

Id Cendoj: 28079140012009100134
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 347/2008
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: SOCIAL
 Ponente: JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Pensión de invalidez: No puede ser computable con bases mínimas de cotización el tiempo no trabajado durante un contrato a tiempo parcial. (Reitera doctrina).

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Marzo de dos mil nueve

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, (INSS), contra sentencia de fecha 12 de diciembre de 2007, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en el recurso nº 2546/07, por la que se resuelven los recursos de suplicación interpuestos por el INSS y por D. Carlos Alberto , contra la sentencia de fecha 11 de abril de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Granada, en autos nº 485/06, seguidos por D. Carlos Alberto , frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre Prestaciones.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el Letrado D. Fernando Sena Fernández, en nombre y representación de D. Carlos Alberto .

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **JOSÉ LUIS GILOLMO LÓPEZ** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de abril de 2007 el Juzgado de lo Social nº 6 de Granada dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: " Que estimando parcialmente la demanda promovida por D. Carlos Alberto contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social declaro que el actor no está afecto de incapacidad permanente en grado alguno absolviendo a la entidad gestora de las pretensiones en su contra ejercitadas y confirmando la resolución del INSS en este extremo y revocando la misma en cuanto a fijar la base reguladora de la prestación de la incapacidad permanente postulada en la cuantía mensual de 1.171,91 euros tras integrar con bases mínimas de cotización de trabajadores mayores de 18 años los meses en que -dentro del periodo de cálculo- aparecen bases de cuantía inferior por lagunas parciales de cotización."

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **1.** Que el actor D. Carlos Alberto con DNI nº NUM000 nacido el día 20 de diciembre de 1958 está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el nº NUM001 . Su profesión habitual es la de camarero de hotel. **2.** Iniciado ante el INSS expediente a fin de ser valorada la capacidad laboral del actor y en su caso, ser declarado beneficiario de una prestación contributiva de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, recayó resolución administrativa el día 23 de marzo de 2006 denegando su pretensión por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de la capacidad laboral para ser constitutivas de I. Permanente, según lo dispuesto en el *art. 137 LGSS (RDL 1/94 de 20 de junio* , en relación con el *art. 134, 1º* de la misma *disposición en la redacción dada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, BOE 1.12.94*), y sobre la base del dictamen del EVI de fecha 9 de febrero de 2006, visto el informe médico de síntesis del expediente del trabajador de fecha 3 de febrero de 2006. **3.** No conforme con dicha calificación y consiguiente resolución, el actor formula en fecha de 4 de abril de 2006 reclamación administrativa previa con el objeto de ser declarado en situación de incapacidad permanente absoluta y subsidiariamente total

para su profesión habitual, con los consiguientes efectos y en fecha de 12 de abril de 2005 interesa rectificación de la base reguladora y se calcule conforme a la integración de lagunas parciales detalladas, agotando la misma. Dichas reclamaciones fueron denegadas por resolución de fecha 15 de mayo de 2006. Formula demanda con idéntica petición el día 26 de junio de 2006. **4.** La base reguladora fijada por el INSS asciende a la cantidad de 1.115, 97 euros mensuales, y al importe mensual de 1.171,91 euros caso de integrar las lagunas parciales con el importe de las bases mínimas de trabajadores mayores de 18 años. Se dan por reproducidas las sumas de bases de cotización correspondientes al periodo de abril de 1999 a octubre de 2005 que se tuvieron en cuenta por el INSS para el cálculo de la base reguladora, figurando que en dicho periodo en los meses de marzo de 2000, noviembre de 2000 a abril de 2001, marzo y abril de 2002, noviembre de 2002 a abril de 2003, abril de 2004 y noviembre de 2004 a abril de 2005 existe una base reguladora inferior a las mínimas para trabajadores mayores de 18 años, al haber tenido en cuenta el INSS las bases de cotización acreditadas a tiempo parcial. **5.** Que en realidad, el actor comporta los siguientes padecimientos: Diverticulitis sigma, el proceso comenzó en 2001 por ingreso por diverticulitis aguda y posteriormente ha tenido dos más. Le han realizado dos colonoscopias que confirman el diagnóstico. Presenta las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales: Procesos agudos de diverticulitis en tres ocasiones con ingresos hospitalarios, el último en abril de 2004 con dolor en fosa ilíaca izquierda. Flanco izquierdo más fiebre. En intercrisis, continuas diarias molestias, dolor en fosa ilíaca izquierda y flanco izquierdo que mejoran tras deponer y que le alteran su calidad de vida".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS y por D. Carlos Alberto , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, la cual dictó sentencia en fecha 12 de diciembre de 2007 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: " Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Carlos Alberto e INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Granada en fecha 11 de abril de 2007 , en autos seguidos a instancia de Carlos Alberto en reclamación sobre Invalidez Permanente Absoluta y Fijación de Base Reguladora, contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida".

CUARTO.- Por D^a María Luisa Dorrnzoko Fábregas, Letrada de la Administración de la Seguridad Social, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 23 de marzo de 2006, recurso nº 1353/05.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 13 de noviembre de 2008 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de marzo de 2009, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El único tema de debate que constituye el objeto de este recurso, es el referido a la determinación de la base reguladora de la prestación por incapacidad permanente solicitada por el actor, derivada de enfermedad común, y que las sentencias de instancia y de suplicación, al estimar parcialmente la pretensión, han cuantificado en 1.171 ,91 euros, tras integrar, con bases mínimas de cotización de trabajadores mayores de 18 años, los meses en que, dentro del periodo de cálculo, aparecen bases de cuantía inferior que obedecieron a una relación laboral a tiempo parcial, cuestión ésta -la del tiempo parcial del vínculo- que, según razonaba la sentencia de instancia (FJ 3º), no había resultado controvertida en el pleito. La entidad gestora, recurrente en unificación de doctrina, había establecido dicha base tomando en consideración únicamente las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajo a tiempo parcial prestado y en ello insiste ahora en el presente recurso.

Como ya hiciera en el asunto resuelto por nuestra reciente sentencia de 30 de enero de 2008 (R. 3677/06), la expresada recurrente ha elegido para el contraste la sentencia dictada también por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 23 de Marzo de 2006 (R. 1353/05) que, efectivamente, entra en contradicción con la recurrida, porque en un supuesto prácticamente idéntico al presente resolvió -en consonancia con la sentencia recurrida en aquel caso- que lo correcto era computar únicamente las cotizaciones realizadas por el trabajo a tiempo parcial prestado.

Cumplida así la condición de procedibilidad que establece el *art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)* , procede entrar a resolver el fondo del recurso, toda vez que el escrito en el que dicho recurso se interpuso se ajusta a lo prevenido en el *art. 222* del invocado Texto procesal.

SEGUNDO .- En un único motivo de impugnación, que, salvo la cita del *art. 216 de la LPL* , no expresa el precepto procesal en que lo ampara, la parte recurrente alega infracción, por la sentencia recurrida, de los *art. 140.4* en relación con la *Disposición Adicional 7ª*, *ambos de la L.G.S.S* , y en los *arts. 1.1 y 7 del Real Decreto (RD) 1131/2002, de 31 de octubre* , y todo ello de conformidad con la doctrina jurisprudencial que menciona.

La doctrina correcta es la que se contiene en la resolución referencial, cuyo criterio ha sido ya seguido, entre otras, por las también nuestras de 31 de octubre de 2007 (R. 2928/06) y la precitada de 30 de enero de 2008 (R. 3677/06), por lo que a dicho criterio -que no existe razón alguna para alterar-habremos de ajustarnos también en esta ocasión, no solo por elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la *ley (arts. 9º.3 y 14 de la Constitución española)*, sino también por resultar ello acorde con el espíritu y finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

Razona la sentencia de contraste en su segundo fundamento que [sustancialmente idéntico al presente, como ya dijimos], se dé una propia y verdadera situación de laguna de cotización, antes al contrario, se verifica una auténtica cotización, si bien adecuada a la índole y naturaleza del contrato de trabajo mantenido por la demandante- recurrente [allí era la actora] añadiendo más adelante: " *R.D. 194/1999 [se alude sin duda al RD 144/99] , de 29 de Enero art. 3 como en su apartado 6* ".

No modifica en nada la anterior conclusión el hecho cierto, resaltado por el actor en su escrito de impugnación, de que la Ley 52/2003 haya introducido un nuevo *párrafo en el nº 4 del art. 140 de la LGSS* porque, en cualquier caso, como se dijo, en el supuesto de autos no se trata de que no existiera obligación de cotizar durante el período cuestionado, sino de que las cotizaciones efectuadas durante el tiempo en que el actor trabajó a tiempo parcial han de corresponderse con la retribución efectivamente percibida entonces. A este respecto, tampoco entraña novedad alguna la regulación contenida en el RD 1131/2002, de 31 de octubre, que derogó el RD 144/1999. La doctrina, además, como sostiene el informe del Ministerio Fiscal y como ya ponía de relieve nuestra precitada sentencia de 31 de octubre de 2007 , se encuentra respaldada por la sentencia 253/2004 del Tribunal Constitucional cuando declara que el "principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social justifica sin duda que el legislador establezca que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa". Lo que reprueba el Tribunal Constitucional en esa resolución es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, pero no en lo concerniente al cómputo de las cotizaciones abonadas realmente en razón a la propia naturaleza del contrato a tiempo parcial, sino en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social.

TERCERO.- Al haberse apartado la resolución combatida de la buena doctrina, y siendo el problema analizado el único que plantea el recurso, procede, de conformidad con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, su estimación, casando dicha resolución, y resolviendo conforme a la ortodoxia doctrinal el debate planteado en suplicación (*art. 226.2 LPL*). En este sentido, habrá de estimarse el recurso de esta última clase interpuesto en su día por la Gestora para revocar la sentencia del Juzgado, en el único sentido de que la base reguladora que corresponde a la prestación solicitada se fije en la suma de 1.115,94 euros mensuales, pacíficamente establecida por el INSS conforme a los referidos parámetros. Sin costas, por no concurrir los condicionamientos que para su atribución contempla el *art. 233.1* del citado Texto procesal.

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 el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la Sentencia dictada el día 12 de diciembre de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía , sede en Granada, en el Recurso de suplicación nº 2546/07, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 11 de abril de 2007 pronunció el Juzgado de lo Social número 6 de Granada en el Proceso nº 485/06 , que se siguió sobre prestaciones, a instancia de DON Carlos Alberto contra el expresado recurrente. Casamos la Sentencia recurrida y resolvemos el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar en los términos expuestos el recurso de esta clase interpuesto por la Entidad Gestora. En consecuencia, modificamos la Sentencia del Juzgado en el único sentido de fijar la base reguladora de la pensión solicitada en la cantidad de 1.115,94 euros mensuales, en lugar de la que había sido reconocida. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Organo 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. José Luis Gilolmo López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.