

Id Cendoj: 28079140012007101072
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 2452/2006
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: SOCIAL
 Ponente: JOSE MARIA BOTANA LOPEZ
 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. REITERA DOCTRINA SENTENCIA 689/06.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Septiembre de dos mil siete.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesta por la Letrada D^a. María Adela Cervantes Luque, en nombre y representación de DON Jose María , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga de 26 de enero de 2006, dictada en el recurso número 2196/05, formulado por el aquí recurrente, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Málaga de fecha 7 de enero de 2005, dictada en virtud de demanda formulada por DON Jose María , frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO y MUTUA MAZ sobre prestaciones.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA BOTANA LÓPEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de enero de 2005, el Juzgado de lo Social de Málaga dictó sentencia en virtud de demanda formulada por DON Jose María , frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO y MUTUA MAZ sobre prestaciones, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "1º.- D. Jose María nacido el 16.3.56 y domiciliado en Torremolinos figura afiliado a la Seguridad Social con el núm. NUM000 del Régimen General con la categoría profesional de comercial. 2º.- El informe médico de síntesis se emitió el 16.6.03 y la propuesta de la E.V.I. el 19-6.03. Por Resolución de fecha 20-8-03 dictada por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se le declaró en situación de IPA derivada de enfermedad común con derecho al percibo de una prestación calculada al 100% de su base reguladora de 1.161'12 € y fecha de efectos al 31.3.03. 3º.- Con fecha 24.9.03, 19.12.03 y 9.0.04 la parte demandante interpone reclamaciones previas. Fueron desestimadas por nueva resolución de la Dirección Provincial del INSS de 21.10.03 y de la TGSS 6.10.04. 4.- Se da aquí por reproducida en sus términos la hoja de cálculo realizada por la Entidad Gestora a efectos de determinar el importe de la base reguladora de prestaciones a efectos de Invalidez Permanente. 5.- La demanda jurisdiccional se presentó el 22.12.03. Se amplió frente a TGSS 4.6.04. 6.- Percibió subsidio de IT a cargo de la Mutua MAZ con una base reguladora diaria de 83.54 € por el periodo de 16.1.02 hasta el 30.3.03. Se da por reproducida la documental que se cita. La primera de las fechas citadas corresponde a la finalización del contrato que tenía con `Andalucía Cars S.L.'. 7.- Mediante acta de conciliación ante le JSMA 5 de 15.1.02 se declaró improcedente el despido del actor, acordando igualmente la extinción de la relación laboral con la misma fecha". Y como parte dispositiva: "I.- Que estimando las excepciones de falta de legitimación pasiva opuesta por INEM y Mutua Maz, debo absolver a las mismas de los pedimentos deducidos en su contra en la presente demanda.- II.- Que de igual

manera, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D. Jose María frente al INSS y TGSS, a las que debo absolver y absuelvo de los pedimentos deducidos en su contra en la presente demanda".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga dictó sentencia el 26 de enero de 2006, en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación promovido por la representación letrada de Jose María, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Málaga de fecha 7-1-05, en autos seguidos a instancia de dicha parte recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO y MUTUA MAZ sobre prestaciones y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida".

TERCERO.- Contra dicha sentencia preparo y formalizo en tiempo y forma recurso de casación para unificación de doctrina, por el actor. En el mismo se denuncia la contradicción producida con la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de octubre de 2004 (recurso 3323/04).

CUARTO.- Se impugnó el recurso por el recurrido, e informó sobre el mismo el Ministerio Fiscal en el sentido de estimar improcedente el recurso.

QUINTO.- Señalado día para la deliberación, votación y fallo de la sentencia, se celebró el acto de acuerdo con el señalamiento acordado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 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 absoluta para todo trabajo, se 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 Incapacidad Temporal - desempleo después de ver extinguido su contrato de trabajo hallándose en situación de incapacidad temporal.

La sentencia que aquí se recurre es la dictada el 26 de enero de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, en donde se discutió la base reguladora correspondiente a la aludida situación de incapacidad permanente absoluta reconocida en vía administrativa, en virtud de demanda formulada por el actor contra el INSS en el sentido 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 Incapacidad Temporal 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 en la demanda, defendió en suplicación 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 la pretensión sobre el argumento de que "en ningún precepto se impone la obligación de cotizar después de extinguida la relación laboral con baja del trabajador por IT, ni al INEM, si una vez extinguida la IT no pasa a desempleo, ni menos aún al INSS, que únicamente mantuvo la obligación de pagas el subsidio de Incapacidad Temporal".

Como sentencia de referencia para la contradicción aportó el recurrente la dictada por la Sala de lo Social de Madrid en fecha 25 de octubre de 2004 (Recurso 3323/04). En dicha sentencia se resolvió también sobre reconocimiento de 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 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*".

Las dos sentencias contemplan situaciones substancialmente iguales en relación con el cálculo de la base reguladora de una prestación de invalidez permanente, 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 la tramitación del 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; al reunir las exigencias requeridas por el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral*. En tal sentido ya se pronunció esta Sala en supuesto igual al aquí debatido y con la misma sentencia de contraste, en su resolución de 5 de julio de 2007 (recurso 689/06)

SEGUNDO.- La representación del demandante instrumenta el presente recurso denunciando infracción por violación del *artículo 222.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, en su redacción dada por la *Ley 24/01*, y ello en relación con el *artículo 206.1*, de dicho texto legal y, añadiendo que la interpretación de tales preceptos que hace la sentencia impugnada infringe los *artículos, 3 del Código Civil y 14 y 41* de la Constitución Española. El recurrente argumenta 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 artículo 222 de la LGSS* para reconocerle, en una interpretación del precepto acomodada a las exigencias de los artículos antes citados, 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 *artículo 140.4 de la LGSS*.

Como señala la sentencia de 5 de Julio de 2007 antes citada, dictada en casación para unificación de doctrina 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".

Sigue argumentando la sentencia, que "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.

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 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 y de conformidad con la expresada doctrina el recurso del actor deviene improcedente y por lo tanto ha de ser desestimado para confirmar en todos sus términos los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto que se acomoda a la doctrina unificada que procede reiterar sobre el particular discutido, todo ello de conformidad con las previsiones generales mantenidas en el *artículo 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 interpuesta por la Letrada D^a. María Adela Cervantes Luque, en nombre y representación de DON Jose María, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga de 26 de enero de 2006, dictada en el recurso número 2196/05, formulado por el aquí recurrente, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Málaga de fecha 7 de enero de 2005, dictada en virtud de demanda formulada por DON Jose María, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO y MUTUA MAZ sobre prestaciones. Sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Devuélvanse las actuaciones al organismo 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 María Botana López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.