, debió pesar sobre el Tribunal determinando la necesidad de subsanar la pretensión retrotrayendo las actuaciones al trámite de admisión de la demanda para que pudiese subsanarse la constitución válida de la relación jurídico procesal, haciendo real la tutela judicial consagrada en nuestra carta magna, que una vez más ha quedado a medio camino en lo que a efectividad de los derechos fundamentales se trata. Sobre todo ahora que la norma ritual civil ha dado un paso decisivo y valiente en este campo con la redacción del artículo 420 de la LEC.

⁸ En el mismo sentido la sentencia del TC de 25 de febrero de 1987.

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
Universidad de Málaga

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA APLICACIÓN
DE LA LLAMADA "TEORÍA DEL PARÉNTESIS" A LA
DETERMINACIÓN DE LAS BASES REGULADORAS DE
LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE
STS de 7 de febrero de 2000 (RAS 1619)

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS *

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de una trabajadora que tras agotar la prestación de incapacidad laboral transitoria, tal y como se llamaba en 1993, entró en situación de invalidez provisional. Una vez agotado el período de dicho subsidio, en 1997 fue declarada afecta a una incapacidad permanente en grado de total. El problema jurídico reside en la determinación de la base reguladora de la prestación ya que durante el período de invalidez provisional se producía una situación de suspensión del contrato de trabajo pero sin obligación de cotizar ni por parte del empresario ni por parte del trabajador.

RESUMEN: El Tribunal Supremo resuelve que, en la determinación de la base reguladora para una prestación derivada de una enfermedad común, el período que el beneficiario se hubiera encontrado en situación de invalidez provisional no ha de tenerse en cuenta a efectos del período determinado en el cálculo de la citada base, esto es, el período desde el que ha de calcularse la base reguladora comenzará, hacia atrás, a partir desde el momento en que cesó la obligación de cotizar.

ÍNDICE

1. Introducción: algunas ideas sobre la temporalidad en la regulación de la invalidez o incapacidad
2. La aplicación de la doctrina del paréntesis en la determinación de las bases reguladoras de las prestaciones de incapacidad permanente: la división de opiniones: 2.1 Las argumentaciones de la mayoría de la Sala General; 2.2 Las argumentaciones expuesta en el voto particular
3. A modo de cierre: valoración personal y sobre la proyección de esta doctrina a las prestaciones vigentes

* Profesor T.E.U de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. INTRODUCCIÓN: ALGUNAS IDEAS SOBRE LA TEMPORALIDAD EN LA REGULACIÓN DE LA INVALIDEZ O INCAPACIDAD

Como se recuerda, hasta la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, en nuestro ordenamiento jurídico de Seguridad Social existían tres prestaciones diferenciadas que se referían a la protección de la incapacidad para el trabajo por motivos de salud: la incapacidad laboral transitoria (que incluía la protección de la maternidad aunque realmente no fuera una incapacidad para trabajar debida a cuestiones de salud); la invalidez provisional y la invalidez permanente.

La reforma producida por la citada Ley significó una nueva estructuración de las prestaciones ya que la primera de las citadas pasó a llamarse incapacidad temporal; pero no sólo hubo un simple cambio nominal sino que se desprendió de la misma las prestaciones por maternidad, cosa que parecía lo más coherente con el panorama internacional que rodeaba a nuestro Estado. De otro lado, la prestación de invalidez provisional desapareció, no obstante, quedaban las reconocidas en situación de transitoriedad, pudiendo llegar algunas hasta 1999. La invalidez permanente se vio también afectada en la medida en que se produjo una nueva definición, se establecieron nuevos plazos para la revisión y se dio al Gobierno permiso para que efectuara una nueva regulación del procedimiento de declaración de la invalidez (cosa que se produciría al poco tiempo con el RD 1300/1995)¹.

Pues bien, como se recuerda, la invalidez provisional era una prestación que percibían los trabajadores beneficiarios de prestaciones de incapacidad laboral transitoria de la Seguridad Social que, continuando en situación de incapacidad y necesitando de asistencia sanitaria, hubieran agotado el plazo máximo de duración de la citada prestación siempre y cuando se previera que esa incapacidad o invalidez no iba a ser definitiva. La "provisionalidad" de esta prestación venía a ser demasiado larga. De hecho, la duración de la invalidez provisional podría ser de cuatro años y medio o de cinco años dependiendo de la duración de la prestación de incapacidad laboral transitoria de la que proviniera². La cuantía a percibir sería la misma que la de la prestación de incapacidad laboral transitoria de la que proviniese³. Junto a ello, y para evitar pérdida

¹ Sobre la reforma véase, por todos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E., en "Novedades de la Ley 42/1994: en especial, en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente", en *Relaciones Laborales*, tomo I, 1995, págs. 1093 y sigs.

² La duración total de las prestaciones de incapacidad laboral transitoria y de la invalidez provisional no sobrepasará los seis años desde que comenzó la primera de las prestaciones, ex art. 133.1 d) de la LGSS anterior a la Ley 42/1994. Por ello, teniendo en cuenta que la duración de la incapacidad laboral transitoria era, y es con la nueva denominación, de 12 meses o 18 en caso de prórroga, el resto del tiempo será de invalidez provisional.

³ Como se sabe, la prestación de incapacidad laboral transitoria se hallaba aplicando un tanto por ciento sobre la base reguladora. La determinación de la cuantía es la misma que la que en la actualidad se aplica a las prestaciones de incapacidad temporal.

del poder adquisitivo a causa de la larga duración de esta prestación, los Decretos anuales de revalorización de pensiones contemplaban a la prestaciones de invalidez provisional, "evitando así lo que podría ser un grave deterioro de esta prestación ya que, siendo su cuantía equivalente a la de la ILT, su duración en cambio es mayor, por lo que queda más expuesta a la erosión inflacionista"⁴.

El problema se produce, sobre todo, porque durante la situación de invalidez provisional se extingue la situación de cotizar (aunque durante dicha prestación el trabajador se encontraba en situación de asimilación al alta al efecto de acceder a ciertas prestaciones⁵), y ello plantea la cuestión de cómo ha de determinarse la base reguladora a efecto de posibles prestaciones futuras.

La invalidez provisional, más que asimilarse a la permanente, se dijo, era una "prolongación de la incapacidad laboral transitoria"⁶. La justificación de esta prestación podría encontrarse en el hecho de que se intentara evitar, en la medida de lo posible, y a través de la protección sanitaria y de medidas recuperadoras, la calificación de un trabajador como inválido permanente; ya que tal calificación puede suponer la concesión de una pensión vitalicia por parte del sistema de Seguridad Social y, en coherencia con ello, un gasto importante.

La invalidez, en definitiva, siempre ha sido un problema complejo ya que son múltiples las dificultades de cobertura por las variedades que pueden darse. Ya indicaba hace tiempo ALONSO OLEA que el rasgo definitorio del riesgo

La base reguladora de la prestación viene recogida en el art. 13 del D. 1.646/72, de 23 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General:

a) Para contingencias comunes: la base reguladora para el cálculo de la cuantía del subsidio será el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador, correspondiente a la contingencia de la que aquella se derive, en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad, por el número de días a que dicha cotización se refiera.

b) Para contingencias profesionales: la base reguladora será igual que para contingencias comunes pero las horas extraordinarias se computarán mediante el promedio de las mismas en los doce meses naturales anteriores a la fecha de la iniciación de la situación de incapacidad. De ser menor la antigüedad del trabajador en la empresa o de no haber cotizado durante alguno de los aludidos doce meses, las bases de cotización de complementarán promediando las que hubieran doce meses, las bases de cotización de complementar dicha antigüedad o trabajando los doce meses en dicha empresa.

El porcentaje aplicable a las situaciones de invalidez provisional era, en todo caso, el 75%.
⁴ Como indican ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., en su *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1991, pág. 236.

⁵ Aunque con cierta discusión en la doctrina y jurisprudencia, sobre la cuestión vid BARRIOS BAUDOR, G.L., *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 183 y sigs y en especial la interesante nota nº 238.

⁶ ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., en su *Compendio de Seguridad Social*, op. cit., pág. 231.

de invalidez es la reducción o eliminación de obtener rentas del trabajo por una enfermedad prolongada⁷.

En la regulación anterior, la diferenciación entre invalidez provisional y permanente radicaba en un factor exclusivamente temporal. La primera derivaba del agotamiento del plazo de una prestación también de carácter temporal, la incapacidad laboral transitoria, sin que se haya producido curación y "siempre que se prevea que la invalidez no va a tener carácter definitivo". La permanente suponía la curación con reducciones anatómicas o funcionales que anulen o disminuyan la capacidad laboral del inválido⁸.

Antes como hoy, resulta muy complicada la diferenciación entre una lesión "temporal" o "provisional" y una "permanente". En el estado de la ciencia médica, y en la complejidad de las distintas patologías que pueda sufrir un beneficiario, es tremendamente complejo determinar el carácter definitivo o "previsiblemente definitivo" de una lesión o enfermedad y, por supuesto, el hecho de que pueda ser recuperable aunque en fecha "médicamente incierta o a largo plazo". No es una cuestión balad, ya que es casi imposible de determinar una fecha médica exacta de la producción del hecho causante.

Finalmente, y de otro lado, la eliminación de la prestación de invalidez provisional supuso, al mismo tiempo, evitar los efectos perniciosos de la falta de cotización durante tan largo período de tiempo. Aunque la solución dada por la actual legislación no es del todo perfecta ya que la nueva solución legislativa permite que nos encontremos ante una posible prórroga de la situación de incapacidad temporal hasta un máximo de 30 meses desde el momento en que se inició la prestación de incapacidad temporal. Esa prórroga especial, producida una vez se han agotado los 18 meses de duración prorrogada de la prestación de incapacidad temporal, es un tiempo durante el cual también se extingue la obligación de cotizar⁹ (el problema, evidentemente, es mucho menor ya que la extinción de obligación de cotizar lo es en el peor de los casos de un año).

⁷ En sus *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 8ª edición, Madrid, 1982, pág. 161.

⁸ De otro lado, desde la Ley 42/1994, la incapacidad permanente (antes invalidez permanente) viene a definirse como la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. Y no obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

⁹ Así, el segundo párrafo del apartado segundo del art. 131 bis LGSS establece que en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la calificación de invalidez, ésta podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los 30 meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal. Para que se dé la prórroga será necesario que los servicios médicos del INSS emitan un oportuno dictamen en el que expresamente se señale la conveniencia de no proceder de inmediato a la calificación de la incapacidad permanente, atendida la situación clínica del interesado y la necesidad de continuar con el tratamiento médico.

2. LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL PARÉNTESIS EN LA DETERMINACIÓN DE LAS BASES REGULADORAS DE LAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE POR ENFERMEDAD COMÚN: LA DIVISIÓN DE OPINIONES

Respecto de la cuestión que nos ocupa, la reforma operada por la Ley 26/1985, de 31 de julio (y del RD 1799/1985 que lo desarrolla), supuso, de un lado, la ampliación del período de carencia de las pensiones de invalidez permanente haciéndolo depender de la edad del trabajador solicitante de la pensión. Y, de otro lado, el establecimiento de una base reguladora para las pensiones (cualquiera que sea su grado) derivadas de enfermedad común que supone tener en cuenta las bases de cotización de los ocho años inmediatamente anteriores al hecho causante, salvo que el período de carencia exigido fuera inferior según la edad del trabajador¹⁰.

Como ya se ha dicho, la sentencia que se comenta trata de resolver si la base reguladora derivada de la prestación de incapacidad permanente derivado de enfermedad común, cuando el beneficiario hubiera estado en situación de invalidez provisional, durante el cual, como se dijo, no hubo obligación de cotizar, habrá de integrar sus lagunas con la base mínima de cotización correspondiente a ese período o habrá de calcularse a partir del mes inmediatamente anterior a producirse la situación que dio lugar a la exención del deber de cotizar.

En definitiva, la incapacidad temporal puede prolongarse hasta doce meses más, percibiendo el mismo subsidio que recibía. En esta prórroga el contrato de trabajo continúa suspendido (art. 36. Uno Ley 42/94); y, aunque durante la suspensión del contrato en situación de incapacidad temporal la regla es que subsiste la obligación de cotizar (art. 106.4 LGSS), para el caso de prórroga especial se establece una excepción al extinguirse la obligación de cotizar (art. 131 bis.2 LGSS).

¹⁰ Así, la base reguladora será el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización por el interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores a aquél en que se produjo el hecho causante.

Para dicho cómputo se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

- Las bases correspondientes a los 24 meses anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante se computará por su valor nominal.
- Las restantes bases se actualizarán de acuerdo con la evolución que haya experimentado el IPC desde los meses a que aquellas correspondan hasta el mes inmediato anterior a aquél en que se inicie el período de base no actualizables.
- En los supuestos en que se exija un período de carencia inferior a 8 años, la base reguladora se obtendrá de forma análoga a lo que se acaba de decir, pero computando las bases mensuales de cotización en número igual al de meses de que conste el período mínimo exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes.
- Si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de 18 años. Esta regla no se aplica si el sujeto no estuviera en situación de alta o asimilada y la invalidez declarada fuera en grado de absoluta o gran invalidez no se aplicaría la tercera regla de las citadas.

Pues bien, el Tribunal Supremo adopta para la resolución de esta cuestión la aplicabilidad de la teoría del paréntesis¹¹. Ésta había sido elaborada por los Tribunales Superiores de Justicia, y confirmada posteriormente por el propio Tribunal Supremo en diversas ocasiones¹², y suponía que el período de carencia específico¹³ exigido para la obtención de algunas pensiones se computara, para los supuestos en los que el solicitante de la prestación había estado un período más o menos prolongado sin cotizar, no desde el momento del hecho causante hacia atrás sino desde el momento en que cesó la obligación de cotizar¹⁴. Ha sido el propio Tribunal Supremo el que ha definido esta situación o doctrina (por todas, en sentencia de 4-5-2000) aplicada "para retrotraer el período de carencia específica a época anterior a aquélla en la que comienza un período en el que no existe posibilidad de cotizar, pero siempre condicionada a la realidad de un período de falta de trabajo pero con voluntad de trabajar acreditada con la permanencia del beneficiario como demandante de empleo o en situación de imposibilidad manifiesta de trabajar, en cuanto prueba palpable de ese 'animus laborandi' que justificaría la opacidad del período a efectos carenciales".

En palabras de SEMPERE NAVARRO, conforme a esta doctrina "ha de neutralizarse el tiempo durante el cual concurren circunstancias que dificultan o impedian la cotización a la Seguridad Social. Eso significa que el arco temporal dentro del cual se buscan las cotizaciones precisas hay que aumentarlo (hacia el pasado) tanto cuanto dure tal paréntesis"¹⁵.

¹¹ La tesis del paréntesis (para la base reguladora) ha sido adoptada en nuestro ordenamiento jurídico, bien a través de normas internas o internacionales, para supuestos de trabajadores de nacionalidad española que emigrasen a otros países para trabajar y luego retornasen con derecho a una prestación económica del sistema. Un ejemplo de norma interna que la recoge es el caso de un trabajador, que cumpliendo los requisitos para acceder a una prestación por desempleo (nivel contributivo) ha decidido no solicitarla y salir a buscar trabajo al extranjero; a su retorno, si se cumplen una serie de requisitos, tendrá derecho a una prestación por desempleo teniendo en cuenta la cotización efectuada en España en los seis años anteriores a la salida y conforme a las bases de cotización de los últimos 180 días trabajados en España. Un ejemplo de norma internacional puede serlo un Convenio bilateral, por ejemplo el firmado con Brasil, en el que se indica que las bases reguladoras de las prestaciones contributivas serán, debidamente actualizadas, las correspondientes al período inmediatamente anterior a la salida del territorio nacional.

¹² Por todas, SSTs de 10-12-1993 (Ar. 9771) y 24-10-1994 (Ar. 8160). Incluso para prestaciones que no son pensiones, como por ejemplo, el subsidio por desempleo para mayores de 52 años (por todas, STS de 4-5-2000). El TSJ de Andalucía (Málaga) dictó el 9-3-1998 una sobre viudedad.

¹³ Como se sabe, el período de carencia específico es la exigencia que del total del período de carencia exigido una parte se encuentre dentro de un determinado lapsus de tiempo. Por ejemplo, para la incapacidad permanente se indica que un quinto (veinte por ciento) del período de carencia exigido para los solicitantes con 26 o más años se encuentre dentro de los diez años inmediatamente anteriores al momento del hecho causante. O, en las pensiones de jubilación, se pasó de la exigencia de dos años cotizados dentro de los ocho últimos a dos años cotizados dentro de los quince últimos (quizás por la influencia de la doctrina del paréntesis que en texto, y a continuación, se explica).

¹⁴ Por ejemplo, las SSTs de 10-12-1993 (Ar. 9771) y 24-10-1994 (Ar. 8106).

taban o impedian la cotización a la Seguridad Social. Eso significa que el arco temporal dentro del cual se buscan las cotizaciones precisas hay que aumentarlo (hacia el pasado) tanto cuanto dure tal paréntesis"¹⁵.

El problema reside en el hecho de que el aplicar una tesis elaborada para el acceso a unas prestaciones, concediendo prestaciones a quienes tienen período de carencia suficiente pero distribuido de forma irregular (sin duda, por los caprichos del mercado de trabajo), a la determinación de una base reguladora supone la necesidad de dar argumentaciones importantes adicionales. Sobre todo, cuando los apartados primero y cuarto del art. 140.1 de la LGSS son tan contundentes: el uno dice que los meses cuyas bases de cotización integran la base reguladora serán los inmediatamente anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante; el otro dice que si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses en los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de cotización (que, como se sabe, es igual a la del salario mínimo interprofesional incrementada en un sexto —la equivalencia de dos pagas extras al año—) de entre todas las existentes en cada momento para mayores de 18 años¹⁶. Las salas de los Tribunales Superiores de Justicia ya se había pronunciado de forma contradictoria al respecto, evidentemente el TSJ del País Vasco, cuya sentencia es la que se casa y anula, dijo que no era de aplicación tal tesis, también la sala de Málaga del TSJ de Andalucía (en sentencia de 14-1-2000, RAS 91); en sentido contrario, esto es en el que va a seguir el Tribunal Supremo desde la sentencia de 7-2-2000 que se comenta, la pionera que fue la sentencia de la sala del TSJ de Galicia de 6-7-1993 (RAS 3403), pero no fue la única ya que la tesis del paréntesis se recoge también en la sentencia de la sala de Málaga del TSJ de Andalucía de 7-7-1994 (RAS 2952) y del TSJ de Cataluña de 29-5-1999 (RAS 2564).

Pero no sólo fueron los Tribunales los que adoptaron esa posición ya que, con anterioridad, la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social¹⁷ dictó una Resolución de 17-3-1986 en la cual se establece que la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común será calculada de acuerdo con lo previsto en el art. 3 de la Ley 26/1985, si bien los meses computables serán los, en cada caso correspondiente, inmediatamente anteriores, asimismo, a la fecha de iniciación de la situación de invalidez provisional. La justificación de la adopción de tal Resolución se

¹⁵ En *Curso de Seguridad Social*, AAVV, coord. Montoya Melgar, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1998, pág. 385.

¹⁶ Recuérdese que en el momento actual no existe una distinción en las bases mínimas de cotización para mayores o menores de 18 años.

¹⁷ Que era un órgano integrado en el Ministerio de Trabajo a través del cual el Gobierno ejercía la dirección y tutela de las Entidades Gestoras y Servicios comunes, así como de las colaboradoras de conformidad con lo establecido en la LGSS, tanto la de 1974 como la actual.

encontraba en el hecho de que la inexistencia de la obligación de cotizar ni de la posibilidad de seguir cotizando, "conduciría a que los futuros inválidos permanentes fuesen de peor condición que aquellos otros que proceden directamente de incapacidad laboral transitoria, e incluso podría originar supuestos de desprotección en aquéllos casos en que el período mínimo de cotización se cumple al finalizar la incapacidad transitoria, al estar establecido en función de la edad del sujeto causante. De otro lado, y a pesar de la actualización de las bases de cotización susceptibles de ellos, produciría una sensible merma en la intensidad protectora, al integrarse con bases mínimas todo el tiempo de permanencia en situación de invalidez provisional"¹⁸. Por supuesto, esa Resolución no se encuentra en vigor en la actualidad y por ello el problema ha llegado a los Tribunales.

2.1 Las argumentaciones de la mayoría de la Sala General

Antes de nada, recordar que la propia Sala del Tribunal Supremo, en sentencia de 18-6-1994 (RAS 5453), para un supuesto similar en el que la pensión de jubilación fue precedida por una situación de invalidez provisional, adoptó la tesis de que la base reguladora habría de integrar las lagunas con las bases mínimas de cotización correspondientes a los trabajadores mayores de 18 años.

En la sentencia de 7-2-2000 se dice expresamente que es necesario reconsiderar dicha tesis. Por ello, 12 de los 17 magistrados que componen la Sala General, siguiendo al ponente, estimaron que había de abandonarse la interpretación literal (el artículo 3.1 del CC indica, en primer lugar, que la normas habrán de interpretarse según el sentido propio de sus palabras) a favor de una interpretación de tipo histórico, contextual y teleológico.

De conformidad con ello, son tres los argumentos principales para el cambio de doctrina:

A) Motivos históricos.

En la interpretación declarativa "de la verdadera voluntad de la ley" se dice que es útil partir de la regulación anterior. Como se recuerda, en el art. 7 del D. 1646/1972 se indicaba que la base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente por contingencias comunes (enfermedad común y accidente no laboral) sería el resultado de dividir por 28 la suma de 24 bases de cotización ininterrumpidas elegidas por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores al hecho causante). Esa posibilidad de elección suponía que en los supuestos de invalidez provisional que deviene en permanente, como el que

¹⁸ Se trata, como otras muchas, de una Resolución no publicada, con el valor jurídico que ello conlleva. De otro lado, es una Resolución que hace una interpretación "pro beneficiario"; las interpretaciones de este tipo en la actualidad son casi inexistentes, a no ser que se trate de establecer una Resolución en la que se recoja la jurisprudencia de los Tribunales en favor de los beneficiarios, evitando así el que se repitan en el futuro condenas a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

se analiza ahora, los trabajadores pudieran elegir bases de cotización reales, vertidas con anterioridad al momento en que se produjo el inicio de la situación en que se dejó de cotizar. Pero, no debe olvidarse que fueron precisamente las Cortes Generales las que decidieron, en el ejercicio de las potestades legislativas conferidas por el art. 66 de la CE, para el supuesto específico de enfermedad común (no de accidente no laboral que sigue aplicándose la misma regla), en la Ley 26/1985, el cambio de base reguladora para esta situación en base a los criterios o justificaciones que en su propia exposición de motivos se indica; en especial y entre otros, la corrección de las desviaciones y desequilibrios que "están poniendo en peligro" el mantenimiento del sistema de Seguridad Social. En definitiva, se trata de una norma que restringió el acceso a las prestaciones y redujo deliberadamente la cuantía de las mismas a efectos de conseguir un ahorro en los gastos del sistema. Por ello, la interpretación histórica que pretende el Tribunal Supremo ha de retrotraerse no al momento anterior al establecimiento de la nueva regla, sino a la propia justificación que de la nueva norma, reguladora de la base reguladora de enfermedad común, realiza el legislador que en el ejercicio de su potestad decide incluirla con rango de ley en el ordenamiento jurídico.

B) La aplicación de distinta doctrina conduciría a un resultado gravemente perjudicial para los beneficiarios por actuaciones imputables a la Entidad Gestora.

Ya decía hace algún tiempo ORDEIG FOS que la invalidez provisional "no es tránsito obligado entre incapacidad laboral transitoria e invalidez definitiva" y "únicamente en determinadas circunstancias se nuestra indispensable"¹⁹.

Ello viene a significar que, en cierta medida, la duración de la invalidez provisional (que podía serlo como máximo de cuatro años y medio o cinco) era algo que quedaba a la decisión de la propia Administración de la Seguridad Social, ya que sería la Entidad Gestora la que habría de realizar la calificación de una enfermedad como incapacidad permanente.

Es cierto, como se dijo, que en el estado de la ciencia médica, y en la complejidad de las distintas patologías que pueda sufrir un beneficiario, es tremendamente complejo determinar el carácter definitivo o "previsiblemente definitivo" de una lesión o enfermedad y, por supuesto, el hecho de que pueda ser recuperable aunque en fecha "médicamente incierta o a largo plazo". Pero también resulta en muchas situaciones incomprensible que se agote ese largo período para finalmente declarar la situación de incapacidad como permanente. La calificación de la incapacidad, al ser una actividad encargada a la Entidad Gestora, podría ser utilizada, de hecho nos consta que en determinados supuestos ha sido así (lo que ya no puede aseverarse si voluntaria o involuntariamente), para ahorrar gastos: en algunos casos, para evitar calificaciones de incapacidades en grados de absoluta o gran invalidez que son más costosas para la Segu-

¹⁹ En *El sistema español de Seguridad Social*, Edersa, 3ª edición, Madrid, 1988, pág. 303.

ridad Social que la invalidez provisional²⁰; en otros casos, para conseguir disminuir las bases reguladoras y con ello la cuantía final de la pensión que le correspondiera al beneficiario.

La tesis que mantiene el Tribunal Supremo en esta sentencia es que no puede imputarse al trabajador un resultado perjudicial por una situación que depende de la Entidad Gestora y no de él mismo. Estoy totalmente de acuerdo con ello sobre todo para las situaciones en que las que la patología no ha variado desde el inicio del padecimiento, suponiendo la situación de invalidez provisional un tiempo en el que la actividad de los servicios médicos ha fracasado en sus objetivos. Aunque es difícil, como se dijo, prever la "permanencia" de las enfermedades, la ciencia médica en la actualidad conoce que muchas son de carácter irreversible, a lo más se consigue detener los progresos de la misma, pero siguen sin tener remedio eficaz²¹. Mantener a los pacientes, en situación de invalidez provisional e incluso en la prórroga excepcional de la actual prestación de incapacidad temporal, es algo cuyo resultado perjudica directamente a los solicitantes de las prestaciones, y a sabiendas ya que los médicos de la Seguridad Social conocen tales situaciones e informan de las mismas a las Gestoras. Los médicos del INSS, sin conocer ni haber tratado habitualmente al solicitante y sin tener en posesión su historia clínica, hacen informes con la documentación, muchas veces incompleta y desactualizada, que les aportan los propios pacientes (siempre que sean del Servicio Público de Salud, casi nunca tienen en cuenta los dictámenes de médicos en ejercicio libre). En un frecuente número de ocasiones, y habiendo visto una única vez al paciente, contradicen al facultativo del Servicio Público de Salud que llevan años tratándolos; otras veces, no consideran, como reiteradamente han dicho los Tribunales, el conjunto de lesiones o enfermedades recogidas en la historia sino que escogen las que aleatoriamente les parecen las más oportunas o importantes²².

En cambio, el Tribunal Supremo sí utiliza la exposición de motivos de la Ley 26/1985 para justificar que entre sus objetivos no se comprendía la penalización de un retraso en la progresión de la incapacidad laboral transitoria a la incapacidad permanente. Pero, a mi juicio, lo hace de forma que casa mal con la propia argumentación que plantean. Se dice que en el preámbulo de esta

²⁰ Como puede recordarse, la reforma en el art. 131 bis 3ª de la LGSS ha limitado los efectos retroactivos de la incapacidad permanente en los supuestos de prórroga excepcional (hasta 30 meses) de la incapacidad temporal. Sobre el tema, véase, VALLE MUÑOZ, F., en "La retroacción de la pensión de incapacidad permanente agotada de la incapacidad temporal", RL t. I, 1999, págs. 408 y sigs.

²¹ Por ejemplo, los enfermos de artrosis o reumatismos; los que sufren problemas de tipo coronario; los que padecen enfermedades de tipo crónico, etc.

²² Ni que decir tiene que el problema se agudiza respecto de la gestión por la Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, el ahorro de costes es el objetivo. Por ello, pueden verse como en los Juzgados son frecuentes las demandas contra las mismas por altas indebidas, esto es, por curación de un trabajador que realmente no se ha recuperado.

norma se inscribían como objetivos " 'el reforzamiento del carácter profesional, contributivo y proporcional de las pensiones de jubilación e invalidez' con 'la mejora de la eficacia protectora'"; pero, el problema es que realmente la exposición de motivos habla de "la mejora de la eficacia protectora por la reordenación de recursos, y racionalización de la estructura sistema".

Esto es, la norma procuraba remarcar el carácter profesional y contributivo, ello supone que, de un lado, las rentas de sustitución que suponen las prestaciones contributivas serán proporcionales a los salarios medios obtenidos en un período importante de la vida activa del trabajador (los ocho años últimos años o al decir de la norma de los inmediatamente anteriores al hecho causante). Para evitar la dureza de los períodos de no cotización o lagunas, el mismo legislador ha establecido en su artículo 3 apartado 4º la integración en lagunas con la base mínima de cotización correspondiente al año en cuestión (aunque desafortunadamente no se hace para todos los regímenes de la Seguridad Social).

La proporcionalidad, al mismo tiempo, se predica de la contributividad: los trabajadores deberán de obtener prestaciones acordes a lo aportado²³. Ello supone que si el trabajador ha estado un largo período sin cotizar ello afectará a su prestación (quizás no mucho porque se establece como se ha visto la garantía de las bases mínimas); no obstante, el Tribunal Supremo se olvida, y ello es algo fundamental, que desde 1991, la OM de 18 de julio que regula el Convenio Especial, los inválidos provisionales podían solicitar la suscripción de un Convenio Especial para la cobertura de las pensiones del sistema (entre ellas las de invalidez). Para ello, el inválido provisional debía haber cubierto un período mínimo de cotización (1800 días) y la base de cotización sería, lógicamente de las dos posibles, la media de las cotizaciones por contingencias comunes del año inmediatamente anterior al cese de la obligación de cotizar. Por supuesto, al obviar esta regulación, el Tribunal Supremo está haciendo de la misma condición a los inválidos provisionales que diligentemente han suscrito el Convenio, pagando las cuotas mensualmente, con los otros que no se han preocupado en absoluto de la cuestión²⁴.

Por último, y para terminar con la inadecuada utilización del preámbulo como argumento adicional, al indicar que la norma lo era para "la mejora de la eficacia protectora" no terminó, como se dijo, de completar la frase recogida en la exposición de motivos. Y es que la mejora en la eficacia protectora lo era para la reordenación de recursos, y racionalización de la estructura del sistema.

²³ Ese también es el significado del pasaje del preámbulo que se refiere a tomar en cuenta la vida laboral del trabajador, y ello porque es el trabajo lo que conlleva el hecho de que nazca la obligación de cotizar, sólo en situaciones excepcionales se sigue cotizando sin encontrarse el trabajador en activo.

²⁴ Tendríamos que preguntarnos si éstos podrán solicitar la devolución de cotizaciones, indebidamente percibidas, a la TGSS. Creemos que, si se quiere ser coherente totalmente en la aplicación de esta doctrina, sí se podría.

Desde luego, y puede demostrarse con facilidad, cada vez que el legislador ha hablado, en épocas de crisis económica, de eficacia en la protección "por reordenación de recursos", o cuando ha hablado de "racionalización", el resultado final ha sido habitualmente la adopción de una norma que recortaba los derechos de prestaciones contributivas establecidos anteriormente: bien aumentando períodos de carencia, bien estableciendo bases reguladoras más ajustadas a la carrera profesional del trabajador, bien reduciendo porcentajes aplicables, bien eliminando prestaciones o 'asistenciándolas' para abaratarlas, etc. Por supuesto, la Ley 26/1985 utiliza los dos primeros mecanismos.

C) La equivocidad del término "hecho causante"²⁵ y la flexibilidad de la jurisprudencia en la interpretación del mismo.

Este, en mi opinión, es el más importante de los argumentos esgrimidos. Aunque al mismo también se le pueden poner reparos. El Tribunal Supremo indica que el término hecho causante permite una hermenéutica abierta, haciendo notar que la legislación de la Seguridad Social "no suministra una determinación exacta de ese momento". Pero, lo que no se dice es que ha sido el propio Tribunal el que ha interpretado la norma de distintas formas según la situación en la que nos encontremos, por lo que parte del reproche de imprecisión no debe hacerse en este sentido al legislador sino también al propio Tribunal.

Como se sabe, es la propia Ley 26/1985 la que propició la preocupación por la determinación del hecho causante; hasta tal momento, la cuestión era pacífica ya que la doctrina del Tribunal Supremo había venido indicando que la fecha del hecho causante se identificara con la del dictamen de la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades —UVM— (en la actualidad, Equipo de Valoración de Incapacidades —EVI—)²⁶. A partir de 1987, el Tribunal Supremo hace una matización en esta tesis indicando que el hecho causante puede entenderse en fecha anterior al dictamen de la UVM cuando las lesiones invalidantes que sufra el solicitante hayan sido fijadas con carácter irreversible y definitivo con anterioridad a dicha fecha y para evitar que el retraso injustificado en la calificación por la Gestora supusiera la exigencia de un período de carencia mayor (como es el establecido en la Ley 26/1985)²⁷. Es la creación de lo que posteriormente se ha llamado concepto material del hecho causante, frente al formal que es el de la fecha del dictamen de la UVM o, en la actualidad, EVI.

En este mismo sentido, de retraso imputable a la Administración, se ha pronunciado la sentencia que se comenta y, repito, me parece muy acertada y ade-

²⁵ Por hecho causante ha de entenderse, según ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. "... la especificación de la contingencia que va a dar derecho a la prestación, especificación que se lleva a cabo añadiendo a la contingencia una serie de requisitos legales de diversa índole sin cuya concurrencia no es posible obtener la prestación correspondiente", en su *Compendio de Seguridad Social*, cit. pág. 115.

²⁶ Sobre el tema in extenso, vid TÉLLEZ VALLE, V., en "Hecho causante y efectos económicos de la incapacidad permanente", *Actualidad Laboral*, t. II, 1999, págs. 847 y sigs.

²⁷ Por todas, véase la STS 5-11-1987 (Ar. 7819).

cuada la tesis del momento real en el que se entiendan que las lesiones invalidantes son definitivas. A pesar de que reconozco, al mismo tiempo, que la normativa vigente, como se dirá a continuación, tiene claramente fijados los momentos en que han de entenderse producidos los hechos que causan las prestaciones de incapacidad permanente.

Pues bien, en la actualidad el momento del hecho causante se había resuelto, o al menos eso parecía antes de esta sentencia, por la OM de 18-1-1996 que desarrolla el RD 1300/1995 que establecía el sistema de determinación de incapacidades. El art. 13.2 de esta norma indica con claridad dos momentos en que se produce el hecho causante:

— En la fecha en que se haya extinguido la prestación de incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente.

— En la fecha de emisión del dictamen-propuesta del EVI, en los casos que la incapacidad permanente no esté precedida por una incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido.

La citada OM se encontraba en vigor en el momento de declararse la incapacidad permanente de la que deriva el recurso. Lo que ocurre que el Tribunal Supremo al referirse a la misma pretende buscar el momento en el que termina la incapacidad temporal, cuando en este caso no era de aplicación el primero de los párrafos del art. 13.2 citado ya que el beneficiario de la invalidez provisional jamás pasó por la situación de incapacidad temporal sino por la incapacidad laboral transitoria. Si hubiera tenido derecho a incapacidad temporal, no hubiera disfrutado de invalidez provisional ya que significaría que se encontraría en el régimen creado por la Ley 42/1994, y no en la situación transitoria que dicha norma permitía. La aplicación es o debería ser, por contra, la del párrafo segundo: esto es, la fecha de la emisión del dictamen del EVI, porque es la aplicable a la incapacidad permanente que no estuviera precedida de una incapacidad temporal (que es este caso, que estaba precedido de una prestación de invalidez provisional).

Para terminar, y respecto de juego flexible de la jurisprudencia, se aplica de forma analógica un criterio establecido anteriormente, la llamada tesis del paréntesis, para el cómputo del momento a partir del cual había de exigirse la llamada carencia cualificada y a la que en un momento anterior nos referimos²⁸. Pero son dos situaciones distintas, en la jurisprudencia anterior se trataba de permitir que una persona que hubiera cotizado de forma suficiente se quedara sin prestación por la exigencia de que una parte de sus cotizaciones se hubieran realizado en un momento próximo al hecho causante, y en la sentencia objeto de este análisis se trata de evitar las bases mínimas de cotización de las lagunas por falta de cotización, obviándolas; sin recordar siquiera el hecho de que existía la posibilidad legal de que el mismo beneficiario hubiera suscrito un Convenio Especial para mejorarlas. Realmente se está creando jurisprudencialmente una modalidad o variante de la teoría del paréntesis: el paréntesis de base

²⁸ Teoría que, de otro lado, me parece correcta y sin que pueda criticarse sólidamente.

reguladora²⁹, frente a la tesis original o paréntesis de período de carencia específico.

2.2 Las argumentaciones expuesta en el voto particular

Pues bien, me parece más correcto desde el punto de vista jurídico el voto particular. En el fondo del asunto, la decisión adoptada por la mayoría me parece de justicia en este supuesto concreto, aunque la fundamentación se haya esforzado por "cuadrar el círculo", no ha conseguido, a mi modo de ver, justificar suficiente y jurídicamente el fallo establecido. Y no ha podido conseguirlo porque, en el actual estado de la legislación y para el tema en cuestión, la solución parece clara (aunque no sea, por el Tribunal Supremo o por mí, compartible).

No obstante, han de realizarse los siguientes apuntes a las argumentaciones esgrimidas por los firmantes del voto particular:

— Interpretación de la literal de la norma: la norma a interpretar, esto es, el art. 140 de la LGSS, parece no ofrecer demasiadas dudas al respecto. Se indica en la misma, por un lado, que la base reguladora de una prestación de incapacidad permanente para enfermedad común será la correspondiente al resultado de dividir entre 112 la suma de las bases de cotización del interesado de los ocho años inmediatamente anteriores al hecho causantes. Acudiendo a la OM de 1996 es fácil determinar cuándo es dicho momento para una persona que no ha disfrutado de una incapacidad temporal previa, como es el caso de autos. Es un precepto tan nítido (*in claris non fit interpretatio*), dice el voto particular, que sólo sería posible sustraerse a su aplicación si fuera incompatible con otros preceptos o principios del ordenamiento de la Seguridad Social.

— El art. 140.4 LGSS es favorable a los beneficiarios: cierto ya que la norma, desde la Ley 26/1985 que fue la que la introdujo en nuestro ordenamiento, pretendía evitar que las lagunas de cotización afectaran de forma importante a los beneficiarios de las prestaciones ya que se ordenó que, en tal caso, se cubrirían con una base de cotización ficticia. Por supuesto, esta solución es menos favorable, en principio, que la solución adoptada por el Tribunal Supremo; y digo en principio porque si se aplica esta tesis también, como parece que va a ocurrir, a pensiones en las que el solicitante ha estado períodos muy extensos sin cotizar³⁰ es muy posible que se produzcan verdaderos "descalabros" económicos.

²⁹ Recuérdese que ex lege ya se había adoptado en alguna ocasión (véase la nota nº 11).

³⁰ Imagínese un solicitante de una pensión de jubilación en el año actual y tiene cotizados los correspondientes quince años (por ejemplo desde 1967 a 1983), habiendo cesado la obligación de cotizar desde esa fecha; si utilizamos la tesis del paréntesis en la base reguladora será la suma de las bases de cotización de ese período, computándose los dos últimos años por su valor nominal y actualizándose el resto al mes vigésimo quinto (aproximadamente, diciembre de 1981) por lo que la pensión que corresponda, en caso de no aplicación de los complementos para mínimos, puede distar mucho de lo que se entienda por algo digno.

El problema es que al justificar la cuestión de la base de cotización ficticia, en el considerando segundo, se entremezclan consideraciones que corresponden a otras cuestiones (períodos de carencia) no referidas a la integración de lagunas³¹.

— Se da por supuesto un funcionamiento incorrecto de la gestión: no estoy de acuerdo con este razonamiento. Al menos respecto de las invalideces, el número de solicitudes y la falta de personal para atender correctamente tales demandas, la descoordinación entre los servicios públicos de salud con los propios del INSS, y la actitud desconfiante de las Gestoras en que cada solicitud encierra algún tipo de situación fraudulenta, hacen que haya de entenderse que la gestión en un importante número de supuestos no va a ser la más correcta, como ya se dijo.

— La flexibilidad de la jurisprudencia no es aplicable a éstos supuestos: estoy de acuerdo con ello, tal y como me he manifestado al final del epígrafe anterior.

3. A MODO DE CIERRE: VALORACIÓN PERSONAL Y SOBRE LA PROYECCIÓN DE ESTA DOCTRINA A LAS PRESTACIONES VIGENTES

Personalmente, estoy totalmente de acuerdo con la parte dispositiva de la sentencia que se comenta. Aunque no comparto demasiado, en sentido contrario a GARCÍA NINET³², las argumentaciones ya que me parece poco convincentes, como creo que he podido demostrar a lo largo de este comentario. Además de las críticas ya realizadas, me adhiero íntegramente a la valoración crítica que, magistral y sintéticamente, ha realizado SEMPERE NAVARRO en el estudio de esta sentencia³³.

El estar de acuerdo con el fondo quizás pueda ser por una cuestión ideológica, de compartir todas aquellas decisiones o resoluciones que se dicten en favor de los trabajadores o de los beneficiarios de la Seguridad Social. Pero no sólo es por eso sino también por otros tres motivos, esta vez jurídicos, importantes: el primero se basa en el hecho de que los Convenios Especiales que podrían suscribir los inválidos provisionales (u otros sujetos que no estén en situación de alta) resultan muy costosos en relación a la cuantía de la prestación de invalidez provisional que vendrían percibiendo (o de los ingresos que perciben) por lo que la OM que los regula viene a ser una norma dirigida a las clases más pudientes. El segundo, que ha sido expuesto por el Tribunal Supremo

³¹ Como muy acertadamente manifiesta GARCÍA NINET, J.I. en su Editorial, de la Revista Tribuna Social nº 115, de julio de 2000, pág. 9.

³² Vid. el Editorial de la Revista Tribuna Social nº 115, citado, págs. 5 y sigs.

³³ Vid. *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina*, Aranzadi Social, Febrero de 2000, págs. 85 y 86.

en esta sentencia, se refiere a la necesidad de recordar y establecer en la legislación un concepto material de hecho causante de las pensiones de incapacidad permanente; ese momento ha de coincidir con el "momento en el que el efecto invalidante de las lesiones quedó objetivado como permanente". El tercero, también recogido por la doctrina emanada en esta resolución, es que, de conformidad con el anterior, no puede dejarse que el beneficiario cargue con los retrasos imputables a la actuación de la Administración; si ésta hubiera sido diligente en la calificación de incapacidad permanente el problema no se hubiera dado o se hubiera aminorado.

Una última nota: la nueva modalidad de teoría del paréntesis (el que hemos denominado "de base reguladora") va a ser aplicable no sólo a los supuestos de prolongación extraordinaria de las prestaciones de incapacidad temporal, sino también a cualquier causa que suponga el cese en la obligación de cotizar por parte del trabajador (suponemos que el Tribunal Supremo seguirá con la idea de que para integrar las bases de los trabajadores que, aunque no cotizan, éstos al menos deberán de, si no están impedidos para el trabajo, ponerse a disposición de los servicios de empleo públicos). Por supuesto, los trabajadores, en muchos casos, se ahorrarán un dinero importante al no ser necesaria, en aplicación de esta teoría, la suscripción de un convenio especial.

Esta teoría, asimismo, afectará a la base reguladora no solo de las pensiones de incapacidad permanente por enfermedad común, sino también a la base reguladora de pensiones de jubilación (recuérdese que esta sentencia corrige una doctrina anterior suya sobre integración de lagunas en una base reguladora en una pensión de jubilación) y las de muerte y supervivencia por enfermedad común. Con respecto a las de jubilación, la misma observación que anteriormente se hizo: esta teoría, si la laguna de cotización es corta o relativamente corta puede ser beneficiosa, si la laguna es muy larga, las bases de cotización muy antiguas, aun revalorizadas, puede suponer la determinación de pensiones con cuantías, de seguro, inferiores a la pensión mínima. Con respecto a las prestaciones por muerte y supervivencia, quizás el problema no sea tan importante ya que la base reguladora para contingencias comunes se determina por elección del beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores al hecho causante.

El resultado final será, sin duda, que el legislador tenga que tomar partido. Creemos que su actuación lógica sería corregir "la actividad legislativa" del Tribunal Supremo, aclarando y poniendo las cosas en su sitio. Aunque todo es posible³⁴.

³⁴ Por eso, de "lege ferenda", en caso de intervención del legislador sería importante que se estableciera la posibilidad de que el interesado pudiera, para la determinación de la base reguladora de su pensión, elegir entre la aplicación de la teoría del paréntesis o la fórmula legal en vigor de la integración de lagunas de los años inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO
Universidad de Sevilla

**SUCESIVOS PROCESOS LABORALES Y
DIVERGENTES FALLOS JUDICIALES SOBRE
LA MISMA RELACIÓN JURÍDICA DE
TRANSPORTISTA: LABORALIDAD
DE LA RELACIÓN
STC 219/2000, de 18 de Septiembre**

MANUEL PÉREZ PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: El demandante de amparo interpuso demanda el día 23 de mayo de 1994 ante la jurisdicción del orden social solicitando se reconociera el carácter laboral de la relación que le unía con la empresa SGEL para la que prestaba servicios como transportista. Substanciado el proceso ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Madrid, recayó Sentencia estimatoria de fecha 17 de diciembre de 1994, que declaró que la relación existente entre el actor y la empresa era de naturaleza laboral. En esta Sentencia se considera que no resulta de aplicación al caso la exclusión prevista en la entonces reciente modificación legal del art. 1.3 g) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), por ser la demanda anterior a la fecha de entrada en vigor (12 de junio de 1994) de la reforma de dicho precepto introducida por la Ley 11/1994. Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la empresa demandada, siendo desestimado el recurso por sentencia de 23 de abril de 1996 por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. Y recurrida esta Sentencia por la empresa mediante recurso de casación para la unificación de doctrina, el recurso fue inadmitido mediante auto de 13 de enero de 1997 por la Sala Cuarta del TS.

Pendiente este proceso, con fecha 28 de febrero de 1995 (tras la Sentencia estimatoria del Juzgado de lo Social), la empresa comunicó al transportista la extinción del contrato por causa objetiva, alegando ineptitud sobrevenida del trabajador fundada en el art. 52 a) LET. Contra dicho despido objetivo el trabajador presentó demanda por despido, correspondiendo al juzgado de lo Social núm. 27 de Madrid, dictándose Sentencia en fecha 25 de junio de 1995 que rechazó la excepción de incompetencia de la jurisdicción social alegada por la empresa y declarando la improcedencia del despido, condenando a la empresa

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.