

Id Cendoj: 28079140012007100882
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 689/2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: GONZALO MOLINER TAMBORERO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

INVALIDEZ PERMANENTE. BASE REGULADORA. PERIODO DE INCAPACIDAD TEMPORAL DURANTE EL QUE SE EXTINGUE EL CONTRATO DE TRABAJO. EL PERÍODO POSTERIOR DE IT-DESEMPLEO COMPUTARÁ POR LAS BASES MÍNIMAS PARA EL CÁLCULO DE LA BASE REGULADORA DE LA PRESTACIÓN DE INVALIDEZ PERMANENTE DERIVADA DE AQUELLA SITUACIÓN DE IT. INTERPRETACIÓN DEL ART. 222.1 LGSS EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY 34/2001.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Julio de dos mil siete.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Enrique Lillo Pérez en nombre y representación de D. Raúl contra la sentencia dictada el 4 de enero de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en recurso de suplicación núm. 1065/05, interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de octubre de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Huesca, en autos núm. 610/05, seguidos a instancias de D. Raúl contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL e INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO sobre incapacidad.

Ha comparecido en concepto de recurrido el INSS, representado por Letrado de la Administración.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. GONZALO MOLINER TAMBORERO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de octubre de 2005 el Juzgado de lo Social nº 1 de Huesca dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º) Raúl , nacido el 10 de febrero de 1946, prestó servicios como Oficial 1ª encargado por cuenta y orden de la empresa Inmobiliaria Buil, S.A., con una base reguladora mensual de 1.133,59 €. 2º) A consecuencia de enfermedad común, el 27 de octubre de 2003, inició la situación de incapacidad temporal en la que permaneció hasta el 25 de febrero de 2005, durante la que fue intervenido quirúrgicamente de ambas caderas, presentando en la actualidad, coxartrosis bilateral, refiriendo limitación funcional de la EEII por la prótesis bilateral y coxalgia a la movilización de las mismas, deambulación normal e independiente. 3º) Durante el período de incapacidad temporal, 30 de abril de 2004, se produjo la extinción del contrato de trabajo, continuando en la misma situación y con el percibo de la prestación correspondiente a cargo de la Mutua Asepeyo, con el tope máximo equiparable para las prestaciones por desempleo. 4º) El Instituto Nacional de la Seguridad Social en resolución de 13 de mayo de 2005, le fue reconocida una incapacidad permanente total. 5º) Agotada vía previa."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por D. Raúl , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, y el Instituto Nacional de Empleo, sobre incapacidad permanente, debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos contenidos en la demanda."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Raúl ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la cual dictó sentencia en fecha 4 de enero de 2006 , en la que

consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación núm. 1065 de 2005, ya identificado antes, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida."

TERCERO.- Por la representación de D. Raúl se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 28 de febrero de 2006, en el que se alega infracción por violación del *art. 222.1 de la Ley General de la Seguridad Social (RDL 1/1994 de veinte de junio* , en la redacción dada por la *Ley 24/2001 de veintisiete de diciembre*) y ello en relación con el *artículo 140,1 de la Ley General de la Seguridad Social* . Simultáneamente se denuncia la infracción, por aplicación indebida, del *artículo 140,4 de la misma Ley General de la Seguridad Social* . Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada el 25 de octubre de 2004 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Rec.- 3323/04).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 16 de enero de 2007 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte demandada para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de junio de 2007.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El presente recurso de casación para la unificación de doctrina tiene por objeto determinar si en la base reguladora de la prestación de invalidez permanente en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo deben computar las bases mínimas o por el contrario las bases sobre las que el INEM debió cotizar por desempleo, por el período en que el trabajador estuvo percibiendo prestaciones por IT- desempleo después de ver extinguido su contrato de trabajo hallándose en situación de incapacidad temporal.

2.- La sentencia que aquí se recurre es la dictada en 4 de enero de 2006 por la Sala de lo Social del TSJ de Aragón (rec.-1065/05). En ella se resolvió una demanda de reconocimiento de incapacidad permanente absoluta formulada por el actor contra el INSS en el sentido de desestimar su pretensión de que se le reconociera una base reguladora superior a la que le había calculado el INSS. En el supuesto enjuiciado, el actor había iniciado su situación de IT mientras se hallaba trabajando en una empresa y vio extinguida su relación laboral con la misma cuando se hallaba en tal situación, continuando en la misma hasta que fue propuesto para una invalidez permanente, y en el cálculo de la base reguladora el INSS computó dicho período sobre las bases mínimas, contra lo que entendió el recurrente quien defendió en la instancia y reitera actualmente que las bases de cotización a tener en cuenta por aquel período habrían de ser aquellas por las que hubiera debido cotizar el INEM en el supuesto de que hubiera solicitado prestaciones por desempleo. La sentencia recurrida desestimó esta pretensión sobre el argumento de que sólo podrían computarse tales bases en el caso de que el trabajador hubiera llegado a solicitar y percibir prestaciones por desempleo pero no el supuesto de autos en que tal situación no se produjo.

3.- Como sentencia de referencia para la contradicción ha aportado el recurrente como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social de Madrid en fecha 25 de octubre de 2004 (Rec.-3323/04). En dicha sentencia se resolvió también una pretensión de reconocimiento de una prestación de invalidez permanente formulada por un trabajador que vio extinguida igualmente su relación laboral con la empresa cuando se hallaba en situación de IT y percibiendo prestaciones de tal naturaleza, y le fue reconocida la situación de incapacidad permanente total sin sucesión de continuidad y por ello sin haber solicitado prestaciones por desempleo, no obstante lo cual la sentencia llegó a la conclusión de que la base reguladora de la invalidez debió ser calculada por las cotizaciones que durante el período de IT posterior a la extinción del contrato estuvo el actor percibiendo prestaciones por IT, y no sobre las bases mínimas por entender que aquella decisión, acomodada a las previsiones del *art. 222 de la LGSS* , no constituye un resultado "equitativo, proporcionado, objetivo y justificado, además de complaciente con las exigencias del *art. 41 de la Constitución*".

4.- Las dos sentencias contemplan situaciones sustancialmente iguales en relación con el cálculo de la base reguladora de una prestación de invalidez permanente, y en relación con trabajadores que se hallaban en la misma situación pues en ambos casos se reclamaba la integración del mismo período de cálculo con cotizaciones teóricas por desempleo, habiéndose llegado por las sentencias comparadas a soluciones diferentes; todo lo cual hace necesario admitir el presente recurso para dar a la cuestión planteada la solución unificada que proceda de conformidad con la legislación aplicable que en ambos casos es la misma; razones por la que procede admitir el presente recurso al reunir las exigencias

requeridas por el *art. 217 de la LPL* .

SEGUNDO.- 1.- La representación del demandante en origen instrumenta el presente recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el *art. 222 de la Ley de Procedimiento Laboral* , denunciando la infracción por violación del *art. 222.1 de la Ley General de la Seguridad Social* , y ello en relación con el *artículo 140.1 de la Ley General de la Seguridad Social* , denunciando simultáneamente la infracción por aplicación indebida del *art. 140.4 de la Ley General de la Seguridad Social* . El recurrente entiende que la situación de quien se halla en incapacidad temporal y a la vez en situación real de desempleo exige que se tengan en consideración los distintos *párrafos del art. 222 de la LGSS* para reconocerle, en una interpretación del precepto acomodada a las exigencias del *art. 3.1 del Código Civil* , su derecho a que en la base reguladora de las prestaciones de invalidez causadas inmediatamente después de pasar por dicha situación se tengan en cuenta las bases de cotización por las que el INEM hubiera debido cotizar por desempleo y no las bases mínimas de cotización que le fueron aplicadas en interpretación literal de lo dispuesto en el *art. 140.4 de la LGSS* .

2.- La pretensión del recurrente tiene un grave inconveniente de aceptación y no es otro que el que deriva de la clara dicción del *art. 222.1 LGSS* en la nueva redacción que le dio el *art. 34.1º de la Ley 24/2001* según la cual "cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el *apartado 1 del art. 208* y a percibir, si reúne los requisitos necesarios la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo", añadiendo que "en todo caso, se descontará del período de percepción de la prestación como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de extinción del contrato de trabajo", y que "la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social...por todo el período que se descuenta como consumido".

Como se desprende de dicho precepto, el legislador, modificando en algún punto la redacción anterior, pero no en lo sustancial, lo que ha hecho es distinguir dos situaciones, a saber: la del trabajador que estando en IT ve extinguido su contrato de trabajo y permaneciendo en situación de IT no pasa a causar derecho a prestaciones por desempleo, y la del trabajador que estando en IT y ve extinguido su contrato de trabajo pasa después a percibir prestaciones por desempleo. En el primer caso, que es el que aquí nos ocupa, además de prever que la prestación por IT que siga percibiendo en pago directo y por la que no existe obligación de cotizar, la percibirá en la cuantía correspondiente a la prestación por desempleo que pudiera haberle correspondido, no dispone nada más sobre el particular por lo que para tal período habrá de regir la *regla del art. 140.4 de la LGSS* cuando haya que computar dicho período para el cálculo de una base reguladora, o sea, el cómputo de las bases mínimas en cuanto que no es aplicable a esta situación la doctrina del paréntesis prevista para otras situaciones - SSTS 1-10-2002 (Rec.-3666/01) y 11-12-2002 (Rec.- 649/02) -. Por el contrario, cuando después de aquella situación de IT el trabajador, por ser dado de alta, pasa a percibir prestaciones por desempleo en el caso de que le correspondan, aquel período lo descuenta del que le correspondería percibir como desempleo si bien en este caso sí que prevé que el INEM cotice a efectos ulteriores por el período descontado.

3.- Es obvio que esta regulación es distinta para quien ve extinguido su contrato de trabajo en situación de IT y pasa después directamente a percibir prestaciones de invalidez frente a quien después de extinguida la IT pasa a percibir prestaciones por desempleo, pero es una desigualdad de trato derivada del hecho de que quien se halla en la primera situación no ha pasado realmente a ser desempleado, puesto que en tal caso no podría percibir prestaciones por IT dada la incompatibilidad intrínseca existente entre la situación en que se halla dicho interesado que no puede trabajar y la del desempleado que por esencia es una persona con capacidad laboral; se trata de un desempleado en potencia a quien no se le exige por lo tanto acreditar el cumplimiento de los requisitos que el *art. 207 LGSS requiere a quien pretende tener derecho a prestaciones por desempleo*. Son dos situaciones tan distintas las que contempla el legislador que la diferencia de trato que da a la una y a la otra se halla completamente justificada desde el principio de igualdad del *art. 14* de la Constitución, sin que tampoco pueda considerarse contraria a las previsiones del *art. 41* de la Constitución como sostiene la sentencia de contraste, si se tiene en cuenta que es al legislador al que le corresponde determinar el nivel de prestaciones que debe garantizar a los ciudadanos y su suficiencia, dado el carácter prestacional de aquella previsión, cual el Tribunal Constitucional ha dicho de forma reiterada - por todas SSTCº 68/1982, 65/1987, 189/1987 o 70/1991 -, y a los Jueces y Tribunales aplicar esta legalidad *constitucional en la forma y medida en que el legislador la ha establecido como dispone el art. 117.3* de la propia Constitución, siempre que no contradigan, como se ha dicho, el principio

de no discriminación o de trato desigual injustificado.

TERCERO.- En definitiva el recurso del actor deviene improcedente y por lo tanto merece ser desestimado para confirmar en todos sus términos los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto que se acomoda a la buena doctrina unificada que procede mantener sobre el particular discutido, todo ello de conformidad con las previsiones generales mantenidas en el *art. 226.2 de la LGSS*, sin que, no obstante proceda la condena en costas por gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita - *art. 233 LPL* -.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Raúl contra la sentencia dictada el 4 de enero de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en recurso de suplicación núm. 1065/05, interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de octubre de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Huesca, en autos núm. 610/05, seguidos a instancias de D. Raúl contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL e INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO sobre incapacidad. Confirmamos la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.