

Id Cendoj: 28079140012007101222
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3402/2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: GONZALO MOLINER TAMBORERO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

INVALIDEZ PERMANENTE. BASE REGULADORA. PERIODO DE INCAPACIDAD TEMPORAL POSTERIOR A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. INTERPRETACION DEL ART. 22.1 DE LA LGSS EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY 34/2001 EN RELACION CON EL CÓMPUTO DEL PERÍODO DE IT-DESEMPLEO. COMPUTA SOBRE BASES MÍNIMAS. REITERA DOCTRINA DE STS 5-7-2007 (REC.-689/06).

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Octubre 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 la Letrada de la Administración D^a Rosario Leva Esteban en nombre y representación de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada el 28 de junio de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 1984/2005, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2004, dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, en autos núm. 544/04, seguidos a instancias de D. Marcelino contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre incapacidad laboral.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Marcelino , representado por la Letrada D^a Mariona Castellana Aregall.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de noviembre de 2004 el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º) El demandante Marcelino , nacido el día 12.03.45 y provisto de DNI nº NUM000 , figura afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta en el régimen general por su actividad profesional habitual como conductor de camión, y acredita el período de cotización necesario para tener derecho a las prestaciones de invalidez. 2º) El demandante inició la situación de incapacidad temporal el día 30.01.03, y el día 16.03.04 se le extendió el alta con una propuesta de incapacidad permanente. 3º) Tras haber sido examinado por la Unidad de Valoración Médica de Incapacitados el día 16.3.04, por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social del día 03.05.04, se declaró la parte actora en situación de incapacidad permanente total. Las lesiones reconocidas fueron: "Saos de carácter grave con criterios de epoc, moderado. Angor de esfuerzo actualmente estabilizado con tratamiento CFII de la NYHA". 4º) Contra esta resolución se interpuso una reclamación previa, con la que se agotaba la vía administrativa, que fue desestimada. 5º) La base reguladora de la prestación es de 995,63 euros al mes por la invalidez y la fecha de efectos de 16.03.04. 6º) El demandante padece: "Saos de carácter grave con criterios de epoc. moderado. Angor de esfuerzo actualmente estabilizado con tratamiento CFII de la NYHA".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Desestimar la demanda presentada por Marcelino contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y absolver a la entidad gestora de todas las peticiones de la demanda."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Marcelino ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 28 de junio de 2006 , en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por Marcelino contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona en los autos seguidos con el nº 544/04, a instancia de Marcelino contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución y, en consecuencia, estimando en parte la demanda, fijamos como base reguladora de la prestación por invalidez permanente total reconocida la suma de 1.140,47 euros."

TERCERO.- Por la representación de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 25 de septiembre de 2006, en el que se alega infracción por interpretación errónea del *art. 222 de la Ley General de la Seguridad Social* y la infracción por no aplicación del *art. 140.4 del citado cuerpo legal, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio* . Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada el 27 de julio de 2005 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Rec.- 584/05).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 19 de marzo 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 procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 27 de septiembre 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 reconocida por invalidez permanente deben computar las bases mínimas o por el contrario las bases sobre las que el INEM hubiera debido cotizar por desempleo, por el período en que el trabajador estuvo percibiendo prestaciones por IT- Desempleo durante el período posterior a la extinción del contrato de trabajo producido cuando el trabajador se hallaba en situación de incapacidad temporal, con prestación de pago directo a cargo del INSS. Todo ello sobre la base de lo dispuesto en el *art. 221.1 LGSS* .

2.- La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de fecha 28 de junio de 2006 en las presentes actuaciones declaró el derecho del trabajador a que la base reguladora de la prestación que le había sido reconocida por el INSS le fuera calculada tomando las bases por las que el INEM hubiera debido cotizar, al decir de la sentencia, por el período posterior a la extinción de su contrato de trabajo producida mientras el trabajador se hallaba en situación de IT, revocando así la decisión del INSS que le había reconocido aquella prestación tomando en consideración para dicho período las bases mínimas.

3.- El INSS ha recurrido dicha resolución con la pretensión de que se mantenga su primera decisión y se revoque la sentencia recurrida por considerarla no acomodada a derecho, aportando como sentencia de contraste para justificar la contradicción legalmente exigida como requisito de admisión del presente recurso la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 27 de julio de 2005 (rec.-584/05) en la que interpretó la normativa vigente en el sentido de entender que en la situación de IT-Desempleo cuando la extinción del contrato de trabajo se ha producido en situación de IT no existe obligación de cotizar por el INEM y la base reguladora correspondiente a dicho período habría de computar sobre las bases mínimas.

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* , sin que las manifestaciones de la recurrida en su escrito de impugnación tengan relevancia suficiente para descartar esta identidad de situaciones manifiesta.

SEGUNDO.- 1.- El recurso del INSS se instrumenta al amparo de lo dispuesto en el *art. 22 de la Ley de Procedimiento Laboral* denunciando la aplicación indebida por parte de la sentencia que se recurre de lo dispuesto en el *art. 22.1 de la LGSS* en relación con las previsiones del *art. 140.4 de la misma Ley* para sostener que de ninguno de dichos preceptos se desprende que por el período reclamado haya de cotizar el INEM en la situación que se contempla ni por lo tanto hayan de tomarse en consideración unas cotizaciones no producidas ni establecidas legalmente, constituyendo argumento sustancial del recurrido en relación con este problema el que sostiene que esa interpretación del *art. 222.1 LGSS* hace de mejor condición a quien después de la IT pasa a percibir prestaciones por desempleo y de ahí a la invalidez de quien pasa directamente a la situación de invalidez desde la situación de IT.

2.- La solución a este problema ya la dio esta Sala por medio de su sentencia de unificación dictada con fecha 5 de julio de 2007 (rec.- 689/06) en la cual se resolvió una cuestión idéntica a la actual, y lo hizo partiendo del texto del *art. 222.1 de la LGSS* en la redacción que le dio el *art. 34.1 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...asumiendo en este caso la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuenta como consumido"

Como ya se dijo en la sentencia anterior, aunque el texto legal no es fácilmente inteligible, de él se pueden deducir las dos siguientes situaciones que inciden sobre el problema aquí debatido, a saber: la del trabajador que, estando en situación de incapacidad temporal ve extinguido su contrato de trabajo y permaneciendo en tal situación no pasa en momento alguno a percibir prestaciones por desempleo, y la del trabajador que, estando en la misma situación, ve extinguida su IT y, por reunir las exigencias legales, pasa a percibir prestaciones por desempleo. El texto legal se limita a decir respecto del primer supuesto que percibirá las prestaciones por IT en la cuantía correspondiente a las prestaciones por desempleo, pero a a partir de su segundo apartado se refiere necesariamente a la segunda situación pues, aunque utiliza la expresión "en todo caso", claramente se aprecia que cuando dispone que "se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo, 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", se está refiriendo sólo y en exclusiva a quien después de la situación de IT pasa a la de desempleo. Y lo mismo se debe afirmar del apartado tercero cuando dispone que "la entidad gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el *párrafo b) del apartado 1 del art. 206* ..." en tanto en cuanto la cotización por desempleo por parte de la Entidad Gestora sólo está prevista para quienes se hallen en situación legal de desempleo y en nuestro caso sólo lo puede estar quien desde la IT ha pasado a percibir prestaciones de tal naturaleza pero no quien -como el aquí demandante- no alcanzó nunca tal situación legal por haberse pasado de IT a IPT directamente.

En definitiva, aunque de una lectura superficial del precepto pudiera deducirse que las previsiones del *art. 221.1 LGSS* son aplicables a todas las situaciones de IT-Desempleo, la realidad es que este precepto sólo ha contemplado en su totalidad la situación de quien desde la IT pasa posteriormente a causar derecho a prestaciones por desempleo, dejando sin expresa regulación - salvo para decir que la prestación de IT se percibirá en la cuantía del desempleo- la situación de quien desde su situación de IT pasa a Invalidez Permanente.

3.- Al no disponer el precepto qué ocurre con el trabajador del primer grupo, o sea, del trabajador que no pasa de la situación de IT a la de desempleo, sino - como en este caso ocurre - directamente desde la situación de IT a la de Invalidez Permanente, el problema que se plantea es el de decidir si en la base reguladora de la prestación por invalidez permanente debió computarse aquel período sobre las bases mínimas como sostuvo el INSS y la sentencia de contraste en aplicación de las previsiones generales que se contienen en el *art. 140-4 de la LGSS* puesto que no se produjo durante el mismo ninguna cotización, o si, por el contrario durante aquel período de IT debió cotizar el INEM como si el interesado estuviera percibiendo prestaciones por desempleo puesto que durante ese período percibió la IT en la cuantía correspondiente a la prestación por desempleo.

La solución con la literalidad de la Ley y de acuerdo con la intención manifestada por el legislador en la propia exposición de motivos de la *Ley 24/2001 que introdujo la nueva redacción del art. 222.1* permite concluir que lo que se pretendió fue reducir los costes que en materia de prestaciones y cotizaciones relacionadas con la prestación por desempleo recaían sobre todo el sistema de la Seguridad Social, y que, por lo tanto, lo que se quiso establecer sin decirlo expresamente es que quien percibiera prestaciones por IT en pago directo por no existir empresa obligada a cotizar, salvo en el caso en que después pasara a percibir prestaciones por desempleo, las percibiera como si fueran prestaciones de desempleo pero sin cotización. A partir de dicha regulación, la consecuencia natural es que para el cálculo de la base reguladora de una invalidez subsiguiente a aquella IT-Desempleo se computen las bases mínimas conforme al *art. 140.4 LGSS* en tanto en cuanto no sería aplicable a esa situación la doctrina del paréntesis de conformidad con la doctrina de esta Sala apreciable entre otras en SSTS 1-10-2002 (rec.- 3666/01) y 11-12-2002 (rec.- 649/02), ni podrían computarse cotizaciones inexistentes.

4.- Esta Sala, como ya dijo en la precitada sentencia anterior, estima, de acuerdo con la posición del INSS y con la defendida en el recurso por el Ministerio Fiscal que la situación del trabajador que ve extinguido su contrato de trabajo hallándose en situación de IT y que desde esta situación pasa a percibir prestaciones por invalidez permanente no es la misma, a los efectos que nos ocupan, que la de quien desde aquella situación de IT pasa, por haber sido dado de alta médica, a percibir las prestaciones por desempleo que todavía le pudieran corresponder; en efecto, aunque en ambos casos el punto de partida es el mismo - una situación de incapacidad temporal para trabajar incompatible con el trabajo - en el primero de los supuestos se trata de una incapacidad nacida como temporal pero que se prolonga en incapacidad permanente y por lo tanto afecta a un trabajador a quien en ningún momento se le exigió que acreditara reunir las condiciones para percibir prestaciones por desempleo -*art. 207 LGSS* - y de quien el legislador presume que nunca estuvo en condiciones de pasar a tal situación en cuanto que esta última requiere como elemento sustancial que el interesado se halla en condiciones de trabajar: era desde el principio una persona incapacitada para trabajar y por ello para solicitar prestaciones por desempleo; por el contrario, en el segundo de los casos el trabajador inicialmente incapacitado para trabajar y a quien luego se le da el alta y acredita estar en condiciones para trabajar y percibir prestaciones por desempleo, es un trabajador de quien se puede presumir que durante la incapacidad temporal ya era un desempleado que ocasionalmente era incapaz, y por lo tanto sus situaciones real era la de un trabajador capacitado para trabajar y materialmente en desempleo aunque en realidad no pudiera trabajar ni percibir estas prestaciones por razón de la enfermedad. En tales circunstancias, el que a uno se le nieguen las cotizaciones por un desempleo que no llegó a generar ni en acto ni en potencia, mientras que al segundo se le reconozcan porque tenía dicha condición por lo menos en potencia no parece carente de justificación desde el *punto de vista constitucional*. Son dos situaciones lo suficientemente diferenciadas para estimar que la diferencia de trato que da a la una y a la otra se halla 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 SSTC^o 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 INSS en este caso aparece como completamente justificado y acomodado a derecho de conformidad con la anterior interpretación de la Sala, lo que conduce a la necesidad de estimar su recurso para casar y anular la sentencia recurrida, con la consecuencia obligada de dictar una sentencia acomodada a la buena doctrina unificada, con todas las consecuencias establecidas en el *art. 226.2 de la LPL* para esta situación.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada el 28 de junio de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 1984/2005, la que casamos y anulamos; y, resolviendo en términos de suplicación el recurso de tal naturaleza interpuesto en su día ante la Sala de lo Social de Cataluña debemos confirmar como confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, con la consiguiente desestimación del recurso interpuesto en su día contra dicha sentencia por el demandante. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Organismo 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.