

Roj: STS 5070/2011
Id Cendoj: 28079140012011100437
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2521/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JUAN FRANCISCO GARCIA SANCHEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA x
- x BASE REGULADORA POR ENFERMEDAD COMÚN x
- x PAGAS EXTRAORDINARIAS x
- x INADMISIÓN POR FALTA DE CONTRADICCIÓN x

Resumen:

RCUD. Incapacidad Permanente Absoluta. Cálculo de la base reguladora. Cómputo de los días-cuota de las pagas extras. Falta de contradicción.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Junio de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por representada por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL defendido por la Letrada Sra. Dorronzoro Fabregas contra la Sentencia dictada el día 5 de Mayo de 2010 por la Sala de lo Social con sede en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el Recurso de suplicación 481/10 , que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 19 de Enero de 2010 pronunció el Juzgado de lo Social número dos de Granada en el Proceso 1051/09 , que se siguió sobre prestaciones de la Seguridad Social, a instancia de DOÑA Agueda contra el expresado recurrente y otra.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Francisco Garcia Sanchez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 5 de Mayo de 2010 la Sala de lo Social con sede en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Granada, en los autos nº 1051/09, seguidos a instancia de DOÑA Agueda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre prestaciones de la Seguridad Social. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía es del tenor literal siguiente: " Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 DE GRANADA en fecha 19 DE ENERO DE 2010 , en Autos 1051/09 seguidos a instancia de Dª Agueda en reclamación sobre SEGURIDAD SOCIAL contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. "

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 19 de Enero de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Granada , contenía los siguientes hechos probados: "**1º**.- A la actora, con D.N.I. nº NUM000 , y afiliada al régimen General de la Seguridad Social con el nº NUM001 , de profesión Cocinera, con fecha de 7-8-09, se le reconoció pensión de incapacidad permanente total cualificada, dimanante de enfermedad común, calculada sobre una base reguladora de 472,99 euros, equivalente al 65% de la base teórica a aplicar (727,68 #). ...**2º**.- Tras interponer reclamación previa por disconformidad tanto con el grado de

incapacidad reconocido como con la base reguladora establecida, por no haberse tenido en cuenta los días asimilados por pagas extraordinarias, la misma fue desestimada por resolución de 25-9-09 (f.8, por reproducido). ...**3º**.- La actora postula una base reguladora de 560,31 euros mensuales (77% de la base teórica a aplicar). ...**4º**.- Conforme al dictamen propuesta emitido por el EVI, la parte actora padece como cuadro clínico residual: Esclerodermia. Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: Artromialgias generalizadas en el contexto de su esclerodermia sistémica. Ahogo a pequeños esfuerzo/deambulaci3n (Ecocardiografía de estr3s de 21-4-09: http ligera en reposo que se hace severa con el esfuerzo). Esofagitis grado IV/IV. Sd. Raynaud. Sd. Fibromiálgico en tto U del *. Esta propuesta debe ser completada con la de iniciaci3n de expediente de incapacidad permanente, al recoger 3sta todas las patologías que presenta la actora, conforme a los diversos informes médicos obrantes en el expediente. Así, la actora padece como cuadro clínico residual: Esclerodermia sistémica en su variante limitada. Http con esfuerzo, Alveolitis fibrosante incipiente. Esofagitis. Miopatía distal. Fibromialgia. Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: Artromialgias generalizadas en el contexto de su esclerodermia sistémica. Ahogo a pequeños esfuerz3 deambulaci3n (Ecocardiografía de estr3s de 21-4-09: http ligera en reposo que se hace severa con el esfuerzo). Esofagitis grado IV IV. Sd. Raynaud. Sd. Fibromiálgico en tto U del Dolor. Osteoporosis vertebral. (no datos de Dexa). Hinchaz3n piernas. Efectos secundarios de la plurimediaci3n. Rizartr3sis bilateral. En L. E. Qca. desde junio 09. ...**5º**.- Se ha agotado la vía previa. ...**6º**.- Obr3n en autos informes médicos aportados por la actora en el acto del juicio, que se tienen por reproducidos."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Que estimando la demanda interpuesta por Dª. Agueda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, con revocaci3n de la resoluci3n impugnada, debo de declarar y declaro que la actora se encuentra afecta de una incapacidad permanente en grado de absoluta, con derecho a percibir una pensi3n mensual equivalente al 77% de su base reguladora, esto es, 560,31#, desde la fecha reglamentariamente establecida."

TERCERO.- Letrada Sra. Dorronzoro Fabregas, mediante escrito de 25 de junio de 2010, formul3o recurso de casaci3n para la unificaci3n de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de Octubre de 2009 . SEGUNDO.- Se alega la infracci3n del *art. 140.1.b) del vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)* en la redacci3n que le otorg3 la *Ley 40/2007 de 4 de Diciembre, en relaci3n con su art. 163.1* , y en relaci3n tambi3n con los *arts. 238.2 y 161.1 .b)* del mismo y con la jurisprudencia que cita.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 6 de julio de 2010 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casaci3n para la unificaci3n de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnaci3n, el Ministerio Fiscal emiti3 informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votaci3n y fallo el día 26 de mayo de 2011, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La cuesti3n que ha de resolverse en el presente recurso de casaci3n para la unificaci3n de doctrina consiste en determinar si han de incluirse los días-cuota de las pagas extraordinarias para el c3lculo de la base reguladora de una pensi3n de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, causada ya bajo la vigencia de la *Ley 40/2007* .

A la trabajadora aqu3 concernida la declar3o el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) afecta de una incapacidad permanente parcial para su profesi3n habitual a causa de enfermedad com3n, fijándole la correspondiente pensi3n sobre una base reguladora de 472'99 euros. Formul3o la trabajadora demanda, con la doble pretensi3n de que le fuera reconocida la incapacidad en grado de absoluta, y que la base reguladora de la prestaci3n se le fijara en 560'31 euros (87'32 euros m3s que los reconocidos por el INSS), por entender que al tiempo de cotizaci3n acreditado deb3an sumarse los días -cuota correspondientes a las pagas extraordinarias. La demanda result3 íntegramente estimada, tanto en la instancia como en sede de suplicaci3n, en 3sta última merced a la Sentencia dictada el día 5 de Mayo de 2010 por la Sala de lo Social con sede en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía .

Se apoy3o la Sala de suplicaci3n, básicamente, en la comparaci3n del *art. 140.1.b) de la LGSS* con el *art. 161.1.b)*, según la redacci3n otorgada a ambos por *Ley 40/2007 de 4 de Diciembre* y, teniendo en cuenta que 3ste último artículo establece expresamente -respecto de la fijaci3n de la base reguladora de la pensi3n de jubilaci3n- que *"a efectos del c3mputo de los años cotizados no se tendr3 en cuenta la parte*

proporcional correspondiente por pagas extraordinarias", en tanto que el primero de los citados no contiene una norma análoga al regular la forma de cálculo de la base reguladora de la pensión de invalidez permanente causada por enfermedad común, llega así a la conclusión en el sentido de que los días-cuota litigiosos sí deben ser computados para fijar la base reguladora de la referida pensión de invalidez permanente derivada de enfermedad común.

Contra dicha Sentencia ha interpuesto el INSS el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, a través de un solo motivo en el que denuncia como infringido el *art. 140.1.b) del vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)* en la redacción que le otorgó la *Ley 40/2007 de 4 de Diciembre, en relación con su art. 163.1*, y en relación también con los *arts. 238.2 y 161.1 .b)* del mismo y con la jurisprudencia que cita.

SEGUNDO .- Eligió el recurrente para el contraste nuestra Sentencia de 27 de Octubre de 2009 (rec. 311/09). Se trataba en este caso de determinar si han de incluirse los días/cuota de las pagas extraordinarias para el cálculo del importe de la "prorrata temporis" que corresponde abonar a la Seguridad Social española en una pensión de incapacidad permanente para cuyo cálculo se habían computado cotizaciones hechas en Suiza y en España. La Sala partió de la base de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en la definición de "periodos" de seguro contenida en la *letra "r" del artículo 1 del Reglamento 1408/71*, ha señalado que existe una remisión a la legislación nacional que demuestra que dicha norma deja la materia de totalización de periodos de seguro en manos del Derecho interno los requisitos para el reconocimiento de un periodo determinado como equivalente a los periodos de seguro propiamente dichos (SSTJCE de 15 de octubre de 1.991 -asunto Faux - y 17 de septiembre de 1.997 -caso Iurlaro -); y a continuación aplicamos nuestra propia jurisprudencia contenida en la Sentencia de 10 de junio de 1974, dictada en interés de ley (y que sigue vigente, salvo por lo que se refiere a la pensión de jubilación por mor de la modificación que la Ley 40/2007 operó en el *art. 161.1.b/ de la LGSS*), en la que se estableció una doctrina que consiste en que al no imponer los textos legales una distinción entre los efectos que produce la cotización por las pagas ordinarias y por las extraordinarias, en cuanto al cómputo de período de carencia, debe prevalecer el concepto "día-cuota" sobre el de "día de trabajo cotizado", de modo que la cotización por las pagas extraordinarias aprovecha para el período de cotización necesario para la concesión del derecho a prestaciones, a cuyos efectos el año no consta sólo de los 365 días naturales, sino de éstos y de los días-cuotas abonados por gratificaciones extraordinarias; pero que esto resulta únicamente válido para completar la carencia precisa para lucrar la pensión, y no para aumentar su cuantía y, en consecuencia, decidió no tener en cuenta en el caso enjuiciado los repetidos días-cuota correspondientes a las pagas extraordinarias, pues no se trataba de completar periodo alguno de carencia (que la trabajadora reunía suficientemente), sino únicamente de fijar la cuantía de la prorrata temporis a cargo de España.

TERCERO .- Abordemos, en primer lugar, el problema relativo a si las dos resoluciones en presencia ostentan, o no, la cualidad de legalmente contradictorias, condición ésta sobre la que alberga dudas el Ministerio Fiscal.

En este sentido, conviene recordar: "es conocida por reiterada la doctrina de esta Sala en relación con el requisito de la contradicción que exige el *art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)* entre la sentencia que se impugna y otra de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Según ella, la contradicción *"requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales"* (sentencias de 27 y 28-1-92 [recs. 824/91 y 1053/91], 18-7, 14-10 y 17-12-97 [recs. 4067/96, 94/97 y 4203/96], 17-5 y 22-6-00 [recs. 1253/99 y 1785/99], 21-7 y 21-12-03 [recs. 2112/02 y 4373/02] y 29-1 y 1-3-04 [recs. 1917/03 y 1149/03] y 28-3-06 [2336/05] entre otras muchas). Por esa razón, el término de referencia en el juicio de contradicción, ha de ser necesariamente *"una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente"* y, por ello, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación. Sentencias de 13-12-91 [rec. 771/91], 5-6 y 9-12-93 [recs. 241/92 y 3729/92], 14-3-97 [rec. 3415/96], 16 y 23-1-02 [recs. 34/01 y 58/01]. 26-3-02 [rec.1840/00], 25-9-03 [rec. 3080/02] y 13-10-04 [rec. 5089/03] entre otras). De otro lado, la Sala ha señalado con reiteración que los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias de las partes (sentencias de 25-5-95 [rec. 2876/94], 17-4-96 [rec. 3078/95], 16-6-98 [rec. 1830/97] y 27-7-01 [rec. 4409/00] entre otras)".

La atenta comparación de las dos resoluciones contrastadas nos lleva a la conclusión de que aquéllas no son contradictorias en los términos que hemos dejado señalados, pues la identidad de hechos

se limita a que, en ambos casos se pretenden extraer consecuencias jurídicas de la cotización por las pagas extraordinarias. Pero, mientras que en la recurrida tal pretensión trata de incrementar el importe de la base reguladora de la prestación, en la sentencia invocada de contraste se pretende modificar el reparto de la prestación en virtud del principio *pro rata temporis*. De esa diversidad de hechos y pretensiones deriva el que las normas jurídicas de aplicación sean distintas, pues en el caso de la recurrida se trata de los *art. 140,1 b)*, en relación con los *art. 163.1 y 138.2 de la Ley General de la Seguridad Social*, cuya infracción denunciaba la recurrente, en tanto que la sentencia de contraste -sin analizar esos *preceptos*- *basa su pronunciamiento en los términos del Reglamento de la Comunidad Europea 1408/71*.

Así pues, no procede entrar en el tratamiento y decisión del fondo del recurso, toda vez que no concurre la condición de procedibilidad que contempla el *art. 217 de la LPL*, por lo que el recurso pudo haber sido inadmitido en su día, de tal suerte que lo que hoy procede -dado el momento procesal en que ahora nos hallamos- es la desestimación de dicho recurso. Sin costas.

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 el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la Sentencia dictada el día 5 de Mayo de 2010 por la Sala de lo Social con sede en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el Recurso de suplicación 481/10, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 19 de Enero de 2010 pronunció el Juzgado de lo Social número dos de Granada en el Proceso 1051/09, que se siguió sobre prestaciones de la Seguridad Social, a instancia de DOÑA Agueda contra el expresado recurrente y otra. Declaramos la firmeza de la resolución combatida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia, 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. Juan Francisco Garcia Sanchez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.