

Id Cendoj: 28079140012009100128  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1877/2008  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

INVALIDEZ PERMANENTE. BASE REGULADORA. PERIODO DE INCAPACIDAD TEMPORAL POSTERIOR A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. INTERPRETACION DEL ART. 222.1 DE LA LGSS EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY 24/2001 EN RELACION CON EL CÓMPUTO DEL PERÍODO DE IT-DESEMPLEO. COMPUTA SOBRE BASES MÍNIMAS. REITERA DOCTRINA DE STS 5-7-2007 (REC.-689/06) y STS 5-10-2007, (REC. 3402/06).

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Febrero de dos mil nueve

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada el 19 de febrero de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 8646/2006, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona el 21 de julio de 2006, autos 332/06, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Emilia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Servicio Público de Empleo Estatal.

Se ha personado ante esta Sala en concepto de recurrida D<sup>a</sup> Emilia representada por la Letrada D<sup>a</sup> Ana Salas Velasco.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. **MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA** , Magistrada de Sala

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de julio de 2006, dictó sentencia el Juzgado de lo Social número 2 de Barcelona, declarando como probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- La demandante, Emilia , mayor de edad, con DNI NUM000 , nacida el 22.08.1976, estaba dada de alta en el régimen general para Gedi Gestió i Disseny, SCCL,(f. 78 y 92).- SEGUNDO.-La actora inició un período de incapacidad temporal el 29.01.2004 y agotó el subsidio el 28.07.2005 (f. 84).- TERCERO.-La entidad empleadora procedió a la extinción del contrato de trabajo de la actora en fecha de 7.03.2004. (f.90).- CUARTO.-La actora fue declarada en situación de incapacidad permanente total derivada de accidente no laboral para la profesión habitual de educadora social con efectos de 28.07.2005, siendo la base reguladora de la prestación la de 478,93 euros, efectuándose el cálculo de la base reguladora teniendo en cuenta el período 1.07.2003 a 30.06.2005 según el desglose siguiente (f.84 y 88):

Julio 2003 a diciembre 2003: 526,50 euros mensuales como base de cotización.

Enero 2004 a junio 2004: 537,30 euros mensuales como base de cotización

Julio 2004 a diciembre 2004: 572,70 euros mensuales como base de cotización

Enero 2005 a junio 2005: 598,50 euros mensuales como base de cotización

**QUINTO.-**Las bases de cotización por contingencias comunes y desempleo efectuadas por la empresa respecto de la trabajadora han sido las siguientes (f.90):

Septiembre 2003: 363,46 euros

Octubre 2003: 1.362,99 euros

Noviembre 2003: 1.362,99 euros

Diciembre 2003: 1.362,99 euros

Enero 2004: 1.362,98 euros

Febrero 2004: 1.362,99 euros

Marzo 2004: 318,03 euros

Por vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas: 707,42 euros

**SIXTO.-** Contra la resolución del INSS la actora interpuso reclamación administrativa previa por no estar conforme con la base reguladora, que fue desestimada por resolución de fecha 28.03.2006 (f. 124).-**SÉPTIMO.-** Ni el INSS ni el INEM han efectuado cotizaciones al no haber percibido la actora prestaciones por desempleo.- **OCTAVO .-**La actora no ha solicitado prestaciones por desempleo.

**SEGUNDO.-** El fallo de dicha sentencia es del siguiente tenor literal: "Estimo la excepción de falta de legitimación pasiva del Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) y desestimo la demanda interpuesta por Emilia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y el Servicio Público de Empleo Estatal (INEM), absolviendo a la parte demandada, siendo la base reguladora de la prestación que tiene derecho a percibir la actora de 478,93 euros."

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D<sup>a</sup> Emilia y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia el 19 de febrero de 2008 , con el siguiente fallo: "Que tenemos que estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Emilia contra la sentencia dictada por el Juzgado Social número 2 de Barcelona en fecha 21 de julio de 2006 , recaída en las actuaciones 332/2006, en virtud de demanda deducida por dicha parte actora contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (INEM) en reclamación por incapacidad permanente y, en consecuencia, tenemos que revocar y revocamos íntegramente dicha resolución, con la consecuencia de la estimación de la demanda formulada, declarando el derecho de la actora a percibir la prestación de incapacidad permanente total reconocida a razón de una base reguladora de 1.341 euros con 38 céntimos, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y al INSS a que abone la prestación de acuerdo con esta base reguladora desde el momento del hecho causante".

**CUARTO. -** Por el Letrado D. Andrés Ramón Trillo García, en la representación que ostenta del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se preparó recurso de casación para la unificación de doctrina contra la meritada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y emplazadas las partes se formuló en tiempo escrito de interposición del presente recurso, señalando como contradictoria con la recurrida, la sentencia dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo el 5 de octubre de 2007 , recurso 3402/06.

**QUINTO .-** Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el recurso, y habiéndose impugnado el mismo por D<sup>a</sup> Emilia , pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de febrero de 2009, en el que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Social número 2 de Barcelona dictó sentencia el 21 de julio de julio de 2006, autos 332/06 , estimando la excepción de falta de legitimación pasiva del Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) y desestimando la demanda interpuesta por Doña Emilia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y el Servicio Público de Empleo Estatal (INEM), absolvió a la demandada, siendo la base reguladora de la prestación que tiene derecho a percibir la actora 478'93 euros. Tal y como resulta de dicha sentencia la actora, dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, inició un periodo de incapacidad temporal el 29 de enero de 2004, habiendo agotado el subsidio el 28 de julio de 2005, siendo extinguido su contrato de trabajo el 7 de marzo de 2004. Fué declarada en situación de incapacidad

permanente total, derivada de accidente no laboral, con efectos de 28-7-05, siendo la base reguladora de la prestación de 478'93 euros, efectuándose el cálculo teniendo en cuenta el periodo de 1-7-03 a 30-5-05.

Recurrida en suplicación por la parte actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia el 19 de febrero de 2008, recurso 8646/06, estimando el recurso formulado, revocando la sentencia impugnada, con la consecuencia de la estimación de la demanda formulada, declarando el derecho de la actora a percibir la prestación de incapacidad permanente total reconocida, a razón de una base reguladora de 1341 euros con 38 céntimos, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y al INSS a que abone la prestación, de acuerdo con esta base reguladora, desde el momento del hecho causante. La sentencia entendió que, a partir de la modificación del *artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social*, efectuada por la *Ley 24/2001, de 12 de diciembre*, la base reguladora de la prestación reconocida por incapacidad permanente total derivada de enfermedad común ha de ser calculada tomando las bases por las que el INEM hubiera debido cotizar por el periodo posterior a la extinción del contrato de trabajo, producida mientras el trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal hasta la extinción de la incapacidad temporal, por haber sido declarado el actor en situación de incapacidad permanente total.

Contra dicha sentencia se interpuso por el demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por esta Sala de lo Social el 5 de octubre de 2007, recurso 3402/06.

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima procedente el recurso.

**SEGUNDO.** - Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal como lo enuncia el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral*, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social el 5 de octubre de 2007, recurso 3402/06, estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del 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 número 1984/05, casando y anulando dicha sentencia y resolviendo el debate planteado en suplicación, confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, con la consiguiente desestimación del recurso interpuesto en su día contra dicha sentencia por el demandante. Consta en dicha sentencia que el actor, de alta en el Régimen General de la Seguridad Social inició incapacidad temporal el 30-1-03 y el 16-3-04 se le extendió el alta con propuesta de incapacidad permanente, habiendo sido examinado en dicha fecha por la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades, el 3-5-04 fué declarado en situación de incapacidad permanente total, con fecha de efectos del 16-3-04, habiéndose extinguido su contrato de trabajo mientras el actor se encontraba en situación de incapacidad temporal. La sentencia entendió, partiendo del texto del *artículo 222.1 de la Ley General de la Seguridad Social*, en la redacción que le dio el *artículo 34.1 de la Ley 24/2001*, que para el cálculo de la base reguladora de una invalidez subsiguiente a una incapacidad temporal, habiéndose extinguido el contrato de trabajo sin que el trabajador haya percibido prestaciones de desempleo, han de computarse las bases mínimas de cotización.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral*, siendo irrelevante que en la sentencia recurrida la incapacidad permanente total reconocida a la actora derive de accidente no laboral y en la de contraste derive de enfermedad común, ya que lo relevante es que ambas examinan las bases de cotización que han de ser tenidas en cuenta, en aplicación del *artículo 222.1 de la Ley General de la Seguridad Social*, en la redacción dada por la *Ley 24/2001* -aplicable por la fecha en que se produjo el hecho causante, en ambas anterior a la reforma introducida por la *Ley 40/2007, de 4 de diciembre* - para calcular la base reguladora de una incapacidad permanente total, precedida de un periodo de incapacidad temporal, durante el cual el trabajador ha visto extinguido su contrato de trabajo, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contrarios. En efecto, mientras la recurrida entiende que han de tomarse en cuenta las bases por las que hubiera cotizado el INEM, en el supuesto de que el trabajador hubiera pasado a la situación de desempleo, la de contraste entiende que han de tomarse las bases mínimas. Cumplidos los requisitos de los *artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral*, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

**TERCERO.** - El recurrente alega infracción de lo establecido en el *artículo 222.1 de la Ley General de la Seguridad Social*, en relación con el *artículo 140.4 de la misma Ley* aduciendo, en esencia, que el INEM no tiene obligación de cotizar por el periodo reclamado y, por lo tanto, no han de tomarse en consideración

unas cotizaciones no producidas ni establecidas legalmente, constituyendo argumento del recurrido que la reforma operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre acredita que la voluntad en la redacción del *artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social* por *Ley 24/2001*, no era la de excluir de su ámbito de aplicación a los trabajadores que se hallen en la situación que acredita la actora. Añade que, además se dejaría en peor situación al desempleado real que al desempleado legal, ya que el primero ve extinguido su contrato de trabajo estando en situación de incapacidad temporal, sin tiempo de poder incorporarse al mercado laboral, lo que no resulta acorde con el *artículo 9.2* de la Constitución en relación con el *artículo 14* de dicho Texto Legal.

La cuestión ha sido ya unificada por esta Sala en la sentencias de 5 de julio de 2007, recurso 689/06 y 5 de octubre de 2007, recurso 3402/06 -citada de contraste-, a cuya doctrina debemos atenernos por un principio elemental de seguridad jurídica, al no haberse producido datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial. En ellas se contiene la fundamentación de derecho que sigue:

sentencia de unificación dictada con fecha 5 de julio de 2007 (rec.- 689/06 *art. 222.1 de la LGSS art. 34.1 de la Ley 24/2001 apartado 1 del art. 208*

*párrafo b) del apartado 1 del art. 206*

*art. 221.1 LGSS*

*art. 140-4 de la LGSS*

*Ley 24/2001 que introdujo la nueva redacción del art. 222.1 art. 140.4 LGSS* Sala apreciable entre otras en SSTs 1-10-2002 (rec.- 3666/01) y 11-12-2002

*-art. 207 LGSS punto de vista constitucional. Son dos art. 14 art. 41 Tribunal Constitucional* ha dicho de forma reiterada - por todas SSTCº 68/1982, 65/1987, 189/1987 *constitucional en la forma y medida en que el legislador la ha establecido como dispone el art. 117.3*

**CUARTO.-** De conformidad con lo razonado procede la estimación del recurso formulando por cuanto la sentencia recurrida infringió los preceptos legales mencionados y por ello, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, ha de ser casada y anulada y, resolviendo el debate planteado en suplicación, debe desestimarse la demanda origen de este proceso, absolviendo a la demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

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 19 de febrero de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 8646/2006, la que casamos y anulamos y resolviendo el debate planteado en suplicación, confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona el 21 de julio de 2006, autos 332/06, con la consiguiente desestimación del recurso interpuesto en su día contra dicha sentencia por el demandante. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano 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. María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.