

Id Cendoj: 28079140012008100536  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1361/2007  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: JUAN FRANCISCO GARCIA SANCHEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

#### Resumen:

Base reguladora de pensión por incapacidad permanente total derivada de enfermedad común. Periodos de cotización (y de no cotización) computables para fijarla. Falta de contradicción, porque en la sentencia recurrida (a diferencia de lo ocurrido en la de contraste) no fue objeto de controversia la cuantía de dicha base reguladora, planteándose por primera vez esta cuestión en sede casacional.

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a nueve de Julio de dos mil ocho.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, defendido por el Letrado Sr. Suárez Ruano, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 5 de septiembre de 2006, en el recurso de suplicación nº 3160/2005, interpuesto frente a la sentencia dictada el 19 de enero de 2005 por el Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona, en los autos nº 332/04, seguidos a instancia de D. Alfonso el mencionado recurrente, sobre invalidez.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido, D. Alfonso defendido por el Letrado Sr. Souto García.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JUAN FRANCISCO GARCÍA SÁNCHEZ

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El 5 de septiembre de 2006 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona, en los autos nº 332/04, seguidos a instancia de D. Alfonso contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre invalidez. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es del tenor literal siguiente: " Que estimo la demanda interpuesta por Alfonso contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en reclamación por incapacidad absolviendo a la misma de las pretensiones en la demanda contenidas. "

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 19 de enero de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- La parte actora Alfonso con DNI NUM000 nacido el 29- 11-1962 está afiliado a la Seguridad Social con el núm. NUM001 y en situación de alta en el Régimen General. La profesión habitual del actor es chófer-repartidor. ...2º.- Inició el actor un proceso de incapacidad temporal el 31-08-2001 y agotó el subsidio el 07-03-2003. Reconocido por el Centre de Reconeixements Avaluació Mèdics (CRAM) en fecha 26-01-2004 emitió dictamen señalando que la actora se hallaba afectada de: hepatopatía crónica VHC (+) compensada y controlada. ...3º.- Iniciado el oportuno expediente administrativo, en resolución de fecha 18.02.04 la Dirección Provincial del I.N.S.S. declaró que no ha lugar a declarar al trabajador en grado alguno de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, extinguiendo la situación de incapacidad temporal con efectos de esa resolución. La vía administrativa se agotó mediante la interposición de reclamación previa que fue desestimada por el I.N. S.S. de forma expresa por resolución de 31-03-2004. ...4º.- La parte demandante posee el periodo mínimo de cotización exigido, y ha prestado servicios en ciertos periodos con contrato a tiempo parcial. ...5º.- El actor causó baja en la empresa el 31-08-02, pasando a percibir la prestación de incapacidad temporal en pago

directo a través de Mutua Asepeyo. ...6º.- En fecha 12 de marzo de 2004 la empresa en la que el actor prestaba sus servicios Transportes Transrubio S.A.L. le comunicó la extinción de su contrato de trabajo con efectos del mismo día por incapacidad manifiesta para el desempeño del trabajo (*art. 52º E.T.*). El actor tiene reconocido por el INEM prestación del desempleo L. P.D. con un reconocimiento de 720 días y periodo concedido de 13-03-04 a 13-03-06. ...7º.- La base reguladora de la prestación corresponde a incapacidad permanente reconocida en el expediente administrativo por el periodo 03/1998 a 02/2003 asciende a 945 euros. ...8º.- La base reguladora calculada por el INSS para el caso de que la empresa hubiera cotizado todo el periodo de I.T. hasta la fecha del hecho causante asciende a 1.000,03 euros. ...9º.- La base reguladora calculada por el INSS para el caso de que la empresa hubiera cotizado todo el periodo de I.T. hasta la fecha del hecho causante asciende a 1.012,17 euros. ...10º.- La fecha de efectos económicos es de 19-02-04. ...11º.- Alfonso que tiene como antecedente la práctica de una traqueotomía en 1983 a raíz de un accidente de tráfico en que se produjo una fractura traqueal con desviación residual de la tráquea y (con exploración endoscópica de la laringe) páralisis bilateral de cuerdas vocales sin visualización de estenosis por la que se practicó cordotomía posterior izquierda endolaríngea en 27-10-04, y presenta disnea desde hace 5 años y actualmente disnea de esfuerzo que dificulta la realización de sobreesfuerzos. Presenta así mismo Hepatopatía crónica VHC (+) conocida y tratada desde 2000 con controles en consultas externas del servicio digestivo del Hospital Universitario Germans Trias i Pujol y seguimiento de tratamiento con interferon, pegital y rivabirina (12 meses) con respuesta y posterior recaída el al terminar e inicio de nuevo tratamiento en 14-04-03 que se suspende en agosto del mismo año por ausencia de respuesta, y con biopsia hepática en 09-02 que muestra hepatitis crónica con moderada actividad (4/8) estadio 2/4 de fibrosis."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Que estimando en parte el Recurso de Suplicación formulado por D. Alfonso , contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 06 de los de Barcelona, de fecha 19 de enero de 2005 , dictada en los autos nº 332/2004, seguidos a instancias del recurrente, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, T.G.S.S. (Tesorería General de la Seguridad Social) y TRANSPORTES TRANSRUBIO, S.A.L.; debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución, y estimando en parte la demanda, reconocer al demandante D. Alfonso en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual, derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión vitalicia y mensual del 55% de su base reguladora de 1012,77 euros, con efectos del día 19/02/2004, más mejoras y revalorizaciones legalmente procedentes; condenando al INSS a su pago."

TERCERO.- El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, mediante escrito de 19 de Abril de 2007, formuló recurso de casación para la unificación 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 18 de septiembre de 1991. SEGUNDO.- Se alega la infracción del *art. 140.4 de la LGSS (artículo 3.4 de la Ley 2/85 de 31 de julio ) y artículo 106.4 de la vigente LGSS (antiguo artículo 70.4 )*.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 24 de abril de 2007 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 2 de Julio de 2008, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor en el proceso de origen había formulado demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), en reclamación de que le fuera reconocida una incapacidad permanente absoluta para su profesión habitual por enfermedad común, con la consiguiente prestación. Dicha demanda fue desestimada en la instancia y contra la decisión del Juzgado recurrió el trabajador en suplicación, sin que el INSS impugnara el recurso, en el que únicamente se debatió lo relativo a la posible existencia de incapacidad y, en caso afirmativo, cuál era su grado, por lo que los únicos preceptos de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hubo de interpretar y aplicar fueron los apartados 5 y 4 de dicha Ley. Conviene poner, además, de manifiesto que el INSS ni siquiera impugnó dicho recurso de suplicación.

La referida Sala dictó la Sentencia (hoy recurrida en casación unificadora por el INSS) de 5 de Septiembre de 2006 , en la que, interpretando los preceptos de anterior cita, revocó la de instancia para estimar en parte la demanda y declarar al actor afecto de incapacidad permanente total para su profesión habitual a causa de enfermedad común, reconociéndole la correspondiente pensión sobre una "base reguladora de 1.012'17 euros, con efectos del día 19/02/2004 (base reguladora y fecha de efectos incontrovertidos -h. p. 9 y 10-)". Los hechos probados de la sentencia de instancia figuran literalmente

transcritos en el lugar oportuno de la presente, y a ello nos remitimos aquí.

El INSS interpone el presente recurso frente a la reseñada sentencia de suplicación, con cuyo recurso pretende únicamente que la base reguladora de la prestación se fije en 945 euros, que era la reconocida, en su caso, en el expediente administrativo, y cita como infringidos los arts. "104.4 de la LGSS (art. 3.4 de la Ley 26/85 de 31 de Julio) y art. 106.4 de la vigente LGSS (antiguo art. 70.4)".

SEGUNDO.- Aporta el recurrente para el contraste nuestra Sentencia de 18 de Septiembre de 1991 (rec. 1372/90), recaída en un proceso por incapacidad permanente derivada de enfermedad común, en el que -además de lo relativo a la existencia o inexistencia de la incapacidad en sí- se debatía ya desde la instancia la cuantía de la base reguladora de la posible prestación, discutiéndose si procedía o no tener en cuenta para fijarla un periodo "en el que el trabajador había permanecido en situación de i.l.t. (hoy incapacidad temporal), percibiendo del INSS el correspondiente subsidio, una vez extinguido el derecho a la prestación de desempleo, en la circunstancia de que el contrato de trabajo se había ya terminado, y se acepte como base cotizada, pese a que no se produjeron en tal período cotizaciones efectivas, la misma que lo fue durante el periodo de percepción de la prestación por desempleo.

La sentencia del Juzgado de lo Social se pronunció en el sentido de que como en dicho periodo no existen cotizaciones efectivas ni obligación de cotizar, el mismo debe ser tenido en cuenta integrándolo a efectos de determinar la base reguladora como dispone el art. 3.4 de la Ley 26/1985 de 31 de Julio, computando la base mínima.

En suplicación se discutió también lo relativo a la cuantía de la base reguladora, y el Tribunal Superior de Justicia revocó en este punto la decisión de instancia, disponiendo que fuera computable el período antes aludido en el que no había obligación de cotizar. Pero planteado por el INSS recurso de casación unificadora, que versaba ya únicamente sobre la fijación de la base reguladora de la prestación, esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo estimó dicho recurso, casado la sentencia recurrida y confirmando la de instancia.

TERCERO.- Procede, en primer lugar, atender a la alegación que la parte recurrida formula en su escrito de impugnación del recurso en el sentido de que las dos resoluciones en contraste no son contradictorias, basándose para sostener su tesis en que las causas de pedir y de resolver en cada una de dichas resoluciones han sido diferentes, pues en el caso de la recurrida -a diferencia de lo sucedido en el de la referencial- no fué objeto de debate en sede de suplicación la cuantía de la base reguladora, que es lo único que se discute ahora en casación. Procede, pues, hacer alusión, con carácter prioritario, a nuestra doctrina en materia de contradicción (art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral -LPL-), relacionándolo con lo relativo a la exigible correspondencia entre las controversias de suplicación y de casación unificadora.

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).

De acuerdo con una doctrina reiterada, el carácter extraordinario del recurso de casación determina que será causa de inadmisión del recurso el que las normas citadas como fundamento de los motivos de impugnación no guarden la necesaria relación con las cuestiones debatidas en el nivel jurisdiccional en el que se dictó la sentencia recurrida. Por otra parte esta Sala ha señalado que el término de referencia en el juicio de contradicción "es 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 ésta ha sido planteada en suplicación (Sentencias de 13 de diciembre de 1991 (R. 771/1991), 9 de diciembre de 1993 (R. 3729/1992), 14 de marzo de 1997 (R. 2744/1996), 13 de julio de 2000 (R. 1883/1999), 22 de junio de 2004 (R. 3967/2003) y 03 de noviembre de 2005 (R.1584/2004).

CUARTO.- Efectivamente, se detecta con claridad la denunciada falta de contradicción entre las dos resoluciones en presencia, por cuanto en la referencial (la de esta Sala de 18-9-1991 -rec. 1372/90 -) fue objeto de controversia -como asimismo lo había sido en la recurrida en casación- la cuantía de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente, en función de cuáles habrían de ser los periodos de cotización (o de no cotización) computables; mientras que en el supuesto de la aquí combatida lo único controvertido fue el grado de incapacidad que pudiera afectar al actor, y la base reguladora de la prestación la tomó la Sala de la que figuraba en el hecho probado 9º de la sentencia de instancia. Así lo pone de manifiesto sin lugar a dudas el hecho de que en el segundo fundamento jurídico de dicha resolución de suplicación razone la Sala, en primer lugar, en el sentido de que el recurso del actor se encauzaba por el apartado c) del art. 191 de la LPL, denunciando únicamente como infringidos los apartados 5 y 4 del art. 137 de la LGSS, por lo que la fundamentación del Tribunal se circunscribió a dichas normas, llegando a la conclusión de que el actor recurrente estaba afecto de incapacidad permanente total. Y en cuanto a la base reguladora de la prestación, que no había sido objeto de controversia, se limitó la Sala a decir que procedía fijar la pensión sobre una "base reguladora de 1.012 '17 euros, con efectos del día 19/02/2004 (base reguladora y fecha de efectos incontrovertidos -h. p. 9 y 10-)", sin hacer alusión alguna a los arts. 140.4 y 106.4 de la LGSS, que son los que ahora invoca el INSS como infringidos, suscitando con ello una cuestión nueva que por primera vez se pone en tela de juicio en esta sede casacional.

Debe tenerse en cuenta que los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, en los que se hacía constar cuál habría de ser la base reguladora de la posible prestación para el caso de devengarse ésta, nunca fueron combatidos por ninguna de las partes contendientes, pues la recurrente en suplicación -el demandante- se limitó a combatir la sentencia de instancia en el sentido de pretender que se revocara el pronunciamiento desestimatorio, reconociéndosele el grado de incapacidad postulado y la prestación correspondiente al mismo, pero partiendo siempre del respeto pleno a la resultancia fáctica. Y el INSS (recurrido) ni tan siquiera impugnó el recurso de suplicación que había ejercitado el trabajador, pudiendo haberlo hecho, y suscitado de esta forma la controversia acerca de la cuantía de la base reguladora, en lugar de plantear esta cuestión por primera vez ante nosotros.

QUINTO.- En definitiva, el recurso pudo haberse inadmitido en el trámite prevenido por el art. 223.2 de la LPL, y como allí no se hizo, aquéllo que entonces constituyera el ya referido motivo de inadmisión, se ha convertido en causa de su desestimación en el actual momento procesal. Procede, pues, declararlo así, con las demás consecuencias inherentes a tal pronunciamiento, y sin costas (art. 233.1 LPL), por tener reconocido el recurrente el beneficio de justicia gratuita.

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 Septiembre de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el Recurso de suplicación 3160/05, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 19 de Enero de 2005 pronunció el Juzgado de lo Social número seis de Barcelona en el Proceso 332/04, que se siguió sobre incapacidad permanente, a instancia de DON Alfonso contra el expresado recurrente. Se declara la firmeza de la Sentencia recurrida, sin imposición de costas.

Devuélvase 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 García Sánchez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.