



INCAPACIDAD PERMANENTE

Universidad de Granada

LA ACCIDENTADA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL PARÉNTESIS EN LA INCAPACIDAD PERMANENTE DECLARADA JUDICIALMENTE

Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2007, de 15 de enero de 2007

SOFÍA OLARTE ENCABO *

SUPUESTO DE HECHO: La Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2007, de 15 de enero de 2007, desestima la demanda de amparo después de que inicialmente la Sección Cuarta de este mismo Tribunal dictara providencia por la que no se admitía la demanda de amparo (por ausencia de contenido constitucional, ex artículo 50.1 c) LOTC) y, posteriormente, la Sala Segunda de este Tribunal —que es la que dicta la presente Sentencia— dictara Auto estimando el recuso de súplica presentado por el Ministerio Fiscal, por el que admitía la demanda. El supuesto en cuestión se refiere a una pensión de incapacidad permanente absoluta reconocida judicialmente por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona, de 24 de febrero de 2000. Posteriormente, con motivo del cambio operado en la jurisprudencia del TS a partir de su Sentencia de 7 de febrero de 2000, sobre la forma de cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente, aplicando el criterio más favorable del paréntesis —y, por tanto, sin aplicar las bases mínimas durante el período precedente de invalidez provisional, como hasta ahora venía interpretando el TS—, el beneficiario, ante la revisión de oficio por parte del INSS de la cuantía de las pensiones, y una vez agotada la vía previa, interpuso demanda solicitando la revisión de su base reguladora. Esta pretensión fue denegada por Sentencia del Juzga-

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

do de lo Social núm. 18 de Barcelona, de 15 de noviembre de 2001. Interpuesto el recurso de suplicación ante el TSJ de Cataluña, el mismo fue desestimado por el Tribunal Superior, en Sentencia de 20 de noviembre de 2002, confirmando la apreciación de existencia de cosa juzgada efectuada por Juzgado de lo Social. Finalmente, el demandante, interpuso recurso de casación para unificación de la doctrina, que fue inadmitido por falta de idoneidad de la Sentencia de contraste, mediante Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2004., siendo sentencia de contraste la STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2002, que denegó la aplicación de la cosa juzgada en un caso similar al considerado —aunque esta Sentencia no era firme por haberse interpuesto contra la misma un recurso de casación para la unificación de doctrina y que, posteriormente el TS llegó a anular en Sentencia de 27 de enero de 2003—.

RESUMEN: El TC «inadmite» la demanda de amparo por una cuestión de orden procesal, sin entrar en el fondo, que no es la de cosa juzgada apreciada en la jurisdicción ordinaria. La cuestión controvertida en la demanda de amparo se centra en determinar si la negativa del INSS a revisar la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente reconocida al demandante de amparo conforme a la doctrina establecida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 200, relativa a la forma de cómputo de los períodos de invalidez provisional, ha vulnerado el derecho a la igualdad, en relación con aquellos pensionistas que sí vieron revisada la citada base reguladora por el indicado motivo y si la STSJ que desestimó el recuso de suplicación vulneró o no dicho derecho fundamental. Pese a ser ésta la cuestión, el TC no entra en ella por estimar que concurre un obstáculo procesal: la exigencia de agotar la vía judicial precedente antes de acudir al recurso de amparo, ex artículo 44. 1 a) de la LPTC, ya que éste es un elemento esencial en el sistema de articulación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria, que responde a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo. El TC reitera su doctrina, según la cual la vía judicial previa sólo puede entenderse efectivamente agotada y abierta la del proceso constitucional de amparo, si los recursos jurisdiccionales pertinentes se han interpuesto en tiempo y forma, ya que si se interponen extemporáneamente, o sin cumplir los requisitos procesales establecidos por las normas que resulten de aplicación, el órgano jurisdiccional llamado a resolverlos no tendrá la posibilidad de entrar en su conocimiento y resolución, y no podrá, por tanto, reparar la supuesta lesión constitucional. Y en el presente caso, el TC considera que el fracaso de los recursos idóneos para obtener la reparación del derecho constitucional supuestamente vulnerado equivale a su no utilización cuando tal fracaso sea imputable a la conducta procesal del recurrente y en el supuesto



enjuiciado el recurrente aportó como sentencia de contraste una que, no sólo no era firme en la fecha en que se dictó la Sentencia recurrida, sino que incluso ya había sido anulada pero el TS en fecha cercana pero anterior a la formalización del recurso de casación.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE CÁLCULO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE
2. LA INTRODUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA DEL «PARÉNTESIS» EN LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD TRAS UN PERÍODO DE INVALIDEZ PROVISIONAL
3. EL EFECTO DE COSA JUZGADA COMO CAUSA DE DENEGACIÓN DE LA REVISIÓN DE LA PENSIÓN POR EL INSS
4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE AGOTAMIENTO DE LA VÍA JUDICIAL PREVIA

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE CÁLCULO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

El régimen jurídico de la cuantía de las pensiones de incapacidad permanente ha sido objeto de importantes modificaciones en los últimos veinte años. Pero puede hablarse de un antes y un después de la Ley 26/1985: con anterioridad a ésta, para el cálculo de la base reguladora se tomaban en cuenta las cotizaciones habidas en un período relativamente corto, lo que, unido al fuerte incremento de las bases máximas de cotización a partir de la Ley 24/1972, determinó una acusada elevación de la cuantía inicial de estas pensiones. Además, en la medida en que el período considerado no era a penas representativo de las cotizaciones realizadas al sistema a lo largo de la vida laboral, el régimen jurídico entonces vigente propició la extensión de conductas selectivas y fraudulentas, en cuanto dirigidas a obtener un incremento de la pensión mediante incrementos ficticios de los salarios supuestamente abonados en los veinticuatro meses anteriores.

La Ley 26/1985 pretendió, entre otros objetivos atajar esta situación y en su artículo 3 estableció que las base reguladora de las pensiones de invalidez permanente derivada de enfermedad común será «el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los noventa y seis meses inmediatamente anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante». Previsiones que actualmente recoge el artículo 140 de la LGSS y que se limitan a la base reguladora de las pensiones derivadas de enfermedad común y accidente no laboral cuando el trabajador no está en alta o situación asimilada en el momento del hecho causante.

El resultado fue un importante recorte en la cuantía de esas pensiones pero, pese a una desaceleración en el crecimiento del gasto, la reforma no

consiguió evitar que el gasto en pensiones de IP haya seguido incrementándose, ya que los beneficiarios presentan cada vez carreras de seguro más dilatadas. Por ello, la Recomendación 9.^a del Pacto de Toledo —«*Sobre la equidad y el carácter contributivo del sistema*», señala la necesidad, no sólo respecto de la IP sino de todas las prestaciones contributivas, de que las mismas «*guarden mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización y se eviten situaciones de falta de equidad en el reconocimiento de las mismas*».

La Ley 24/1997, desarrolló esta recomendación respecto a las pensiones de jubilación, incrementando el promedio de las bases cotizadas que se han de tomar en consideración para calcular la base reguladora (que pasa de 8 años a 15), sin embargo la forma de cálculo de base reguladora de las pensiones de IP y los porcentajes aplicables a los distintos grados de incapacidad permanente quedaron inalteradas, siendo ello unánimemente criticado por la doctrina.

En las perspectivas de futuro inmediato, el Proyecto de Ley de Medidas de Reforma en materia de Seguridad Social (2007) ha tenido como objetivo fundamental, en materia de incapacidad permanente, modificar la forma de cálculo de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, para aproximarla a la establecida para la pensión de jubilación, introduciendo, por tanto una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización. Concretamente, el apartado Cinco del artículo 2 dispone una nueva redacción de los apartados 1 y 3 del artículo 140 de la LGSS, pero, mientras que la reforma del apartado 1 comporta un cambio sustantivo (para asimilar el régimen de cálculo de éstas al de las pensiones de jubilación), la del apartado 3 no altera el régimen jurídico vigente propiamente, ya que sólo se realizaría un cambio terminológico.

En cuanto a la integración de lagunas, sigue en vigor lo dispuesto en el artículo 140.4 LGS, según el que «*si en el período de 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 cotización de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años*», lo que se entiende se refiere tanto a las situaciones asimiladas a la de alta para las que no se exija tal obligación, como a otras situaciones en que no nace la obligación de cotizar por no encontrarse el trabajador en alta o situación asimilada (artículo 5.5 del RD 1799/1985). Sin embargo, no incide la reforma en el problema planteado en el supuesto de hecho que aquí analizaremos, la aplicación de dicho precepto o no al cálculo de la base reguladora de las pensiones de IP procedentes de IPP o IT prorrogada, lo que devuelve la cuestión al campo de la interpretación judicial, pero desde mi puntote vista, dado que la finalidad de la reforma es buscar la mayor correspondencia entre el esfuerzo de cotización y la cuantía de la pensión, lo coherente habría sido exceptuar esta regla en el supuesto señalado y, en lugar de acudir a las bases míni-



mas, aplicar el paréntesis y, por tanto, acudir a las bases reales inmediatamente anteriores.

2. LA INTRODUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA DEL «PARÉNTESIS» EN LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE TRAS UN PERÍODO DE INVALIDEZ PROVISIONAL

El problema de fondo planteado en el recurso de amparo aquí analizado, en lo que a Derecho sustantivo se refiere, nos lleva a la controvertida cuestión de la aplicación de la doctrina del paréntesis, en lugar de la integración de lagunas con las bases mínimas, para el cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, tras un período de invalidez provisional o incapacidad temporal prorrogada.

En efecto, esta es una cuestión controvertida en la medida en que inicialmente el TS se inclinó por una interpretación conforme a lo establecido el artículo 140.4 de la LGSS, y, por tanto, a favor de la integración de las lagunas con bases mínimas, a partir de su Sentencia de 18 de junio de 1994, en que la pensión también estuvo precedida de un período de invalidez provisional. Sin embargo, en su posterior Sentencia de 7 de febrero de 2000, se pasa a defender la interpretación alternativa del paréntesis respecto del período de invalidez provisional. Cambio jurisprudencial que tampoco se puede considerar esté lo suficientemente estabilizado, porque no sólo la Sentencia que cambia de criterio —y que, por la trascendencia de la cuestión, fue debatida en Sala General— cuenta con un voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, al que se adhirieron tres magistrados más, sino porque en sentencias posteriores dicha doctrina ha sido objeto de matizaciones de signo limitador.

Dicho en términos más directos, la cuestión objeto de debate era determinar si la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, cuando dentro del plazo anterior al hecho causante previsto en el artículo 140 LGSSS haya habido un algún período durante el que no existiese obligación de cotizar, tal y como sucedía durante la situación de invalidez provisional —y sucede con la de IT prorrogada—, se ha de calcular teniendo en cuenta durante tal período la base mínima de cotización, o bien si la base reguladora se debe de calcular sobre cotizaciones reales a partir del mes inmediatamente anterior a producirse la situación que dio lugar a la exención del deber de cotizar, aplicando sólo las reglas 1.^a y 2.^a contenidas del apartado 1 y el apartado 2 del precepto legal.

La primera línea jurisprudencial, mantenida invariablemente desde 1994 hasta el año 2000 por el TS, primó una interpretación básicamente literal de

lo dispuesto en artículo 140.4 LGSS a estas situaciones. Este apartado establece que «*si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido la obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años*». Por ello, teniendo en cuenta que durante el período de invalidez provisional no existía obligación de cotizar, el TS no dudó en aplicar a este caso este precepto de integración de lagunas de cotización con las bases mínimas existentes en cada momento.

El cambio jurisprudencial en el año 2000 no viene precedido de ningún cambio normativo que se refiera de forma directa a este punto. De hecho, como recuerda el Fundamento Jurídico Segundo de la STS de 7 de febrero de 2000, no ha habido un cambio normativo, ya que lo dispuesto en apartado 4 del precepto legal tiene su origen en la Ley 26/1985, de 31 de julio (artículo 3.4) y tras su integración en el TRLGSS de 1994, no ha experimentado ningún cambio, sin que la reforma operada por la Ley 24/1997 le afectase. El TS reconsidera su doctrina anterior principalmente, «*porque su aplicación conduce en la mayor parte de los casos a un resultado gravemente perjudicial para los beneficiarios, sobre todo en unos supuestos en los que el retraso en el paso de la situación de incapacidad temporal a la de incapacidad permanente suele ser imputable a la Entidad Gestora, que es la que tiene que realizar la calificación*». Por tanto, estaríamos ante una manifestación de la vigencia del principio pro beneficiario, que, no obstante, no es el único argumento sino que éste está acompañado de otros criterios hermenéuticos que conducen al TS a esta misma interpretación favorable.

En efecto, el TS se basa también en una interpretación declarativa de la verdadera voluntad de la ley. Por ello afirma que la Ley 26/1985 impulsó el reforzamiento del carácter profesional, contributivo y proporcional de las pensiones de jubilación e invalidez y la mejora de la eficacia protectora. Y casaría mal con estos objetivos «*la penalización de un retraso en la progresión de la incapacidad laboral transitoria a la incapacidad permanente*», pues como declaraba el Preámbulo de la Ley se buscaba con las nuevas reglas de cálculo de la base reguladora, una garantía de que se tiene en cuenta realmente la vida laboral del trabajador, evitando el fraude. Por ello, para el TS la aplicación de lo establecido en el apartado 4 del artículo 140 a este caso no respetaría esa finalidad, si por causa no imputable al trabajador se dejan de tener en cuenta las bases de cotización correspondientes a su vida laboral y se aplican unas bases artificiales de cómputo; además de ello, no se combatiría de esta forma ninguna conducta fraudulenta, ya que la situación depende de una decisión de la Entidad Gestora y no del beneficiario.

De otro lado la Sala Cuarta busca reforzar el argumento finalista junto con el literal, aprovechando lo equívoco del concepto de «hecho causante»



que permite una hermenéutica abierta y que, por tanto, la prestación pueda considerarse causada en distintos momentos (bien la fecha de la contingencia determinante de la incapacidad permanente, bien la fecha en que se objetivan las lesiones como permanentes, bien la fecha de la constatación administrativa de las lesiones). En efecto, la Disposición Adicional de la Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1982, consideraba hecho causante el dictamen de la UMVI, pero esta norma se refería a los efectos económicos de esta prestación, además fue derogada por la Orden de 18 de enero de 1996, cuyo artículo 13.2 establece que el hecho causante se entenderá producido en la fecha en que se haya extinguido la incapacidad temporal, salvo cuando no haya situación previa de IT, en cuyo caso se toma la fecha del dictamen del EVI. No obstante, no se define el momento en que se considera extinguida la IT y, aunque el artículo 131 bis LGSS se refiera a la extinción de la IT, lo hace sólo en relación a la dinámica de la prestación y al paso de la IT a la IP a efectos económicos, pero no a los efectos determinar el hecho causante. Por ello, el TS alude a supuestos en que ha prevalecido un concepto material de hecho causante, frente al concepto formal (dictamen de la UMVI o EVI) y es la equivocidad del concepto lo que ha permitido «*un juego flexible de la jurisprudencia para lograr una solución adecuada y justa en determinados casos*» y cita los relativos al momento de exigencia del requisito del alta en el que el momento del hecho causante no es el momento final de la invalidez provisional —ya que en este momento no está en alta— y el relativo al cómputo de las denominadas carencias cualificadas (la exigencia de que una quinta parte del período de cotización se cumpla en los 10 años anteriores al hecho causante) en el caso de trabajadores procedentes de la antigua invalidez provisional y actual IT prorrogada. Y entiende el TS, f.j., 4.º, que «*el mismo criterio debe aplicarse en materia de base reguladora, pues los términos de la regulación son los mismos: la referencia al «hecho causante» en los artículos 138 y 140 de la LGSS; y también existe identidad de razón: evitar imponer a solicitante un perjuicio no justificado por un hecho que no le resulta imputable y en virtud de la utilización por parte e la ley de un término equívoco*».

De esta argumentación se desprende que el verdadero fundamento de fondo, nos remite a la existencia de un término equívoco que abre la vía de nuevo a una interpretación pro beneficiario, y hay que decir que el TS se esfuerza en dejar claro que existe un punto controvertido en el precepto legal, pues dicho principio no procedería en caso contrario, según la máxima hermenéutica *in claris non fit interpretatio*. Sin embargo, desde nuestro punto de vista hay cierta artificiosidad en esta construcción, más allá de que en el caso concreto favorezca al beneficiario, ya que lo establecido en el apartado 4 del artículo 140 tiene un contenido claro que parece resultar aplicable a las pensiones de incapacidad permanente por contingencias comunes procedentes de una invalidez provisional o una incapacidad temporal prorrogada.

En este sentido compartimos las objeciones que formula el voto particular —sin perjuicio de llegar a la misma conclusión a que llega la mayoría de la Sala—, ya que, en primer lugar, no es tan claro que esta solución favorezca en todo caso los intereses de los beneficiarios de estas pensiones, ya que en otras situaciones el artículo 140.4 puede ser considerado como una ficción legal favorable a aquéllos, ya que la ley le atribuiría unas cotizaciones que realmente no ha realizado y que en algunos casos pueden ser necesarias para completar los períodos de carencia exigidos, además de que las propias reglas de cálculo de la base reguladora parecen aconsejar evitar vacíos de cotización. Si no, se llega a la situación difícilmente justificable de aplicar estrictamente el artículo 140.4 LGSS a efectos del período de carencia exigido y no aplicarlo a efectos de cálculo de la base reguladora, según convenga al beneficiario. De modo que el precepto, como dice el Magistrado que formula el voto particular, *«es lo que es, sin posibilidad de aplicarlo a unos efectos y dejarlo de aplicar en otros»*.

El voto particular combate, en primer lugar, el argumento de la mayor favorabilidad, pues es claro que lo que en un caso puede favorecer, en otros puede perjudicar y viceversa, luego no parece sólido el argumento de una interpretación más favorable globalmente considerada, más allá del caso concreto —o similares— al que se refiere el recurso. En segundo lugar, el argumento de la dilación en la gestión de la prestación de la IP provisional o IT prorrogada, parte de un prejuicio no constatado y, aún en el caso de que se produjera dicha situación, vuelve a plantearse la posibilidad de que ello pueda tanto perjudicar como beneficiar al pensionista. Y en cuanto a la interpretación flexibilizadora, desde nuestro punto de vista, la misma es posible cuando la norma plantea problemas de interpretación por su complejidad o se haya claramente obsoleta y necesitada de una interpretación conforme a un nuevo contexto, como es el caso de la responsabilidad empresarial en orden a prestaciones ex artículo 126 LGSS.

En cualquier caso, y al margen de estas consideraciones críticas, parece claro que, para el TS, en los supuestos en que la incapacidad permanente ha estado precedida por una invalidez provisional —o incapacidad temporal prorrogada— no es aplicable lo dispuesto en el artículo 140.4 sobre períodos en que no existió obligación de cotización, sino la doctrina del paréntesis. Por tanto, dichas lagunas no se integrarán con la base mínima, sino que la base reguladora se calcula a partir del mes inmediatamente anterior a producirse la situación que dio lugar a la exención del deber de cotizar, aplicando las reglas 1.^a y 2.^a del apartado 1, así como el apartado 2 del precepto legal. Esta doctrina jurisprudencial se ha mantenido desde 2000, si bien es cierto que el TS tiende a hacer una aplicación restrictiva de la misma, tal como podemos ver, por ejemplo en la STS de 14 de junio de 2006, en la que el TS limita esta interpretación sólo a los supuestos en que la invalidez provisional es inmediatamente anterior o la STS de 5 de julio de 2007, don-



de al plantearse la duda sobre las bases de cotización a considerar de cara al cálculo de la base reguladora de una pensión de invalidez permanente, subsiguiente a una IT durante la que se extingue el contrato de trabajo, el TS considera que el período de IT/desempleo computará por las bases mínimas, es decir, que aplica el artículo 140.4 de la LGSS, en lugar de aplicar la doctrina del paréntesis o acudir a las cotizaciones que el Servicio de Empleo hubiera debido cotizar, como solicitaba el demandante.

3. EL EFECTO DE COSA JUZGADA COMO CAUSA DE DENEGACIÓN DE LA REVISIÓN DE LA PENSIÓN POR EL INSS

Con carácter general, podemos decir que la jurisprudencia en materia de pensiones es sumamente respetuosa con la institución de la cosa juzgada. El efecto de cosa juzgada ha sido objeto de numerosos pronunciamientos del TS, tanto en relación con la revisión de las pensiones como en relación con la determinación de la base reguladora de las mismas. En relación con la base reguladora, destacamos dos sentencias, la primera, por su grado de minuciosidad y, la segunda por su claridad: la STS de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 1504) y la STS de 11 de octubre de 2005 (RJ 2005, 9956). La doctrina sentada recuerda la aplicación del artículo 222 de la LECiv, por lo que para poder apreciar la existencia de cosa juzgada en sentido negativo o excluyente, es necesario que se dé la más perfecta identidad entre las personas, las cosas y las acciones de los dos procesos que se toman en consideración —razón por la cual en la primera de las sentencias mencionadas, el TS llega a la conclusión de inexistencia de cosa juzgada, ya que en un proceso se debate el reconocimiento de la pensión, mientras que en otro, la cuantía de la misma—. Pero, en lo que ahora nos ocupa, el TS ha sentado una doctrina clara en el sentido de considerar que, una vez reconocido en sentencia el derecho a percibir una determinada prestación de la Seguridad Social, no puede el beneficiario formular válidamente nueva demanda para modificar alguno de los elementos ya reconocidos de tal prestación (base reguladora, porcentaje aplicable, fecha de efectos...), pues lo impide la cosa juzgada —entre otras SSTS de 19 de mayo de 1992, Ar. 3575, de 9 de diciembre de 1993, Ar. 9767, de 27 de enero de 1997, Ar. 633, de 21 de julio de 2000, Ar. 7641 y de 7 de octubre de 2003, Ar.7820—. La STS de 11 de octubre de 2005, en la que fue ponente Martín Valverde, que invoca la primera de 19 de mayo de 1992, resume esta doctrina en los siguientes puntos:

- primero: la LECiv establece que el efecto de cosa juzgada excluirá «un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo» (art. 222.1), alcanzando a las pretensiones de la demanda y de la reconvención (art. 222.2)

- segundo: el «objeto de la pretensión» en los litigios sobre incapacidad o invalidez permanente es «único», aunque contenga normalmente «dos pronunciamientos relacionados íntimamente, que son la determinación del grado de invalidez y el cálculo del contenido económico de la prestación» (STS de 21 de julio de 2000, Ar. 7641).
- tercero: la base reguladora de la pensión de invalidez constituye, por tanto, un «elemento de la pretensión que no puede escindirse de la misma sin desvirtuarla» (STS de 27 de enero de 1997)
- cuarto: una vez que se ha resuelto por sentencia firme sobre pensión de invalidez, se despliega el efecto excluyente de un proceso posterior sobre la misma materia, sin que tal efecto pueda ser enervado mediante la invocación de un error evidente de la sentencia que ha establecido la cosa juzgada

En definitiva, la interpretación jurisprudencial es constante en afirmar que si la base reguladora de una prestación está fijada en sentencia firme, aunque no se hubiese pedido ni discutido en la demanda, no cabe después —por existir cosa juzgada— iniciar un nuevo proceso solicitando aisladamente el incremento de dicha base, alegando que la IP deriva de contingencia diversa —entre otras SSTS, de 19 de febrero de 19992— o que se inaplicó la doctrina del paréntesis —STS de 10 de mayo de 2004, Ar. 4461—, además, para el TS la base reguladora es una cuestión que no puede escindirse de la declaración de IP, sin que quepa invocar un supuesto error pues, en caso de existir, sería, si no exclusivo, al menos compartido por el demandante, razones por las que se impone la cosa juzgada por seguridad jurídica.

En definitiva, los razonamientos anteriores dejan poco espacio para sostener una interpretación alternativa, sin embargo, sí podemos invocar, que, a diferencia de los supuestos enjuiciados en las SSTS que han sentado esta jurisprudencia, no se alega aquí ni error ni una revisión en relación con la contingencia de origen, sino que en realidad, hay un hecho nuevo que tiene su origen en la revisión discriminatoria de las bases reguladoras de oficio (el INSS sólo revisó las reconocidas por resolución administrativa, perjudicando a las reconocidas judicialmente), que, además, paradójicamente está motivada en un cambio de interpretación por el propio TS.

Es cierto que en este caso hay un contenido constitucional propio del recurso de amparo, pero no lo es menos que los tribunales ordinarios también están vinculados por la Constitución y la actuación del INSS era claramente discriminatoria, como ha declarado ya el TC—. Por lo que, en vía de amparo, se hallaría implicado no sólo el derecho del artículo 14 CE, sino también el del artículo 24. Desde nuestro punto de vista, tal y como hizo el TSJ de Cataluña, es posible considerar hechos nuevos y objeto nuevo del proceso —la aplicación no discriminatoria de una nueva interpretación jurisprudencial—, sin caer en una posición que lleva justamente a un efecto no deseado a través del juego de la excepción de cosa juzgada, la seguridad

jurídica, pues ésta se vería perjudicada por una aplicación discriminatoria de la jurisprudencia por parte de un ente público. Conclusiones, además, que vendrían avaladas por la amplia configuración de los actos revisión por parte de los entes gestores, más aún cuando no es una revisión de signo restrictivo sino pro beneficiario.

Aunque la STC 8/2007 no llega a plantear la cuestión de la aplicación del efecto de cosa juzgada, pues se detiene en otro obstáculo procesal propio de la vía de amparo, lo cierto es que hay que ponerlo de manifiesto, es que éste es el tema central en todo el debate judicial en la instancia, sobre la modificación de la cuantía de la base reguladora de las pensiones de IP. En efecto, en materia de Seguridad Social, la cosa juzgada tiene en este asunto el principal referente, lo cual tiene su explicación en la intensa judicialización de las pensiones de IP, derivada de los constantes cambios normativos y administrativos, así como por los cambios jurisprudenciales, no siempre motivados por modificaciones legales, tal y como ha sucedido con la interpretación del artículo 140.4 LGSS.

Como ya he puesto de relieve, la jurisprudencia ha sido muy oscilante a la hora de aplicar la doctrina del paréntesis al cálculo de la base reguladora de las pensiones de IP, hasta el año 2000, momento en que la STS de 7-2-2000 en Sala General generalizó la doctrina de paréntesis a otros períodos distintos de la situación de incapacidad temporal en los que no existía obligación de cotizar, lo que determinó que el INSS cambiara sus criterios administrativos en cuanto al cálculo de las bases reguladoras y, además, que dictara instrucciones para la revisión de las pensiones reconocidas con anterioridad, si bien excluía a las que hubieran sido reconocidas judicialmente, por considerar que a ello se oponía la cosa juzgada.

Muy sucintamente, y para situar el alcance de la excepción de cosa juzgada, conviene partir de cual es el sentido de esta institución procesal. En primer lugar, es tópico ya el situar la cosa juzgada en la encrucijada de la seguridad jurídica —lo que no es lo mismo que la negación del error judicial— y la justicia, de tal modo que la misma vendría a suponer la consagración de la situación jurídica declarada por una sentencia firme, al margen de cualquier otra consideración, de tal forma que sólo por motivos excepcionales se puede acudir a los recursos extraordinarios —en nuestro sistema, el de revisión contra sentencias dotadas de efectos de cosa juzgada por los motivos tasados en el artículo 510 LECiv o los especiales de audiencia al rebelde o el incidente de nulidad de actuaciones—.

El efecto de cosa juzgada tiene una doble dimensión: de un lado, el efecto negativo, en cuanto supone la imposibilidad de un nuevo proceso en el que concurren determinadas identidades —sujetos, causa y objeto—; y, de otro, el efecto positivo o prejudicial, que se da cuando, en caso de no existir la triple identidad, son parte integrante de la pretensión nueva cuestiones que ya fueron resueltas en un proceso anterior, en cuyo caso el juez o

tribunal queda vinculado por la sentencia anterior. Y es claro que en el supuesto de hecho que sirve de referencia a estas reflexiones, estaríamos hablando del efecto negativo de la cosa juzgada.

El fundamento de la cosa juzgada, según la doctrina procesalista más clásica, no es otro que la seguridad jurídica, aunque según posiciones más matizadas, lo que realmente se tutela no es otra cosa que la propia función jurisdiccional. El Tribunal Constitucional coincide en relacionar directamente la cosa juzgada con el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, si bien también lo conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva (ex art. 24 CE). De otro lado, la cosa juzgada se ha revelado como una institución en zona de fricción con respecto al principio de igualdad —que es lo que precisamente subyace en el supuesto de hecho de la Sentencia aquí analizada—, sin embargo, el TC ha dejado claro que la existencia de sentencias contradictorias no determina necesariamente la violación del derecho a la igualdad ni del derecho a la tutela judicial efectiva.

Con anterioridad a la STC 8/2007 —que nos ha servido de punto de partida para estas reflexiones—, la STC 307/2006, de 23 de octubre, resolvía con acierto esta misma cuestión. En ella se plantean tanto los efectos del cambio en la jurisprudencia del TS, como el efecto de cosa juzgada (al entender el INSS que la existencia de sentencia firme le impedía la modificación de la cuantía de la pensión). Y es que hay que señalar que las instrucciones del INSS provocaron numerosos litigios que dieron lugar a pronunciamientos judiciales contradictorios; así, por ejemplo la STSJ de Castilla-La Mancha de 1-10-2002 (AS 2003, 1182) no aceptó la excepción de cosa juzgada, por considerar que la actuación del INSS atentaba contra el principio de igualdad. En cambio, en otros casos idénticos, se aceptó la cosa juzgada como fundamento de la denegación de la revisión de la cuantía de la base reguladora de las pensiones de IP que habían sido fijadas por sentencia firme (SSTSJ de Cataluña de 12-11-2002, AS 2003, 255, 15-4-2003, AS 1096 y de 8-1-2003, que es contra la que se interpuso el recurso de amparo que resuelve la STC 307/2006, de 23 de octubre).

Cualquiera que sea la posición adoptada, conviene no perder de vista que, en ningún caso, la cosa juzgada impide a una parte reconocer extraprocesalmente más de lo que reconoce una sentencia. Y, además, tratar de fundamentar un trato desigual en el efecto de cosa juzgada no parece acertado, ya que el artículo 14 CE vincula al INSS y le obliga a no dar tratamiento discriminatorio a ningún beneficiario que se halle en la misma situación. Como advierte el TC (Sentencia 76/1990), «*el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional*». Y, argumentos tales como la imposibilidad de una comparación en términos de igualdad por no existir un tér-



mino adecuado de comparación o la necesidad de aplicar la cosa juzgada como garante último de la seguridad jurídica, son de escasa consistencia si tenemos en cuenta que no se cuestionan estos principios por ejemplo, por el hecho, de que el TS cambie su interpretación de una norma, pues sabemos que un cambio en el sentido de la interpretación no da lugar a la posibilidad replantear todos los asuntos decididos por sentencia firme en que se aplicó el criterio interpretativo precedente.

4. CONSIDERACIONES CRÍTICAS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE AGOTAMIENTO DE LA VIA JUDICIAL PREVIA

El TC, en su Sentencia 8/2007, no entra a considerar la causa en que, tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ, fundaron la desestimación de la demanda y el recurso correspondiente, que no era otra sino la existencia de cosa juzgada material como causa de la negativa a la revisión de las pensiones de IP reconocidas por sentencia y procedentes de una Invalidez Provisional. Como ya se ha señalado, el TC se centra en fundamentar que la demanda de amparo resulta inadmisibile por falta de agotamiento de la vía judicial previa, ya que en el recurso de casación se presentó como sentencia de contraste una que no era firme y que, además, en el momento de la formalización del recurso de amparo, ya había sido casada y anulada por el TS.

Más allá de lo restrictivo o no del criterio del TC en la admisión de recursos de amparo, y siendo cierto que esta circunstancia —la sentencia de contraste no firme— impidió al TS pronunciarse en el recurso de casación, no es menos cierto que, dado que la sentencia de contraste fue casada y anulada, el TS tuvo ocasión de sentar su criterio al respecto y que una interpretación no tan estrictamente formal, habría permitido al TC entrar en el fondo de la cuestión, que no es otra que determinar si es discriminatorio o no el hecho de que la modificación de un criterio jurisprudencial beneficie a los sujetos que vieron reconocida su pensión de IP, tras un período de invalidez provisional, por resolución del INSS —puesto que éste procedió de oficio a la revisión tras el cambio operado en la doctrina del TS—, en detrimento de aquellos otros a los que se les reconoció la IP por sentencia, oponiendo el INSS a dicha revisión, el efecto de cosa juzgada.

De hecho, en caso de haber admitido el recurso de amparo, el TC habría otorgado amparo sin lugar a dudas, por coherencia con su propia doctrina, ya que pocos meses antes el Alto Tribunal dictó la Sentencia 307/2006, de 23 de octubre, en la que ante un supuesto idéntico al ahora planteado, reconoció amparo por violación del artículo 14 CE. En efecto, el supuesto de la Sentencia de 2006 se refiere a un beneficiario de una pensión de IP, al que se reconoce la pensión tras un proceso judicial y que, posteriormente solicita la revisión de la base reguladora ya fijada en sentencia, en base al

cambio de criterio del TS sobre su cálculo (en la antigua situación de invalidez provisional ya no procedería tener en cuenta las bases mínimas, sino que se aplica la teoría del paréntesis). El Juzgado de lo social núm. 19 de Barcelona atiende la pretensión, sin que la alegación del INSS de cosa juzgada resulte obstáculo, porque, para el TSJ, quien acudió a la vía judicial para reconocimiento de su derecho no puede tener peor trato que el recibido por aquellos que vieron reconocido su derecho por resolución administrativa. En suplicación el TSJ de Cataluña revocó la sentencia, apreciando cosa juzgada y finalmente, no prosperó el recurso de casación.

El TC —en la Sentencia 307/2006— consideraba que la actuación del INSS resulta contraria al artículo 14 de la CE, por no ser un motivo válido de diferenciación el que el reconocimiento de la pensión tuviera su origen en resolución administrativa o en sentencia. Además, el TC señala que el INSS adopta un criterio distinto, no apreciando cosa juzgada material, por ejemplo, en la revisión del grado de incapacidad reconocida judicialmente, al considerar que existe un hecho nuevo en relación con el fundamento de las pretensiones. Y en todo caso, en esta misma Sentencia 307/2006, el TC recuerda que la función jurisdiccional no impide al TC la revisión de la interpretación judicial de las leyes cuando quede afectado un derecho fundamental. Y por ello afirma que el efecto de cosa juzgada *«no puede ser justificación para que la Administración depare un peor tratamiento a pensionistas que se encuentren en idéntica situación»*, además de que también serían, igualmente, firmes las resoluciones administrativas reconociendo la pensión y que no fueron recurridas en tiempo y forma. Por tanto, para el TC no se discute si el INSS tiene o no obligación de revisar, ni los límites que de tal obligación pudieran derivarse del efecto de cosa juzgada, sino que, una vez ha decidido proceder a la revisión de las pensiones por propia iniciativa, y a partir de un cambio de criterio jurisprudencial, no puede hacerlo sólo respecto de unos y excluir a otros. Por ello se considera que es una actuación contraria al artículo 14 CE y otorga amparo y, expresamente desautoriza el argumento de la cosa juzgada, negando que ésta sea *«criterio objetivo y razonable que justifique la desigualdad de trato»* recibida del INSS por aquellos que obtuvieron el reconocimiento a su prestación por vía judicial, respecto de quienes no recurrieron a tal vía, no impugnando la resolución administrativa de reconocimiento de la prestación.

Y aunque esta sentencia no permite concluir genéricamente que el principio de igualdad constituye un límite al efecto de la cosa juzgada, y menos aún que prevalezca sobre la seguridad jurídica, lo cierto es que en determinados casos puede serlo o puede imponerse, en casos en que la desigualdad está motivada en un acto de revisión unilateral —y no exigido por el cambio jurisprudencial— que se desenvuelve en sede administrativa y no en sede jurisdiccional, donde sí sería oponible una excepción de naturaleza procesal. En otras palabras, la respuesta podría haber sido justamente la contraria



si el INSS no se hubiera anticipado a la actuación de los beneficiarios, ya que en tal caso, sí tendría visos de prosperar la excepción de cosa juzgada.

Volviendo al supuesto de hecho que nos ocupa, conviene precisar que la sentencia de contraste efectivamente no era firme y además fue anulada por el TS en Sentencia de 27 de enero de 2003. Sin embargo, el TS anuló la sentencia del TSJ por considerar que el recurso de suplicación era improcedente por contener una reclamación inferior a 300.000 pesetas, y es por ello, únicamente por lo que el TS anula la Sentencia del TSJ de Cataluña y confirma la de instancia contra la que, realmente, no procedía recurso alguno (y por tanto, no entró a analizar la cuestión de la cosa juzgada). Además, el TS en la STS de 27 de enero de 2003 descarta que procediera el recurso de suplicación por la vía de —aun de cuantía inferior— tratarse de una cuestión a la que fuese aplicable la excepción de la «afectación general». Por tanto, ni el TS ni el TSJ de Cataluña se refirieron ni mantuvieron la excepción de cosa juzgada.

Desde nuestro punto de vista, la excepción de cosa juzgada no es un argumento suficiente para denegar en la instancia el derecho a la revisión de la base reguladora. No se trata en este caso de que la cosa juzgada ceda por sobrevenir un nuevo hecho —un cambio jurisprudencial—, ya que realmente, lo que se está enjuiciando es una actuación administrativa de oficio de la Entidad Gestora, como consecuencia de la modificación de un criterio jurisprudencial, que le lleva a la revisión de oficio por el INSS de las cuantías de las pensiones de IP, a excepción de las reconocidas en Sentencia. Y es esta actuación administrativa, extra-procesal, lo que en realidad se ha de enjuiciar, y por tanto, no habría una colisión con la institución procesal de cosa juzgada sino con el principio de igualdad y éste actuaría no tanto como límite de la cosa juzgada como de la actuación de los poderes públicos.

En el caso de que hubieran sido los particulares los que reclamasen una revisión de sus pensiones como consecuencia de la jurisprudencia favorable a la aplicación del paréntesis a estos casos, la respuesta, en mi opinión tampoco sería absoluta ni cerrada en orden a la aplicación de la cosa juzgada, ya que en materia de incapacidades juegan un papel importante la modificación de los hechos y circunstancias como causa excluyente o impeditiva del efecto positivo de la cosa juzgada —nos referimos a la enfermedad como fenómeno dinámico y en constante evolución—. Y ello aun cuando en muchas ocasiones los Tribunales han aplicado la cosa juzgada, por ejemplo, para negar la aplicación de la nueva jurisprudencia sobre responsabilidad en el pago de las prestaciones por incapacidad permanente derivada de riesgos profesionales en el supuesto de concurrencia Mutuas de Accidentes de Trabajo, por considerar que «habiéndose basado la revisión no en la aparición de enfermedades nuevas o intercurrentes, sino en la agravación *per se* de las mismas lesiones y limitaciones que sirvieron de base a la concesión de la IPP, manteniéndose por ende la misma contingencia, la responsabili-

dad del pago de la prestación ha de seguir siendo compartida, en tanto en cuanto a la misma le resulta de aplicación la citada institución de la cosa juzgada por aplicación del artículo 222.4 de la LECiv. sin que a ello pueda obstar la nueva corriente jurisprudencial, modificando la anterior, que atribuye la mencionada responsabilidad en el pago, en general, a la Mutua que cubría el riesgo al tiempo del accidente» (STSJ Castilla-La Mancha, de 29 de septiembre de 2004 (AS 3183).

Pero volviendo a la STC 8/2007, no compartimos la posición del TC que admite el óbice procesal opuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, según el que la demanda de amparo resulta inadmisibles por falta de agotamiento de la vía judicial previa. Y ésta no se habría agotado por falta de diligencia del recurrente, por haber interpuesto éste un recurso de casación para unificación de la doctrina aportando una sentencia contradictoria que no era firme en el momento de dictarse la resolución recurrida.

Parece claro, como señala el TC que el hecho de que la demanda de amparo haya sido inicialmente admitida no significa que se subsanen los defectos de que pudiera estar afectada la demanda, y, por tanto, no es éste un momento procesal inoportuno y puede el TC apreciarlo en este momento (SSTC 228/2001, 18/2002, 213/2003, 106/2005 y 17/2006). Pero sin cuestionar que *«la exigencia de agotar la vía judicial procedente antes de acudir al recurso de amparo (art. 44.1. a) LOTC) no es, ciertamente, una mera formalidad, sino que constituye un elemento esencial en el sistema de articulación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria, que responde a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca sin brindar antes a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada»*, el TC lleva estas consideraciones hasta el extremo al considerar que no basta el haber interpuesto en tiempo y forma el correspondiente recurso jurisdiccional, sino que es necesario que no se haga extemporáneamente y, además que se cumplan los requisitos procesales establecidos. Para el TC el «fracaso» del recurso idóneo para obtener la reparación del derecho constitucional supuestamente vulnerado equivale a su no utilización, cuando ello sea imputable a la conducta procesal incorrecta del recurrente, por tanto, no entra a analizar si se trata de un error craso injustificable o de un error razonable, que no encierra voluntad de «circunvalar» al TS.

Es cierto que la interposición defectuosa de un recurso impide al órgano correspondiente, en este caso el TS, pronunciarse sobre la cuestión, pero puesto que ya lo había hecho en supuesto idéntico, de la misma manera que también el propio TC ya se había pronunciado sobre la cuestión, nos resulta una posición formalista en exceso, hasta llegar a un punto final paradójico, que más recuerda a un «castigo» a los letrados poco diligentes que a una protección efectiva de un derecho fundamental.