

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 191/2018 de 21  
Feb. 2018, Rec. 1713/2016**

**Ponente: Segoviano Astaburuaga, María Luisa.**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1713/2016

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**Sentencia núm. 191/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 21 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Manuel Valentín-Gamazo de Cárdenas, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Sonsoles , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 16 de marzo de 2016, recaída en el recurso de suplicación núm. 991/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 19 de los de Madrid, dictada el 23 de julio de 2015 , en los autos de juicio núm. 626/2014, iniciados en virtud de demanda presentada por D.<sup>a</sup> Sonsoles, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), sobre pensión de jubilación.

Ha sido parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) representado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 23 de julio de 2015, el Juzgado de lo Social nº 19 de los de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, desestimando la demanda interpuesta por DOÑA Sonsoles contra el Instituto General de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, absuelvo a éstos de las pretensiones deducidas en este procedimiento.»

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: «1. DOÑA Sonsoles, en lo sucesivo la demandante, nació el NUM000 de 1945. **2.** La demandante ha permanecido de alta en el RGSS desde el 30 de septiembre de 1963 en los diversos periodos que obran en el informe de vida laboral que figura al folio 123, que se da por reproducido. **3.** La Tesorería General de la Seguridad Social, por medio del documento que obra al folio 107, que se

da por reproducido, comunicó a la demandante que el 28 de febrero de 2010 reuniría las condiciones precisas para quedar exonerada del pago de las cuotas de la Seguridad Social salvo por incapacidad temporal. En consecuencia, desde el 1 de marzo de 2010 la demandante quedó exonerada del deber de cotizar a la Seguridad Social en los términos indicados. **4.** La demandante fue despedida por la empresa para la que venía prestando sus servicios, dentro del RGSS, ASIPA, el 31 de mayo de 2011. La demandante prestaba en dicha empresa las funciones de Gerente, dentro de la categoría profesional de Jefe Administrativo. **5.** La demandante causó alta en el RETA el 1 de junio de 2011, para ejecutar una actividad de "trabajos administrativos-contabilidad". La actora optó por cotizar por la base de cotización máxima, si bien se mantuvo en la misma situación de exoneración del pago de cuotas hasta el 31 de diciembre de 2013. **6.** La demandante solicitó la pensión de jubilación activa el 23 de diciembre de 2013, que le fue reconocida en el RGSS el 31 de enero de 2014 con una base reguladora de 1.790,06 euros, un porcentaje del 108,25%, una pensión inicial de 1.937,74 euros y un importe minorado mensual de 968,87 euros por simultanear su actividad laboral por cuenta propia con la pensión, fijándose como hecho causante el 31 de diciembre de 2013 y como fecha de efectos económicos el 1 de enero de 2014. **7.** Para el cálculo de la base reguladora de esa pensión el Instituto General de la Seguridad Social ha considerado en el periodo comprendido entre junio de 2011 y octubre de 2013 las bases de cotización mínimas del RETA. Las bases de cotización tenidas en cuenta por el Instituto General de la Seguridad Social son las que obran a los folios 101 y 102, que se dan por reproducidas. **8.** La demandante formuló reclamación administrativa previa, que fue desestimada por resolución del Instituto General de la Seguridad Social con registro de salida de 7 de abril de 2014, quedando expedita la vía judicial. **9.** Para el caso de que en el periodo comprendido entre los meses de junio de 2011 y octubre de 2013 se hubieran de tener en cuenta las bases máximas del RETA la base reguladora resultante sería de 2.121,17 euros.»

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D.<sup>a</sup> Sonsoles formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 16 de marzo de 2016, recurso 991/2015, en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Sonsoles contra la sentencia de fecha 23 de julio de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid , en autos nº 626/2014, seguidos a instancia de Sonsoles contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación de PENSIÓN DE JUBILACIÓN, confirmando la misma.»

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el letrado D. Manuel Valentín-Gamazo de Cárdenas, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Sonsoles , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 24 de julio de 2014, recurso 3236/14.

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, Instituto Nacional de la Seguridad Social, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de desestimar en recurso interpuesto.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 21 de febrero de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- La cuestión controvertida se ciñe a determinar cuáles son las bases de cotización que se deben considerar, a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, en el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2011 y el 31 de octubre de 2013, periodo durante el cual la actora prestó su actividad encuadrada en el RETA, exonerada de la obligación de cotizar y habiendo estado encuadrada con anterioridad en el Régimen General de la Seguridad

Social, pretendiendo la actora que se tengan en cuenta las bases máximas por las que cotizaba con anterioridad a cumplir 65 años, habiendo aplicado el INSS las bases mínimas, al no haber cotizado en el año anterior a comenzar su actividad en el RETA.

2.- El Juzgado de lo Social número 19 de los de Madrid dictó sentencia el 23 de julio de 2015 , autos número 626/2014, desestimando la demanda formulada por DOÑA Sonsoles contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre PENSIÓN DE JUBILACIÓN, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Tal y como resulta de dicha sentencia, la actora, nacida el NUM000 de 1945, ha estado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social desde el 30 de septiembre de 1963, siendo despedida de la empresa para la que prestaba sus servicios, como gerente, dentro de la categoría de jefe administrativo, el 31 de mayo de 2011. Causó alta en el RETA el 1 de junio de 2011 para ejercer la actividad de "trabajos administrativos-contabilidad". Desde el 1 de marzo de 2010 -había cumplido 65 años el NUM000 de 2010- estaba exonerada de la obligación de cotizar, tal y como le comunicó el INSS. La actora en el RETA optó por cotizar por la base de cotización máxima, si bien se mantuvo en la situación de exoneración del pago de cuotas. Solicitó pensión de jubilación el 23 de diciembre de 2013 que le fue reconocida en el RGSS el 31 de enero de 2014 con una base reguladora de 1.790,06 euros, un porcentaje del 108,25%, una pensión inicial de 1.937,74 euros y un importe minorado mensual de 968,87 euros por simultanear su actividad laboral por cuenta propia con la pensión, fijándose como hecho causante el 31 de diciembre de 2013 y como fecha de efectos económicos el 1 de enero de 2014. Para el cálculo de la base reguladora de esa pensión el Instituto General de la Seguridad Social ha considerado en el periodo comprendido entre junio de 2011 y octubre de 2013 las bases de cotización mínimas del RETA.

Recurrida en suplicación por el Letrado D. Manuel Valentín-Gamazo de Cárdenas, en representación de DOÑA Sonsoles, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 16 de marzo de 2016, recurso número 991/2015, desestimando el recurso formulado.

La sentencia, invocando el artículo 112 bis, uno y DA Trigésimo segunda de la LGSS entendió que dichas normas se refieren a los trabajadores por cuenta ajena que continúan ejerciendo su actividad dentro del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social y a los trabajadores autónomos que siguen efectuando actividad como tales, pero no a aquellos que cambian de Régimen de Seguridad Social. En el supuesto examinado, al no existir bases de cotización efectivas, con anterioridad a cumplir la edad fijada, hay que acudir a las bases mínimas. En el año anterior a que la actora estuviera encuadrada en el RETA, exonerada de la obligación de cotizar, no había cotizado en el RETA -estaba encuadrada en el Régimen General- por lo que, al no existir bases de cotización en el año anterior a la fecha de la exoneración del pago de cuotas, han de tomarse las bases de cotización del primer año en que existan, como no existen, hay que acudir a las bases mínimas.

**4.** - Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado D. Manuel Valentín-Gamazo de Cárdenas, en representación de DOÑA Sonsoles , recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 24 de julio de 2014, recurso número 3236/2014.

El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser desestimado. por no concurrir el requisito de la contradicción.

**SEGUNDO.- 1.-** Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

**2.-** La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 24 de julio de 2014, recurso número 3236/2014, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Granollers, en autos número 1087/2012, seguidos en virtud de demanda formulada por D. Damaso contra la Entidad Gestora recurrente y contra la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre jubilación.

Consta en dicha sentencia que el actor cotizó al Régimen General de la Seguridad Social hasta el mes de octubre de 2009, prorrogándose dicha cotización estando en desempleo hasta el mes de febrero de 2010. Posteriormente se encuadró en el RETA, estando exonerado del pago de cotizaciones desde el 1 de septiembre de 2010 -fecha en la que cumplió 65 años- hasta la fecha de su jubilación, el 1 de septiembre de 2012, dedicándose siempre a la actividad de viajante de prendas de vestir.

La sentencia entendió que el demandante no tenía ningún descubierto (real) de cotización con anterioridad a su exoneración de cotización en el RETA, ya que había cotizado previamente en el año 2009 en el Régimen General por una base de 3.166.20 euros, de manera que la interpretación correcta en este caso del párrafo de la DT. 32ª en que se dice, "las bases de cotización correspondientes a las mensualidades de cada ejercicio económico exentas de cotización serán equivalentes al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural inmediatamente anterior en el porcentaje de variación media conocida del índice de precios al consumo en el último año indicado", ha de entenderse referido a las cotizaciones reales que efectuó con anterioridad a la exoneración ya que la Ley no exige que se hayan efectuado en el mismo régimen por el que el trabajador se jubila, en lugar de acudir a la base mínima de cotización vigente en cada momento en aplicación de una ficción legal, lo que perjudica a personas con una larga carrera de aseguramiento, y que en algunos casos como en los directivos de empresa, empresarios individuales, o en este caso de viajeros (representantes de comercio) pasan de uno al otro régimen de Seguridad Social.

**3.-** Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS.

En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores que, tras prestar servicios encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social, pasan al RETA, continuando realizando la misma actividad -en la recurrida pasa al RETA donde realiza "trabajos administrativos-contabilidad", habiendo realizado en el Régimen General funciones de gerente, dentro de la categoría profesional de administrativo, en la de contraste siempre realizó funciones de viajante de prendas de vestir-. Cuando pasan a este régimen están exonerados del pago de cuotas -excepto las correspondientes a IT- por haber cumplido 65 años y tener más de 35 cotizados.

Los dos actores, cuando se dan de alta en el RETA, continúan realizando la misma actividad que ejercían cuando estaban encuadrados en el Régimen General, tal y como resulta en la sentencia recurrida del hecho probado cuarto y quinto y en la de contraste del fundamento de derecho segundo, con valor de hecho probado.

El trabajo que la actora ha desarrollado en el Régimen General es el mismo que el que posteriormente ha desarrollado en el RETA, que es el de trabajos administrativos, sin que conste acreditado que sean trabajos distintos los desarrollados bajo uno u otro Régimen de Seguridad Social.

La sentencia recurrida ha resuelto que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 112 bis y DA trigésimo segunda de la LGSS , al no existir bases de cotización en el año anterior, se tomarán las bases de cotización del primer año en que existan, como no constan tales bases, hay que acudir a las bases mínimas, lo que es coherente con lo establecido en la DA Quincuagésima quinta, adicionada a la LGSS , en virtud de lo establecido en el artículo 2.3 de la Ley 27/2011.

La sentencia de contraste ha entendido que las bases de cotización que han de tenerse en cuenta durante el periodo en el que el trabajador estuvo exonerado de cotizar, son las correspondientes

al año inmediatamente anterior a la fecha de exoneración, esto es aquellas por las que se cotizaba al Régimen General durante el año 2009.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

**TERCERO.- 1.-** El recurrente alega infracción, por aplicación indebida y errónea de los artículos 161 y siguientes y DA Trigésimo segunda de la LGSS, en relación con el artículo 13 del RD 1132/2002

**2.-** Para una recta comprensión de la cuestión planteada, pasamos a continuación a reproducir los preceptos que han de ser tomados en consideración.

Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social.

Artículo 1. Ámbito subjetivo

1.- Las normas de este Real Decreto serán de aplicación para determinar los derechos que puedan causar para sí, o para sus familiares, quienes acrediten cotizaciones en más de uno de los regímenes de Seguridad Social que a continuación se expresan:

a) Régimen de Clases Pasivas del Estado

b) Régimen General y regímenes especiales del Sistema de la Seguridad Social o sustitutorios de aquéllos.

Artículo 4. Coordinación de funciones y cómputo recíproco de cotizaciones

1. En los casos de pensiones de jubilación o retiro, invalidez permanente o muerte y supervivencia, cuando el causante tenga acreditados, sucesiva o alternativamente, períodos de cotización en más de un régimen de los referidos en el artículo 1º del presente Real Decreto, dichos períodos, y los que sean asimilados a ellos que hubieran sido cumplidos en virtud de las normas que los regulen, podrán ser totalizados a solicitud del interesado, siempre que no se superpongan, para la adquisición del derecho a pensión, así como para determinar, en su caso, el porcentaje por años de cotización o de servicios aplicable para el cálculo de la misma.

2. La pensión será reconocida por el Órgano o Entidad gestora del régimen al que el causante hubiera efectuado las últimas cotizaciones. En el supuesto de que ésta fuera simultánea, la competencia para la resolución corresponderá al régimen respecto del cual aquél tuviera acreditado mayor período cotizado. Dicho Órgano o Entidad resolverá aplicando sus propias normas pero teniendo en cuenta la totalidad de períodos a que se refiere el número anterior.

No obstante, si en tal régimen el interesado no cumpliera las condiciones exigidas para obtener derecho a pensión, procederá que resuelva el otro régimen con aplicación de sus propias normas y teniendo en cuenta, asimismo, la expresada totalización.

Ley General de la Seguridad Social.

Artículo 112. bis. Cotización con 65 o más años.

1.- Los empresarios y trabajadores quedarán exentos de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, respecto de aquellos trabajadores por cuenta ajena con contratos de trabajo de carácter indefinido, así como de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, en los que concurren las circunstancias de tener cumplidos sesenta y cinco o más años de edad y acreditar treinta y cinco o más años de cotización efectiva a la Seguridad Social, sin que se compute a estos efectos las partes proporcionales de pagas extraordinarias.

Artículo 162. Base reguladora de la pensión de jubilación

1.- La base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será el cociente que resulte de dividir por 350, las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

6.- Por los períodos de actividad en los que no se hayan efectuado cotizaciones por contingencias comunes, en los términos previstos en el artículo 112 bis, a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones excluidas de cotización, las bases de cotización correspondientes a las mensualidades de cada ejercicio económico exentas de cotización, no podrán ser superiores al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural inmediatamente anterior en el porcentaje de variación media conocida del IPC en el último año indicado más dos puntos porcentuales.

Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

Artículo 12. Cálculo de la base reguladora en supuestos de exoneración de cuotas de Seguridad Social para trabajadores por cuenta ajena con sesenta y cinco o más años.

Por los períodos de actividad en los que no se hayan efectuado cotizaciones por contingencias comunes, en los términos previstos en el artículo 112 bis de la Ley General de la Seguridad Social, referido a trabajadores con contrato indefinido con sesenta y cinco o más años de edad, con exclusión de los incluidos en los Regímenes especiales Agrario y de Empleados de Hogar, que tuvieran acreditados treinta y cinco o más años de cotización efectiva a la Seguridad Social, a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones derivadas de contingencias comunes, con excepción de la incapacidad temporal, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1ª Se tomarán las bases por las que hubiera venido cotizando el interesado, salvo que sean superiores al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural inmediatamente anterior, en el porcentaje de variación media conocida del índice de precios al consumo en el último año indicado, más dos puntos porcentuales.

2ª Si las bases de cotización declaradas fuesen superiores al promedio de las del año anterior, incrementadas según lo dispuesto en la regla 1ª, se tomará como base de cotización dicha cuantía.

3ª A efectos del cálculo del promedio citado en la regla 1ª se tomarán las bases de cotización correspondientes a la actividad y empresa por la que esté exonerado de cotización y por jornada equiparable a la que se esté realizando.

4ª Si no existieran bases de cotización en todas las mensualidades del año natural anterior, se tomará el promedio de las bases de cotización que existan, dividido por el número de meses al que las mismas correspondan.

5ª De no existir bases de cotización por la actividad que se encuentra sujeta a la exoneración de cuotas, se tomarán las bases de cotización que tenga el interesado por trabajos por cuenta ajena realizados durante el año anterior al comienzo de dicha exoneración, en jornada equiparable a la que se encuentre exenta de cotización.

6ª De no existir bases de cotización en el año anterior, se tomarán las bases de cotización del primer año en que existan, calculando el promedio citado en la regla 1ª y aplicando las reglas citadas en los apartados anteriores. Dicho promedio se incrementará en el porcentaje de variación media del año o años naturales anteriores hasta llegar al año correspondiente al del período de exoneración de cuotas.

Artículo 13. Cálculo de la base reguladora en supuestos de exoneración de cuotas de Seguridad Social para trabajadores por cuenta propia con sesenta y cinco o más años.

Por los períodos de actividad en los que los trabajadores por cuenta propia, en los términos establecidos en la disposición adicional trigésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social, estén exentos de cotizar a la Seguridad Social, por tener cumplidos sesenta y cinco o más

años de edad y acreditar treinta y cinco o más años de cotización efectiva a la Seguridad Social, a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones derivadas de contingencias comunes, con excepción de la incapacidad temporal, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1ª Las bases de cotización tomadas en consideración para la determinación de la base reguladora serán equivalentes al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural inmediatamente anterior al comienzo del período de exención de cotización, en el porcentaje de variación media conocida del índice de precios al consumo en el último año indicado, sin que las bases así calculadas puedan ser inferiores a la cuantía de la base mínima de cotización fijada anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

2ª A efectos del cálculo de dicho promedio se tomarán las bases de cotización correspondientes a la actividad por cuenta propia por la que esté exonerado de cotización.

3ª Si no existieran bases de cotización en todas las mensualidades del año natural anterior al comienzo del período de exención de cotización, se tomará el promedio de las bases de cotización que existan, dividido por el número de meses al que las mismas correspondan.

4ª De no existir bases de cotización en el año anterior, se tomarán las bases de cotización del primer año en que existan, calculando el promedio citado conforme a las reglas citadas en los apartados anteriores; dicho promedio se incrementará en el porcentaje de variación media del año o años naturales anteriores hasta llegar al año correspondiente al del período de exoneración de cuotas.

**CUARTO.- 1.** - Cuestión similar a la ahora planteada ha sido resuelta por esta Sala en sentencia de 13 de diciembre de 2017, recurso 632/2016, en la que se contiene el siguiente razonamiento:

«Al trabajador demandante le ha sido reconocida la pensión de jubilación totalizando los periodos cotizados en el Régimen General de la Seguridad Social y los cotizados en el RETA, si bien como en este último régimen no reunía los requisitos necesarios para causar pensión de jubilación, se le ha reconocido la misma en el Régimen General de la Seguridad Social.

En consecuencia, a tenor de lo establecido en el artículo 4.2 del Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social, al haberse concedido la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social la concesión de la misma ha de efectuarse aplicando las normas de dicho Régimen.

Tales normas, a los efectos que ahora interesan, no son otras que el artículo 162.1 y 6 de la LGSS y artículo 12. 1 y 3 del RD 1132/2002 de 31 de octubre, es decir, las bases por las que hubiera venido cotizando el interesado, salvo que las mismas fueran superiores al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural inmediatamente anterior, en el porcentaje de variación media conocida del índice de precios al consumo en el último año indicado más dos puntos porcentuales.

Al haberlo entendido así la sentencia recurrida, procede desestimar el recurso. No resulta de aplicación, en contra de lo que arguye el recurrente, el artículo 13 del RD 1132/2002, de 31 de octubre, ya que el mismo regula el cálculo de la base reguladora en supuestos de exoneración de cuotas de Seguridad Social para trabajadores por cuenta propia con sesenta y cinco o más años, y ya ha quedado razonado con anterioridad que las normas que han de aplicarse son las propias del Régimen General de la Seguridad Social, tal y como resulta del artículo 4.2 del RD 691/1991, de 12 de abril ».

**QUINTO.- 1.-** Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, que ha de mantenerse por razones de seguridad jurídica y por no haber acaecido ningún hecho nuevo que determine un cambio jurisprudencial, procede la estimación del recurso formulado.

A este respecto hay que señalar que la actora tiene derecho a percibir la pensión de jubilación por el Régimen General de la Seguridad Social, ya que es donde reúne los requisitos para lucrar dicha pensión, no reuniéndolos en el RETA, por lo que se han de aplicar las normas de este Régimen y, en consecuencia computar, a efectos del cálculo de la base de cotización del periodo en el que

estuvo exonerada del pago de cuotas, las bases de cotización efectuadas al Régimen General de la Seguridad Social el año anterior a la exoneración.

**2.-** De aplicarse la tesis propugnada por la Entidad Gestora se haría de peor condición al trabajador que al cumplir 65 años y llevar más de 35 cotizados en el Régimen General, decide seguir trabajando, si bien encuadrado en el RETA, exonerado del pago de cotizaciones, tal y como establece el artículo 112 bis y DA Trigésima segunda de la LGSS.

Con ello se frustraría la finalidad perseguida por la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, que, entre otros, añadió el artículo 112 bis y la DA Trigésimo segunda a la LGSS.

En el Preámbulo de dicha Ley consta:

«En el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9 de abril de 2001 por el Gobierno, la Confederación de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, se incluyeron un conjunto de medidas en relación con la flexibilidad de la edad de jubilación, a fin de dotar a la misma de los caracteres de gradualidad y progresividad.

Con dicha finalidad, se estimó conveniente proceder a la modificación de la regulación de la pensión de jubilación, en el sentido de que la misma no viniera a impedir una presencia social activa de los ciudadanos, teniendo en cuenta, a su vez, que esta permanencia repercute en la propia autoestima del trabajador, tiene efectos positivos sobre el sistema de pensiones y, de modo más general, presenta indudables ventajas para el conjunto de la sociedad que, de esta forma, puede aprovechar la experiencia y los conocimientos de los trabajadores de más edad.

Consecuentemente, con el objetivo de lograr una mayor permanencia en la actividad, el Gobierno quedó comprometido por dicho Acuerdo a introducir las modificaciones legales necesarias que posibilitaran la adopción de las siguientes medidas...

En segundo lugar, la exoneración del pago de cotizaciones sociales por contingencias comunes, salvo en lo que se refiere a la incapacidad temporal, correspondientes a los trabajadores de sesenta y cinco o más años, que acrediten treinta y cinco años efectivos de cotización y que decidan voluntariamente la continuación o la reiniciación de su actividad laboral.»

**SEXTO.-** Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Letrado D. Manuel Valentín-Gamazo de Cárdenas, en representación de DOÑA Sonsoles ,, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de marzo de 2016, en el recurso de suplicación número 991/2015. No ha lugar a la imposición de costas, en aplicación de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Manuel Valentín-Gamazo de Cárdenas, en representación de DOÑA Sonsoles , frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de marzo de 2016, en el recurso de suplicación número 991/2015, interpuesto por la citada recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 19 de Madrid, el 23 de julio de 2015 , autos número 626/2014, seguidos a instancia de la hoy recurrente contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre PENSIÓN DE JUBILACIÓN. Resolviendo el debate planteado en suplicación estimamos el recurso de tal clase interpuesto por el letrado D. Manuel Valentín-Gamazo de Cárdenas en representación de DOÑA Sonsoles , revocando la sentencia impugnada y estimando la demanda formulada declaramos el derecho de la actora a percibir la pensión de jubilación sobre



una base reguladora calculada sobre lo cotizado en el año 2009 para el periodo en el que existió exoneración del pago de cuotas. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.