

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL****TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia de 6 de abril de 2015*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 175/2014*

**SUMARIO:**

**Gran invalidez. Cálculo del complemento destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda.** Recurso de casación para la unificación de doctrina. Debe realizarse sumando el 45% de las base mínima de cotización en el momento del hecho causante y el 30% de la última base de cotización mensual efectuada por el beneficiario, sin que sea necesario multiplicar el resultado por 12 meses y dividirlo entre 14 pagas.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 139.4.

**PONENTE:**

*Don Jesús Souto Prieto.*

Magistrados:

Don JESUS SOUTO PRIETO

Don JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ

Don JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA

Don MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL

Doña MARIA LOURDES ARASTHEY SAHUN

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a seis de Abril de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Félix Augusto Balboa Usabiaga, en nombre y representación de D. Rosendo, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 28 de febrero de 2013 dictada en el recurso de suplicación número 3960/2012, formulado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 8 de Madrid, de fecha 7 de diciembre de 2011, en autos n.º 688/2010 dictada en virtud de demanda formulada por D. Rosendo frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre Incapacidad Permanente.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, D. Andrés Ramón Trillo García.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 7 de diciembre de 2011, el Juzgado de lo Social número 8 de Madrid dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda, interpuesta por Rosendo, vengo a declararle en situación de gran invalidez, derivada de enfermedad común, con derecho a un complemento de 625,05 euros mensuales y efectos del 16.9.09 y en consecuencia condeno al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la TGSS a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos, debiendo hacer efectiva inmediatamente la prestación antedicha".

**Segundo.**

- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO:- D. Rosendo nacido el NUM000 .1963, afiliado a la Seguridad Social con el número NUM001, se encuentra en situación de alta/asimilado al alta en el RETA, siendo su profesión habitual abogado. SEGUNDO- Inició situación de incapacidad temporal por enfermedad común, el 18.5.09. TERCERO- La parte actora acredita la cotización necesaria para acceder a la prestación solicitada. CUARTO- El Informe Médico de Síntesis emitido por la EVI, recoge el siguiente diagnóstico y limitaciones: "Enfermedades de Parkinson de inicio precoz evolucionada de difícil control terapéutico y de predominio tremórico. Dolor neuropático en MMII. Artrodesis instrumentada L4-L5 con discopatía severa. Radiculopatía L5-S1 derecha. Disonía de miembros derechos. Limitado para toda actividad laboral. Precisa ayuda para alguna AVD. QUINTO. - El 2.10.09 la Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó resolución, en la que se le reconoció una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo conforme con derecho a una pensión de 546,55 euros y efectos de 16.9.09. SEXTO- Interpuesta reclamación previa, fue desestimada por resolución de 11.11.09. SÉPTIMO. El demandante padece enfermedad de Parkinson idiopática de inicio precoz, con complicaciones motoras severas y no motoras, distonía en MMDD y trastorno depresivo mayor, dependiente para todas las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria". OCTAVO- La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 396,76 euros mensuales. La última base de cotización del actor ascendió a 833,40 euros."

**Tercero.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación del INSS y la TGSS, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia con fecha 28 de febrero de 2013 en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y la TGSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social no 8 de Madrid, de fecha siete de diciembre de dos mil once, la revocamos y declaramos que el complemento de la pensión de Gran invalidez reconocida a Don Rosendo alcanza la cantidad de 495,14 euros mensuales en catorce pagas anuales, condenando al INSS y TGSS y a las partes a estar y pasar por esta declaración y al INSS a su abono con las revalorizaciones que procedieran".

**Cuarto.**

El letrado D. Félix Augusto Balboa Usabiaga, en nombre y representación de D. Rosendo, mediante escrito presentado el 13 de enero de 2014, 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 Superior de Justicia de Asturias de fecha 17 de febrero de 2013 (recurso n.º 2771/12). SEGUNDO- Se alega la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, de acuerdo a lo preceptuado en los apdos. D ) y e) del art. 207 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, respectivamente.

**Quinto.**

Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la procedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de marzo de 2015 en el que tuvo lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

Consta en la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de febrero de 2013 (Rec. 3960/2012 ), que el actor, afiliado al RETA, por sentencia dictada en la instancia por el Juzgado fue reconocido en situación de gran invalidez derivada de enfermedad común, con derecho a un complemento de 625,05 euros mensuales, calculados teniendo en cuenta la siguiente fórmula de cálculo:

[45% base mínima de cotización (833,40 euros) = 375,03 euros + 30% última base de cotización (833,40 euros) = 250,02 euros] = 625,05 euros.

En suplicación se revoca la sentencia de instancia para declarar que el complemento de pensión de gran invalidez alcanza la cantidad de 495,14 euros calculados del siguiente modo:

$([45\% \text{ base mínima de cotización para año 2009 (728,10 euros) = 327,14 euros}] + 30\% \text{ última base cotización actor (833,40 euros) = 250,02 euros}] \times 12 \text{ meses}) / 14 \text{ pagas} = 495,14 \text{ euros.}$

Recurre en casación para la unificación de doctrina el actor, por entender que el cálculo debe realizarse sumando el 45% de la base mínima de cotización en el momento del hecho causante y el 30% de la última base de cotización mensual efectuada por el beneficiario, sin que sea necesario multiplicar el resultado por 12 meses y dividirlo entre 14 pagas.

### **Segundo.**

La parte recurrente invoca tanto en preparación como en interposición tres sentencias de contraste, otorgándosele plazo para seleccionar una sentencia por Diligencia de Ordenación 27-02-2014, con advertencia de que en caso de no optar la Sala entenderá que lo hace por la más moderna de las señaladas en el recurso y al preparar éste. Por Diligencia de Ordenación de 07-04-2014 se tuvo por seleccionada la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 15 de febrero de 2013 (Rec. 2771/2012) (más moderna de las invocadas al preparar el recurso) al no dar respuesta alguna la parte recurrente al requerimiento efectuado por la Diligencia anterior.

Consta en la sentencia seleccionada para contraste del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 15 de febrero de 2013 (Rec. 2771/2012), que el actor fue reconocido por sentencia de suplicación (que revocó la sentencia de instancia), en situación de gran invalidez, con derecho a un complemento de pensión de 800,23 euros mensuales, calculado teniendo en cuenta que al 45% de la base mínima de cotización al tiempo del hecho causante, se suma el 30% de la base última de cotización del trabajador, tomando tales bases sin reducir las en la parte proporcional de pagas extraordinarias, como se ha declarado por STS 16-06-2010 (Rec. 3774/2009) y 17-01-2012 (Rec. 4351/2010), que niega validez al cálculo efectuado por el INSS que multiplicó por 12 las bases para después dividir las por 14.

Se aprecia la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas teniendo en cuenta por lo siguiente:

1-En ambas sentencias los actores son reconocidos en situación de gran invalidez. Es cierto que las dolencias por las que son reconocidos en dicha situación son diferentes pero ello no sería obstáculo para admitir el recurso teniendo en cuenta que no se plantea ninguna revisión de grado.

2-En ambas sentencias la cuestión planteada y debatida es cómo tiene que calcularse el complemento por gran invalidez, y en particular, si el 45% de la base mínima de cotización sumado al 30% de la base última de cotización hay que multiplicarlo por 12 meses y dividirlo por 14 pagas o no.

3-En ambas sentencias la pretensión de las partes es la misma, y relativa a que el cálculo del complemento se realice con una simple suma del 45% base mínima de cotización y 30% de la base última de cotización.

4-En ambos supuestos se interpreta el art.139. 4 LGSS según redacción dada por Ley 40/2007.

5-Los fallos son contradictorios, puesto que en la sentencia recurrida se realiza el cálculo multiplicando la suma del 45% de la base mínima de cotización a la fecha del hecho causante y del 30% de la base última de cotización del trabajador, por 12 meses y dividido por 14 pagas, mientras que en la sentencia de contraste no se realiza dicha multiplicación y división.

Por tanto la única cuestión controvertida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar la forma de cálculo del complemento de la prestación por Gran Invalidez a que se refiere el apartado 4 del art. 139 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada al mismo por el art. 2.3 de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Dicho apartado, es del tenor literal siguiente: "Si el trabajador fuese calificado de gran inválido tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores, incrementándose su cuantía con un complemento destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que lo atienda. El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que deriva la situación de incapacidad permanente. En ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por ciento de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador".

### **Tercero.**

Sentado lo anterior, dicho está que debe prosperar la censura jurídica sobre infracción del art. 139.4 de la LGSS (redactado por Ley 40/2007), de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, siguiendo la doctrina

jurisprudencial establecida en la mencionada sentencia de esta Sala de 16/6/2010 (rcud.3774/09 ), citada en la de contraste, ya que, como se indica textualmente en ella:

"La sentencia recurrida parte de la consideración de entender que el complemento así regulado ha de entenderse referido al período de un año, y como la base mínima de cotización incluye la prorrata de pagas extraordinarias, será preciso -dice- recalcular el importe del complemento de manera que su importe anual tenga en cuenta las pagas extraordinarias, por lo que estima -siguiendo el criterio de la Entidad Gestora- que antes de aplicar los porcentajes del 45% y del 30% respectivamente, tanto la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante como la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la incapacidad permanente, deben multiplicarse por 12 y dividirse por 14.

Lo cierto es, sin embargo, que de la lectura del precepto controvertido no se desprende la interpretación que efectúa la sentencia recurrida. En efecto, nada se dice con respecto a que el importe del complemento "ha de entenderse referido al importe de un año", ni tampoco hace la más mínima mención a que deba "recalcularse" teniendo en cuenta las pagas extraordinarias. Como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, el precepto es claro y terminante, de modo que no suscita duda alguna. Hace referencia a los porcentajes del 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y al 30% de la última base de cotización del trabajador, sin ningún otro añadido ni consideración, por lo que ha de estarse a la literalidad del precepto ( art. 3.1 del Código Civil ).

Conviene por otra parte destacar, que el art. 2.2 de la propia Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, ha introducido otra modificación legal en el mismo art. 139 de la Ley General de la Seguridad Social, con objeto de establecer una cuantía mínima para la pensión por incapacidad permanente total, concretamente, añadiendo el siguiente párrafo al número 2 del precepto: "La cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podría resultar inferior al 55 por ciento de la base mínima de cotización para mayores de dieciocho años, en términos anuales, vigente en cada momento". Aquí si que el Legislador ha introducido, expresamente, el elemento anual al referirse a la base mínima de cotización para el cálculo de la pensión mínima, por lo que cabe entender que si para el cálculo del complemento para la Gran Invalidez no lo ha utilizado, cuando es la misma norma y precepto - art. 2 de la Ley 40/2007 - la que ha llevado a cabo ambas modificaciones, es que para dos supuestos diferentes ha establecido también dos regulaciones distintas.

Finalmente, conviene también señalar, que en nuestras recientes sentencias de 17 de enero de 2009, 13 de julio de 2009 y 17 de julio de 2009 (rec. 1354/2008 y 4109/2008 ) al tratar -como aquí acontece- de un supuesto de prestación de Seguridad Social, ya recordábamos la doctrina de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo evocada en su sentencia de 27 de diciembre de 1988, con cita de la sentencia de 3 de junio de 1975 -dictada en interés de Ley-, conforme a la cual, "es imperativo que las normas de la Seguridad Social, en cuanto partícipes del mejoramiento y progreso constitutivo de la Justicia como fundamento de todo Derecho, deben interpretarse de forma y modo que su aplicación no frene su dinamismo progresivo, acorde con las garantías de asistencia y prestaciones sociales que postula la Constitución, en cuanto inherentes al Estado Social y de Derecho"; doctrina ésta, contraria a una interpretación de carácter restrictivo como la que mantiene la sentencia recurrida."

#### **Cuarto.**

De acuerdo con tal doctrina y con lo informado por el Ministerio Fiscal, estimamos procedente el recurso, si bien sólo en lo relativo a la petición subsidiaria, por cuanto partiendo de que la base mínima de cotización en la fecha del hecho causante era de 728,10 euros (artículo 3 de la Orden TIN /41/2009, de 20 de enero), su 45% es 327,65 euros, y la última base de cotización: 833,40 euros (hecho octavo de la sentencia), cuyo 30% es 250,02 euros. Y aplicando la doctrina anterior sin multiplicar por 12 ni dividir por 14, la suma de los cálculos anteriores da un resultado final de 577,67 euros.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Félix Augusto Balboa Usabiaga, en nombre y representación de D. Rosendo, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 28 de febrero de 2013 dictada en el recurso de suplicación número 3960/2012 . Casamos y anulamos dicha sentencia, y resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de tal naturaleza interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 8 de Madrid de fecha 7 de diciembre de 2011, salvo en lo referente a la cuantía resultante que, según lo explicado, y de acuerdo con la petición subsidiaria del recurrente, deberá alcanzar 577,60 euros mensuales. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del 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. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.