

Roj: STS 5065/2011
Id Cendoj: 28079140012011100432
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1998/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JUAN FRANCISCO GARCIA SANCHEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Pensión de incapacidad permanente: base reguladora. Posible cómputo de los "días cuota" correspondientes a las pagas extraordinarias para el cálculo de la cuantía de la pensión, aumentándola. Falta de contradicción.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Junio de dos mil once.

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 de la Seguridad Social contra la Sentencia dictada el día 7 de Abril de 2010 por la Sala de lo Social con sede en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el Recurso de suplicación 327/10 , que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 27 de Noviembre de 2009 pronunció el Juzgado de lo Social número dos de Granada en el Proceso 1053/08 , que se siguió sobre incapacidad permanente, a instancia de DON Ismael contra el mencionado recurrente.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido DON Ismael defendido por el Letrado Sr. Sena Fernández.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Francisco Garcia Sanchez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 7 de Abril de 2010 la Sala de lo Social con sede en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Granada, en los autos nº 1053/08, seguidos a instancia de DON Ismael contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre incapacidad permanente. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía es del tenor literal siguiente: " Que estimamos en parte el recurso de suplicación formulado por el INSS contra la sentencia dictada el día 27 de noviembre de 2009 por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Granada , y revocamos en parte la misma, absolviendo a la Gestora de la pretensión de declaración de grado de incapacidad permanente absoluta articulada por D. Ismael , y la confirmamos sobre el importe de la BR mensual. "

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 27 de noviembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Granada , contenía los siguientes hechos probados: "**1º**.- El actor nacido el día 6 de enero de 1.949, con D.N.I. nº NUM000 , afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con nº NUM001 , se le tramitó expediente para determinar si se encontraba afecto de incapacidad permanente derivada de enfermedad común. ...**2º**.- El día 30 de mayo de 2008 se realizó el Informe Médico de Síntesis (f. 51 y ss., por reproducidos), dictándose resolución por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL el 24 de julio de 2008 declarando al actor en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, con derecho al percibo de una pensión correspondiente al 75% de su base reguladora, que es de 507,66# mensuales, equivalente al 96% de la base teórica a aplicar, que sería de 528,81 #, mensuales y es la postulada por el actor. ...**3º**.- Interpuesta Reclamación Previa la misma fue desestimada por resolución de

fecha 26-3-07. ...**4º**.- La parte actora padece como cuadro clínico residual: Cardiopatía isquémica con infarto inferior en agosto 07. enf. de 2 vasos (cx y cd) con revascularización parcial. HT en tto. Diabetes mellitus II en tto. Hiperlipemia en tto. Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: Refiere diseña de esfuerzo. No angor, no ortopnea, buen control cervical. ACVTP + Stent a cd y lesión severa a dp distal no tratada. Disfunción sistólica moderada FEV: 40% inicial. No se ha realizado ECO de control. Grado funcional I. Factor de riesgo vascular. ...**5º**.- La última profesión del actor fue de operario en fábrica de cerámica, no habiendo trabajado desde 1.998 ."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por D. Ismael contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro que el actor se encuentra afecto de una incapacidad permanente en grado de absoluta, con derecho a percibir una pensión mensual equivalente al 100% de su base reguladora, que es de 528,81#, desde la fecha reglamentaria establecida, y con revocación de las resoluciones administrativas impugnadas."

TERCERO.- El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, mediante escrito de 7 de Junio de 2010, 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 27 de Octubre de 2009 . **SEGUNDO.-** Se alega la infracción del *art. 140.1.b) de la LGSS* según la redacción otorgada por *Ley 40/2007, en relación con el art. 163.1* y con los *arts. 138.2 y 161.1 .b)* de la misma y la jurisprudencia que invoca.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 14 de Junio de 2010 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 8 de febrero de 2011. Por necesidades del servicio se suspendió el acto de votación y fallo del presente recurso, señalándose de nuevo para el día 26 de Mayo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en esclarecer si procede, o no, incluir los días-cuota de las pagas extraordinarias para el cálculo del importe de la pensión de incapacidad permanente, aumentando su cuantía.

La Sentencia recurrida, dictada el día 7 de Abril de 2010 por la Sala de lo Social con sede en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ha aplicado el *art. 140.1.b) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)* -en la redacción que le otorgó la *Ley 40/2007* -, entendiendo que para fijar la base reguladora de la pensión por incapacidad permanente total del interesado en el 100 por 100 deben sumarse los días/cuota por pagas extraordinarias al período cotizado, apoyándose en que la regulación vigente no excluye de manera expresa el mencionado cómputo de tales días/cuota para la incapacidad permanente.

Contra dicha resolución ha interpuesto el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, citando como infringido el *art. 140.1.b) de la LGSS* según la redacción otorgada por *Ley 40/2007, en relación con el art. 163.1* y con los *arts. 138.2 y 161.1 .b)* de la misma y la jurisprudencia que invoca. Y eligió para el contraste nuestra Sentencia de 27 de Octubre de 2009 (rec. 311/09). Se trataba en este caso de determinar si han de incluirse los días/cuota de las pagas extraordinarias para el cálculo del importe de la "prorrata temporis" que corresponde abonar a la Seguridad Social española en una pensión de incapacidad permanente para cuyo cálculo se habían computado cotizaciones hechas en Suiza y en España. La Sala partió de la base de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en la definición de "periodos" de seguro contenida en la *letra "r" del artículo 1 del Reglamento 1408/71* , ha señalado que existe una remisión a la legislación nacional que demuestra que dicha norma deja la materia de totalización de periodos de seguro en manos del Derecho interno los requisitos para el reconocimiento de un período determinado como equivalente a los periodos de seguro propiamente dichos (SSTJCE de 15 de octubre de 1.991 -asunto Faux - y 17 de septiembre de 1.997 -caso Iurlaro -); y a continuación aplicamos nuestra propia jurisprudencia contenida en la Sentencia de 10 de junio de 1974 , dictada en interés de ley (y que sigue vigente, salvo por lo que se refiere a la pensión de jubilación por mor de la modificación que la *Ley 40/2007* operó en el *art. 161.1.b/ de la LGSS*), en la que se estableció una doctrina que consiste en que al no imponer los textos legales una distinción entre los efectos que produce la cotización por las pagas ordinarias y por las extraordinarias, en cuanto al cómputo de período de carencia, debe prevalecer el concepto "día-cuota" sobre el de "día de trabajo cotizado", de modo que la cotización por las pagas extraordinarias aprovecha para el período de cotización necesario para la

concesión del derecho a prestaciones, a cuyos efectos el año no consta sólo de los 365 días naturales, sino de éstos y de los días-cuotas abonados por gratificaciones extraordinarias; pero que esto resulta únicamente válido para completar la carencia precisa para lucrar la pensión, y no para aumentar su cuantía y, en consecuencia, decidió no tener en cuenta en el caso enjuiciado los repetidos días-cuota correspondientes a las pagas extraordinarias, pues no se trataba de completar periodo alguno de carencia (que la trabajadora reunía suficientemente), sino únicamente de fijar la cuantía de la prorrata temporis a cargo de España.

SEGUNDO .- Abordemos, en primer lugar, el problema relativo a si las dos resoluciones en presencia ostentan, o no, la cualidad de legalmente contradictorias, condición ésta que les niega rotundamente la parte recurrida y sobre la que alberga dudas el Ministerio Fiscal.

En este sentido, conviene recordar: "es conocida por reiterada la doctrina de esta Sala en relación con el requisito de la contradicción que exige el *art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)* entre la sentencia que se impugna y otra de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Según ella, la contradicción *"requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales"* (sentencias de 27 y 28-1-92 [recs. 824/91 y 1053/91], 18-7 , 14-10 y 17-12-97 [recs. 4067/96 , 94/97 y 4203/96], 17-5 y 22-6-00 [recs. 1253/99 y 1785/99], 21-7 y 21-12-03 [recs. 2112/02 y 4373/02] y 29-1 y 1-3-04 [recs. 1917/03 y 1149/03] y 28-3-06 [2336/05] entre otras muchas). Por esa razón, el término de referencia en el juicio de contradicción, ha de ser necesariamente *"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 el debate ha sido planteado en suplicación. Sentencias de 13-12-91 [rec. 771/91], 5-6 y 9-12-93 [recs. 241/92 y 3729/92], 14-3-97 [rec. 3415/96], 16 y 23-1-02 [recs. 34/01 y 58/01]. 26-3-02 [rec.1840/00], 25-9-03 [rec. 3080/02] y 13-10-04 [rec. 5089/03] entre otras). De otro lado, la Sala ha señalado con reiteración que los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias de las partes (sentencias de 25-5-95 [rec. 2876/94], 17-4-96 [rec. 3078/95], 16-6-98 [rec. 1830/97] y 27-7-01 [rec. 4409/00] entre otras)".

La atenta comparación de las dos resoluciones contrastadas nos lleva a la conclusión de que aquéllas no son contradictorias en los términos que hemos dejado señalados, pues 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 prorrata 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* .

Así pues, no procede entrar en el tratamiento y decisión del fondo del recurso, toda vez que no concurre la condición de procedibilidad que contempla el *art. 217 de la LPL* , por lo que el recurso pudo haber sido inadmitido en su día, de tal suerte que lo que hoy procede -dado el momento procesal en que ahora nos hallamos- es la desestimación de dicho recurso. Sin 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 INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la Sentencia dictada el día 7 de Abril de 2010 por la Sala de lo Social con sede en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el Recurso de suplicación 327/10 , que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 27 de Noviembre de 2009 pronunció el Juzgado de lo Social número dos de Granada en el Proceso 1053/08 , que se siguió sobre incapacidad permanente, a instancia de DON Ismael contra el mencionado recurrente. Declaramos la firmeza de la Sentencia recurrida.

Devuélvanse 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 Garcia Sanchez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.