

Roj: STS 4238/2011
Id Cendoj: 28079140012011100391
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3843/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JORDI AGUSTI JULIA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Cómputo de días cuota derivados de pagas extraordinarias para el cálculo de la base reguladora de una prestación de incapacidad permanente. Falta de contradicción.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Mayo de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en la representación que ostenta del **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, contra la sentencia de fecha 15 de septiembre de 2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, por la que se resuelve, desestimándolo íntegramente, el recurso de suplicación nº 1481/2010 interpuesto por dicho Instituto contra la sentencia de fecha 26 de marzo de 2010 dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Granada, en el procedimiento número 718/2009 seguido por Doña Leticia contra el **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, sobre base reguladora de Incapacidad Permanente.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido D^a. Leticia, representada por el Letrado Sr. Sena Fernández.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de marzo de 2010, el Juzgado de lo Social número 3 de Granada, dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "1.- Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 19/02/09, que se da por reproducida (folio 3 de autos), se reconoció a la actora Dña. Leticia, con DNI nº NUM000 afiliado al REASS, c/ajena, con el nº NUM001, afecta de Incapacidad Permanente Absoluta, por la contingencia de enfermedad común, con derecho a pensión del 100 por 100 de su base reguladora, habiéndose fijado ésta e la suma de 453,48 #- 2.- Presentada por la actora Reclamación Previa, en 23/03/09, en solicitud de que para el cómputo de la base reguladora se adicione los días asimilados por partos, mas los días asimilados por pagas extraordinarias, la misma fue desestimada por Resolución de 14/05/09, que se da por reproducida (folio 7 de autos). La demanda de autos fue presentada en 9/06/09.- 3.- La demandante cuenta con un tiempo de cotización reconocido de 7.212 días, incluidos los asimilados por partos, los que restan en la fecha del hecho causante, para cumplir los 65 años, 2.172, totalizan 9.384 días (ó 25,71 años).-4.- De estimarse el cómputo de los días asimilados por pagas extraordinarias (60 días/año, equivalente a 5 días/mes ó 0,1643 días/días), los 9.384 días computados por el INSS representarían 1.541 días cuota, y la suma de ambos 10.925 días, que por redondeo alcanzarían 30 años computables. En tal caso la pensión sería del 90# de la teórica, es decir 497,73#".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Estimando la demanda interpuesta por D^a Leticia, contra INSS, se fija la base reguladora de la pensión de Incapacidad Permanente Absoluta reconocida a la actora por Resolución del INSS de fecha 19/02/09, en la suma de 497,73#".

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 Granada, dictó sentencia de fecha 15 de septiembre de 2010 , en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación promovido por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Granada de fecha 26 de marzo de 2010 , en autos nº 718/09 seguidos a instancias de D^a Leticia contra el Instituto recurrente sobre cuantía de base reguladora de pensión de incapacidad permanente y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida".

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 8 de noviembre de 2010, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de octubre de 2009 de fecha 27 de octubre de 2009 (Rec. nº 311/2009).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 11 de enero de 2011, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo, por diligencia de ordenación, a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- No habiéndose presentado escrito de impugnación por la parte recurrida, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, que interesó la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 4 de mayo de 2011, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. La cuestión controvertida en el presente caso se centra en determinar si los días cuota correspondientes a las pagas extraordinarias pueden ser tomadas en consideración para fijar la cuantía de la base reguladora de una prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

2.- La demandante, afiliada al Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, como trabajadora por cuenta ajena, fue declarada en situación de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común, por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 19 de febrero de 2009, con derecho al percibo de una pensión del 100% de su base reguladora, habiéndose fijado ésta en la suma de 453,48 euros. Se interpuso la preceptiva reclamación previa, interesando que para el computo de la base reguladora se adicionesen los días asimilados por partos, más los días asimilados por pagas extraordinarias, la cual fue desestimada, y formulada demanda, por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Granada se dictó sentencia en fecha 26 de marzo de 2010 , estimando la demanda y fijando la base reguladora de la pensión por incapacidad permanente absoluta reconocida a la demandante en 497,73 euros.

3.- Contra dicha sentencia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social interpuso recurso de suplicación, alegando, que si para la jubilación no se computan los días-cuota, no existe interpretación posible que considere que para el cálculo de la base reguladora de incapacidad permanente si deba hacerse, pretensión que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en sentencia de fecha 15 de septiembre de 2010 (rec. 1481/2010), tras considerar que cabe acceder al recurso de suplicación, si bien la cuantía no alcanza los 1.803 euros, por concurrir el requisito de afectación general, confirma la sentencia de instancia por entender que, si se cotiza por la totalidad de las percepciones percibidas por el trabajador, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, y éstas se encuentran contenidas para obtener la base reguladora sin exclusión expresa, como ocurre para la jubilación, deben ser incluidas también para el cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente.

4.- El INSS ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando, como sentencia de contraste la dictada por esta Sala del Tribunal Supremo en fecha 27 de octubre de 2009 (rcud. 311/2009). En esta sentencia se resuelve el recurso sobre un supuesto en el que la demandante había sido declarada en situación de incapacidad permanente total para su profesión de limpiadora. Para calcular el importe de la prestación hubieron de tomarse en consideración las cotizaciones hechas en Suiza y en España y se pretendía que para la determinación de las cuotas a asumir, por aplicación del principio prorata temporis, debían tomarse en consideración los días cuota por pagas extraordinarias. La Sala, tras examinar los *art. 45, 46 y 1.r) del Reglamento 1408/71 de la Comunidad Europea* , preceptos cuya violación había denunciado el recurrente, afirma que, en nuestro Derecho, los días cuota derivadas de las pagas

extraordinarias -a partir de la *Ley 40/2007* - no se toman en consideración a los efectos de tener en cuenta el computo de los años cotizados.

SEGUNDO .- 1.- Un examen comparativo entre la sentencia recurrida y la invocada para la confrontación doctrinal, permite concluir, como aduce el demandante, en su escrito de impugnación al recurso e igualmente informa el Ministerio Fiscal, que en el caso presente no concurre el presupuesto de contradicción, si tenemos en cuenta que :

A) 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); y,

B) Aplicando la doctrina expuesta, no concurre la contradicción que exige el citado *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* y la jurisprudencia reseñada, pues aún existiendo cierta similitud en los supuestos litigiosos resueltos por las sentencias que se comparan, 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* ."

TERCERO.- 1.- Los razonamientos precedentes conllevan la desestimación del recurso por falta del presupuesto procesal de contradicción, sin que proceda efectuar pronunciamiento sobre 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 Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en la representación que ostenta del **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** , contra la sentencia de fecha 15 de septiembre de 2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada , por la que se resuelve, desestimándolo íntegramente, el recurso de suplicación nº 1481/2010 interpuesto por dicho Instituto contra la sentencia de fecha 26 de marzo de 2010 dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Granada, en el procedimiento número 718/2009 seguido por Doña Leticia contra el **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** , sobre base reguladora de Incapacidad Permanente. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano 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. Jordi Agusti Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.