

Id Cendoj: 28079140012007100892
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 5448/2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MARIANO SAMPEDRO CORRAL
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Determinación de la base reguladora en el caso de recaída en la situación de Incapacidad Temporal. La base reguladora debe calcularse conforme la cotización realizada durante el último mes anterior a la recaída. Reitera STS de 2 de octubre de 2003 (Rec. 3605/2002).

SENTENCIA

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

Vistos los presentes autos, pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Letrado D^a Sonia García Besnard, en nombre y representación de S.A. SUPERMERCADOS Y AUTOSERVICIOS, contra la sentencia dictada en fecha 10 de noviembre de 2005 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el recurso de Suplicación núm. 515/2005, interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia dictada en 14 de enero de 2005 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Badajoz en los autos núm. 460/2005 seguidos a instancia de Doña María Teresa , sobre otros derechos de la seguridad social.

Es parte recurrida Doña María Teresa , representada por el Letrado D. Rodrigo Bravo Bravo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. MARIANO SAMPEDRO CORRAL

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Badajoz, contenía como hechos probados: "I.- Doña María Teresa , de profesión cajera, nacida el día 5/02/1952, permaneció en situación de incapacidad temporal hasta el día 27 de febrero de 2002, reintegrándose a su puesto de trabajo con efecto del 1 de junio de 2002, siendo nuevamente dada de baja el día 30 de julio de 2002, permaneciendo en dicha situación hasta el día 28 de enero de 2004, que por resolución de la dirección provincial del INSS. se le concede la incapacidad permanente absoluta y se le concede como prestación económica, una pensión del 100% sobre una base reguladora de 815.16 €. II.-La actora no estando conforme con la base de reguladora que se le ha calculado, por entender que las cotizaciones entre el mes de junio del año 2002 al mes de diciembre del 2003 no es la de 667.81 que se establece en la hoja de cálculo para dichos meses a excepción del mes de julio de 2002 que se cotiza por 814.10 €, interpuso reclamación previa que fue desestimada por resolución de la dirección provincial del INSS de 30/04/04, teniendo entrada en el juzgado decano el 17 de mayo y turnada a este juzgado el día 18 del mismo mes. III.-La base reguladora que pretende es de 877.61 € tomando como base el mes anterior a la segunda baja, 30 de julio de 2002 y por los conceptos del hecho cuarto de su demanda, que se da por reproducido.". El Fallo de la misma sentencia es el siguiente: "FALLO.- Que se estima la demanda presentada por la actora Doña María Teresa frente al INSS y Supera SA declarando que la prestación económica que le corresponde recibir a la actora por incapacidad permanente absoluta es la de 877.61 €, teniendo derecho a los atrasos que le corresponde y lo cual deberá ser abonado por la empresa codemandada "Supera SA." en un 7.12% y en un 92.88 % por el INSS, condenando a las codemandadas a estar y pasar por ello, sin perjuicio del deber de anticipo por esta entidad de las prestaciones reconocidas a la beneficiaria.".

SEGUNDO.- La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia ha mantenido íntegramente el relato de los hechos probados de la sentencia de instancia. El tenor literal de la parte

dispositiva de la sentencia de suplicación es el siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Sr. Letrado D. Salvador Navarro Martín, en nombre y representación de SA de Supermercados y Autoservicios, contra la sentencia de fecha 14/1/05, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Badajoz en sus autos número 460/2005, seguidos a instancia de Doña María Teresa , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y SA de Supermercados y Autoservicios, en reclamación por OTROS DERECHOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución de instancia. Se decreta la pérdida del depósito constituido por la empresa recurrente para la formalización del recurso, al que, una vez firme la presente resolución se le dará el destino legal por el Juzgado de procedencia. Se imponen las costas causadas en el presente recurso a la recurrente, en las que se incluirán los honorarios de letrado del trabajador impugnante en la cantidad de 400 euros. "

TERCERO.- La parte recurrente considera como contradictorias con la sentencia impugnada las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 26 de enero de 2001 (Rec. 822/2000) y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 23 de enero de 1995 (Rec. 3652/1994); habiendo sido aportada la oportuna certificación de las mismas.

CUARTO.- El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo en fecha 15 de enero de 2006 . En él se alega como motivo de casación, en el primer motivo, la infracción de los *artículos 129, 131 bis. 2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio* , en relación con el *artículo 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio* , y el *artículo 9.1.2º de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967* , así como la doctrina jurisprudencial en esta materia; en el segundo motivo, la infracción del *artículo 126 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio* , en relación con los *artículos 94.2 y 92.5 de la LGSS de 1966* , así como la doctrina jurisprudencial en esta materia.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala dictada el 16 de febrero de 2007 , se admitió a trámite el recurso dándose traslado de la interposición del mismo a la parte recurrida personada, por el plazo de diez días, presentándose escrito por la misma alegando lo que consideró oportuno.

SEXTO.- Trasladadas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose día para la votación y fallo que ha tenido lugar el 5 de julio de 2007.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación para la unificación de doctrina se articula en dos motivos diferentes que serán objeto de examen en diferentes fundamentos de derecho, y para cada una de ellos se alega y aporta una sentencia "contraria" a efectos de justificar el presupuesto de contradicción exigido por el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)* .

1.- El primer motivo tiene por objeto determinar como ha de calcularse la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal en el supuesto de que tal situación se haya reconocido en un primer proceso que terminó con alta médica del beneficiario, al que siguió el reconocimiento de la misma contingencia por idéntica causa (recaída) dentro del periodo de seis meses.

La sentencia recurrida ha considerado que concurren dos procesos de incapacidad temporal independientes y que, por lo tanto, la base reguladora de la incapacidad temporal por recaída ha de calcularse en función del último mes cotizado antes de que se produzca esta segunda baja médica por igual dolencia dentro del plazo de seis meses a partir de la primera baja.

La sentencia contraria, dictada en un asunto sustancialmente igual, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 26 de enero de 2001 se ha pronunciado en forma contraria al sostener (Fundamento de derecho tercero) que "la base reguladora será la fijada para la primera de las bajas".

Concurre, pues, en este primer motivo el presupuesto de contradicción en los términos exigidos en el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)* , presupuesto que, de otra parte, ha sido evidenciado por la parte recurrente en relación precisa y circunstanciada (*artículo 222 LPL*).

2.- El segundo motivo de contradicción se contrae a resolver si la empresa debe responder o no de

pagos de la diferencias relativas a la prestación de incapacidad permanente, por haber incumplido la misma durante un periodo prolongado su obligación de cotizar en la forma reglamentaria (en concreto el periodo de infracotización alcanza al periodo comprendido entre el 30 de julio de 2002 y 28 de enero de 2004).

La sentencia recurrida ha dado una respuesta afirmativa a la cuestión, entendiéndose que el empleador, en este supuesto concreto de infracotización, debe responder en forma proporcional a las diferencias litigiosas, por lo que se fija una responsabilidad del 7'12% en el pago de la prestación. Valora, al efecto la sentencia que la infracotización no deriva de la interpretación de una cuestión "ex novo", y, que, además, la infracotización se extendió durante un largo periodo de tiempo.

La sentencia de contraste dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 23 de enero de 1995 alcanza una solución contraria. Esta sentencia fundamenta su decisión en el argumento de que "no considera acreditado, ni se deduce de lo actuado, así como tampoco fue motivo de oposición por la entidad demandada la existencia de descubierto de cotización, por falta o infracotización de la demandada en el momento anterior al hecho causante, que pudiera generar responsabilidad empresarial". En este motivo no existe contradicción, como se argumentará posteriormente.

SEGUNDO.- Entrando a conocer del primer motivo, la Sala considera que no se han infringido los preceptos legales mencionados por la recurrente "infracción de los *artículos 129, 131 bis. 2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio*, en relación con el *artículo 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio*, y el *artículo 9.1.2º de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967*, así como la doctrina jurisprudencial en esta materia".

El motivo debe ser rechazado siguiendo la sentencia de esta Sala Social del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2003 (Rec. 3605/2002) que desestimó un recurso sustancialmente igual en el que la parte recurrente denunciaba como infringidos "el *art. 128 de la Ley General de la Seguridad Social* en relación con lo dispuesto en el *art. 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio* y en el *art. 9.1.2º de la OM de 13 de octubre de 1967*, reguladores de las condiciones de reconocimiento y percepción de las prestaciones por incapacidad temporal, por entender que, no habiéndose producido en ningún caso el transcurso de seis meses entre el alta y la segunda baja, el periodo de incapacidad temporal es el mismo y por lo tanto debe ser la misma base reguladora de dicha prestación en ambos periodos."

1.- El *artículo 13 del Decreto 1646/1972* perceptúa que "la base reguladora para el cálculo de la cuantía del subsidio de incapacidad laboral transitoria será el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador... en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad...", y el *artículo 9 de la Orden de 13 de octubre de 1967* establece que "si el proceso de incapacidad laboral transitoria -actualmente incapacidad temporal- se viera interrumpido por periodos de actividad laboral por un período superior a seis meses se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad".

Una aplicación meramente literal de ambos *preceptos puede llevar a una primera conclusión* de entender que la base reguladora de la prestación es la correspondiente al mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación a partir de lo dispuesto en el *art. 13 del Decreto*, y, por interpretación "a contrario" de lo dispuesto en el *art. 9 de la Orden*.

Pero, si se lee más detenidamente lo que dispone el *art. 13 del Decreto* regulador citado y se hace en su contexto se aprecia que lo que el mismo determina es la cuantía inicial del subsidio por incapacidad temporal (I.T.), sin que de sus previsiones se pueda deducir que con ello haya querido resolver las diversas vicisitudes por las que puede pasar una situación de incapacidad temporal a lo largo de su duración. Por su parte el *artículo 9 de la Orden de 13 de octubre de 1997* regula únicamente la duración del derecho a las prestaciones por I.T. sin referencia alguna a cuál sea el cálculo que procede hacer de la base reguladora.

2.- Por lo tanto, el problema litigioso no puede estimarse resuelto directamente a partir de la mera literalidad de la normativa reguladora de la controvertida contingencia, por lo que habrá que buscar la solución que mejor se acomode a la finalidad perseguida, de conformidad con lo ya dicho por esta Sala para supuestos semejantes.

Concretamente, si partimos de la naturaleza contributiva de esta prestación y de la finalidad de este subsidio, que no es otra que la de suplir la falta de rentas derivada de una situación de baja laboral, la solución lógica a la situación planteada no puede ser otra que la de entender que la prestación ha de estar conectada con la situación más próxima a la de la última baja, que es además el período más próximo por el que se ha cotizado. Este es el criterio que ha seguido esta Sala cuando ha afirmado, en situación distinta pero equiparable con la aquí planteada, que, a partir de la normativa aplicable a esta prestación no se

puede sostener que una recaída después de trabajar menos de seis meses dé derecho a la prestación que se tenía, pues, al contrario, una recaída supone el inicio de una nueva situación que determinará la aplicación del régimen jurídico que en ese momento corresponda (SSTS 24-11-1998 (Rec.-1206/98) y 18-2-1999 (Rec.-1587/98) referente a supuestos en los que el trabajador no reunía la carencia necesaria cuando inició la I.T. y sí que la tenía cuando se produjo la recaída). Esta nueva situación es la que determina, en consecuencia, el reconocimiento del derecho y la cuantía del mismo, lo que significa que, a salvo lo previsto, en cuanto a su duración en el precitado *art. 9*, es en el momento de la recaída en el que habrá que volver a calcular la base reguladora de la prestación en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento de conformidad con las previsiones generales del *art. 129 LGSS* y *art. 13 del Decreto de 1972*.

3.- Finalmente, es de añadir que carece de relevancia la infracción denunciada del *artículo 129 de la LGSS*, que reconoce, genéricamente, "la prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad laboral transitoria", y del *artículo 131 bis.2 LGSS* que se refiere a ciertas consecuencias derivadas de la extinción de la IT por el "transcurso del plazo máximo fijado en el apartado a) del *número 1 del artículo 128 de la presente ley*".

TERCERO.- En relación al segundo motivo en el que se aduce violación del *artículo 126 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio*, en relación con los *artículos 94.2 y 92.5 de la LGSS de 1966*, no existe contradicción.

1.- El *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (Sentencias de 27 y 28 de enero de 1992 (R. 824/1991 y 1053/1991), 18 de julio, 14 de octubre, y 17 de diciembre de 1997 (R. 4035/4996, 94/1997, y 4203/1996), 23 de septiembre de 1998 (R. 4478/1997), 7 de abril de 2005 (R. 430/2004), 25 de abril de 2005 (R. 3132/2004) y 4 de mayo de 2005 (R. 2082/2004).

2.- Y no existe contradicción porque en la sentencia recurrida se parte de la existencia de una infractotización prolongada en el tiempo y, no derivada de un problema de interpretación *ex novo* y por ello se hace responsable a la empresa del pago de la prestación en un porcentaje proporcional a la cotización que la misma impagó. Sin embargo, como se adelantó en el primer fundamento de la presente resolución, la razón de exonerar la responsabilidad al empleador en la sentencia de contraste fue (Fundamento de derecho tercero, apartado cuarto) el dato de que "no consta acreditado, ni se deduce de lo actuado, así como tampoco fue motivo de oposición por la entidad demandada, la existencia de descubierto de cotización, sea por falta o infractotización de la demandada en el momento anterior al hecho causante".

CUARTO.- En virtud de lo expuesto procede la desestimación del presente recurso, condenando a la parte recurrente al pago de las costas procesales y a la pérdida del depósito para recurrir al que se dará el destino legal.

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 UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Letrado D^a Sonia García Besnard, en nombre y representación de S.A. SUPERMERCADOS Y AUTOSERVICIOS, contra la sentencia dictada en fecha 10 de noviembre de 2005 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el recurso de Suplicación núm. 515/2005, interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia dictada en 14 de enero de 2005 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Badajoz en los autos núm. 460/2005 seguidos a instancia de Doña María Teresa, sobre otros derechos de la seguridad social. Con imposición de costas procesales a la parte recurrente y pérdida del depósito para recurrir al que se dará el destino legal.

Devuélvase las actuaciones al Organo 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. Mariano Sampedro Corral hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.