

Se pueden repercutir las nuevas cotizaciones previa suspensión de la pensión de jubilación por realización de trabajo en el cálculo de una nueva base reguladora

16/10/2025

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia 443/2025, de 21 de mayo de 2025

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 3621/2022

Ponente Excmo. Sr. IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

En Madrid, a 21 de mayo de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, representados y asistidos por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia de fecha 8 de junio de 2022 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 405/2022, formulado frente a la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2021, dictada en autos 558/2020 por el Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid, seguidos a instancia de Doña Lorenza, contra dichos recurrentes, sobre pensión de jubilación.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida Doña Lorenza, representada y asistida por el letrado D. Alvaro Javier San Martín Rodríguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con 2 de diciembre de 2021, el Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “FALLO: QUE ESTIMANDO LA DEMANDA INTERPUESTA POR D.^ª Lorenza FRENTE AL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DEBO REVOCAR PARCIALMENTE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA Y RECONOCER A LA ACTORA SU DERECHO A PERCIBIR LA PENSIÓN DE VIUDEDAD SOLICITADA Y RECONOCIDA SI BIEN SOBRE UNA BASE REGULADORA DE 3.315,80 € MENSUALES, CON LOS EFECTOS ECONÓMICOS CORRESPONDIENTES; CONDENANDO A LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA A ESTAR Y PASAR POR TAL DECLARACIÓN”.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

“PRIMERO.- La actora, D.^ª Lorenza, contrajo matrimonio con D. Ismael, quien falleció el día 24/09/2019; habiendo presentado la demandante solicitud de pensión de viudedad (Folios 18 a 24)

SEGUNDO.- Por resolución del INSS de fecha 14/11/2019, se acordó reconocer a D.^ª Lorenza la pensión de viudedad con un porcentaje del 52% sobre una base reguladora de 2.439,23 €. (Pags. 18 y 19 del expediente administrativo)

TERCERO.- Contra la referida resolución, la actora presentó reclamación previa mostrando su disconformidad con la base reguladora, la cual consideraba debía ascender a 3.315,80 €; habiendo sido la misma desestimada por resolución de fecha 04/02/2020, en la que se argumentaba que el causante

(Sr. Ismael) era perceptor de una pensión de jubilación del Régimen General que se le concedió con una base reguladora de 2439,23 €, la cual estaba en suspenso por incompatibilidad con la actividad laboral el mismo desempeñaba, así como que, en estos casos, la pensión de viudedad se deriva de la situación de pensionista del causante y para calcular la pensión de viudedad se parte de la misma base reguladora que sirvió para determinar la pensión de la que era beneficiario su cónyuge. (Pags 130 y 133 Expdte Administrativo)

CUARTO.- D. Ismael estuvo trabajando para la empresa EDITORIAL ECOPRENSA S.A. desde el 03.04.08 hasta el 24.09.19. (Informe de vida laboral: folio 120)

QUINTO.- Las bases de cotización de D. Ismael correspondientes al periodo comprendido entre el mes de septiembre del año 2017 y el mes de agosto del año 2019 (24 meses inmediatamente anteriores al hecho causante) ascienden a un total de 92.841,70 €, que dividido entre 28 arroja el resultado de 3.315,80 €. (Folio 121)”.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 8 de junio de 2022, en la que consta la siguiente parte dispositiva: “FALLAMOS: Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D. Miguel Alvaro Asenjo Valerio en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de 2 de diciembre de 2021 del Juzgado de lo Social número 32 de Madrid en autos nº 558/2020. Sin costas”.

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Supremo de fecha 22 de marzo de 1999, rcud 1401/1998.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso procedente. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos.

SEXTO.- Por Providencia de fecha 26 de marzo de 2025, se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 20 de mayo de 2025.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestión planteada, sentencia recurrida y el recurso de casación para la unificación de doctrina.

1. De mediar la identidad y la contradicción exigidas por el artículo 219.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), la cuestión que plantea el presente recurso consiste determinar si las cotizaciones efectuadas por la realización de un trabajo por cuenta ajena durante el periodo de suspensión de la pensión de jubilación pueden conducir a la determinación de una nueva base reguladora de la correspondiente pensión o solo repercuten en el porcentaje o en la cuantía de la prestación.

2. La actora, doña Lorenza, estuvo casada con don Ismael, quien falleció el 24 de septiembre de 2019. A don Ismael se le reconoció una pensión de jubilación con una base reguladora de 2.439,23 euros, pensión que se suspendió por incompatibilidad al realizar aquel una actividad remunerada desde el 3 de abril de 2008 hasta la ya citada fecha de 24 de septiembre de 2019.

El INSS reconoció a la actora una pensión de viudedad con un porcentaje del 52 por ciento sobre la mencionada base reguladora de 2.439,23 euros.

La actora reclamó que la base reguladora debía ser de 3.315,80 euros y no de 2.439,23 euros. Las bases de cotización de don Ismael correspondientes al periodo de septiembre de 2017 y a agosto de 2019 (24 meses inmediatamente anteriores al hecho causante divididas entre 28) arrojan los citados 3.315,80 euros.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid 368/2021, de 2 de diciembre (autos 558/2020), estimó la demanda de la actora y declaró su derecho a percibir la pensión de viudedad sobre la base reguladora de 3.315,80 euros.

El INSS interpuso recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social.

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 579/2022, de 8 de junio (rec. 405/2022), desestimó el recurso de suplicación.

3. El INSS ha interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 579/2022, de 8 de junio (rec. 405/2022).

El recurso invoca de contraste la STS 22 de marzo de 1999 (rcud 1401/1998) y denuncia la infracción del artículo 16 de la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social, en relación con lo dispuesto en el artículo 7.3 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, con la nueva redacción dada por el Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad.

El recurso solicita la casación y anulación de la sentencia recurrida.

4. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la estimación del recurso.

La actora -ahora parte recurrida- ha presentado escrito de impugnación en el que alega ausencia de contradicción y solicita, en todo caso, la desestimación del recurso por ser correcta la sentencia recurrida.

SEGUNDO. El examen de la contradicción.

1. Debemos examinar el requisito de la contradicción exigido por el artículo 219 LRJS, en relación con la sentencia de contraste, la STS 22 de marzo de 1999 (rcud 1401/1998).

El examen debemos hacerlo en todo caso. Pero, adicionalmente, en el presente supuesto, la impugnación del recurso sostiene que no existe contradicción.

2. No resulta posible apreciar, en efecto, que entre las sentencias comparadas se den la identidad y la contradicción requeridas legalmente.

La razón estriba en que las cuestiones que examinan y resuelven una y otra sentencias son distintas.

La cuestión debatida en la STS 22 de marzo de 1999 (rcud 1401/1998), era si, tras la Ley 26/1985, de 31 de julio, sobre medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, seguía vigente el artículo 16.2 d) de la Orden de 18 de enero de 1967, y, singularmente -explica la STS 22 de marzo de 1999-, “la regla que contiene la citada Orden prohibiendo que se varíe la base reguladora de la pensión de jubilación, ya reconocida, en los supuestos en que esta haya quedado en suspenso por la realización de trabajos por cuenta ajena por el pensionista, y por los que se hayan ingresado las correspondientes cotizaciones.” En la STS 22 de marzo de 1999 no se plantea, sin embargo, la aplicación del artículo 8 del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, siquiera sea porque estas normas son posteriores en el tiempo a aquella sentencia.

Por el contrario, la sentencia recurrida, que se apoya y reproduce la previa sentencia de la sala de Madrid 8 de septiembre de 2021 (rec. 437/2021), tiene como *ratio decidendi* el citado artículo 8 del Real Decreto 1132/2002, que regula el “efecto de las cotizaciones efectuadas tras la suspensión de la pensión de jubilación” y establece en su apartado 3, que “si el trabajador falleciese durante la situación de jubilación flexible, a efectos del cálculo de las prestaciones de muerte y supervivencia que correspondan, los beneficiarios podrán optar por que aquéllas se calculen desde la situación de activo del causante o, en su caso, desde la situación de pensionista del mismo.”

La previa sentencia de la Sala de lo Social del TSJ 8 de septiembre de 2021 (rec. 437/2021) aplica el artículo 8.3 del Real Decreto 1132/2002, en relación con el artículo 7.2 del Decreto 1646/1972, a una pensión de orfandad. Y la sentencia recurrida, en la que por cierto el INSS ya alegó la STS 22 de marzo de 1999, entendió que debía mantener el mismo criterio en relación con la pensión de viudedad de la actora.

El razonamiento de la sentencia recurrida es el siguiente:

“En este caso hemos de mantener el mismo criterio en relación con la pensión de viudedad, reiterando que en aplicación del artículo 8.3 del Real Decreto 1132/2002 el beneficiario de las prestaciones por muerte y supervivencia causadas por el fallecimiento del jubilado que tiene suspendida la pensión por desempeño laboral tiene un derecho de opción entre la base reguladora de la pensión de jubilación suspendida, revalorizada hasta el nuevo hecho causante, y la base reguladora resultante de un nuevo cálculo en base a la nueva situación en activo del causante y sus nuevas cotizaciones, por lo que el recurso es desestimado.”

Como puede verse, la sentencia recurrida reconoce el derecho a optar por una nueva base reguladora, por partir de que así lo reconoce el artículo 8.3 del Real Decreto 1132/2002, mientras que la sentencia referencial, la STS 22 de marzo de 1999 (rcud 1401/1998), parte de que la Orden de 18 de enero de 1967 no reconoce el derecho a que se varíe la base reguladora.

3. Según anticipábamos, no cabe apreciar contradicción entre la doctrina de las sentencias comparadas al aplicar normas distintas, una -la recurrida- una posterior disposición que sí permite optar por una nueva base reguladora y otra -la de contraste- una anterior norma que no permite variar la base reguladora, sin que estuviera entonces vigente la disposición tenida en cuenta por la recurrida.

Ya hemos dicho que la sentencia recurrida se apoya en la anterior sentencia de la sala madrileña de 8 de septiembre de 2021 (rec. 437/2021).

Pues bien, esta última sentencia fue recurrida en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3881/2021, en el que se invocaba también como sentencia de contraste la STS 22 de marzo de 1999 (rcud 1401/1998).

Y resulta que el auto de esta Sala IV de 5 de octubre de 2022 inadmitió el recurso por falta de contradicción.

Este auto razona así:

“no concurren los requisitos exigidos por el art. 219 LRJS para apreciar la alegada contradicción por parte del INSS. En efecto, en la sentencia recurrida la actora solicita la pensión de orfandad en el año 2019, vigente el Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre y la sala de suplicación calcula el importe de la base reguladora al amparo del art. 8.3 de la meritada norma de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación flexible que permite, una vez rehabilitada la prestación de jubilación que quedó suspendida por incompatibilidad con una actividad retribuida, tener en cuenta las cotizaciones posteriores del pensionista para el nuevo cálculo de la base reguladora de la pensión inicial. Esto no es cuanto acontece en la sentencia de contraste en la que el actor solicitó la pensión de jubilación en el año 1996, después de haber quedado suspendida la prestación por incompatibilidad, igualmente, con

una actividad retribuida, pero en este caso la Sala IV resuelve al amparo de lo preceptuado en el art. 16.2 d) de la Orden de 18 de enero de 1967 porque en ese momento no estaba vigente el sistema de jubilación flexible contenido en el RD 1132/2002, de 31 de octubre.”

El mismo criterio debemos aplicar respecto de la pensión viudedad solicitada por la actora.

4. Las anteriores consideraciones conducen, en la fase procesal en la que estamos, a desestimar el presente recurso de casación unificadora.

TERCERO. La desestimación del recurso.

1. De acuerdo con lo razonado, y oído el Ministerio Fiscal, procede, en la actual fase procesal, desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina y declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

2. No procede imponer costas (artículo 235.1 LRJS).

FALLO

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

1. Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

2. Declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 579/2022, de 8 de junio (rec. 405/2022).

3. No imponer costas.

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

Así se acuerda y firma.