

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA:

Presidente Excmo. Sr. D. : Jesús Gullón Rodríguez

Fecha Sentencia: 02/07/2014

Recurso Num.: UNIFICACIÓN DOCTRINA 269/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 25/06/2014

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA SOCIAL

Ponente Excmo. Sra. D.^a María Milagros Calvo Ibarlucea

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

Reproducido por: CTG

Nota:

PENSIÓN. INCAPACIDAD PERMANENTE. BASE REGULADORA. SU CÁLCULO NO INCLUYE LOS DÍAS CUOTA. RECURRE EL MINISTERIO FISCAL. REITERA DOCTRINA. S.T.S. 1-2-2013 (R.C.U.D. 812/2012).

Recurso Num.: /269/2013

Ponente Excm. Sra. D^a: María Milagros Calvo Ibarlucea

Votación: 25/06/2014

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

SENTENCIA NUM.:
TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL

Excmos. Sres.:

D. Fernando Salinas Molina
D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea
D. José Luis Gilolmo López
D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga
D^a. Rosa María Virolés Piñol

En la Villa de Madrid, a dos de Julio de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra de la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede en Granada, en recurso de suplicación nº 2251/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 25 de julio de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Granada, en autos núm. 980/2011, seguidos a instancias de MARIA DOLORES AGÜI VENEGAS frente al INSS.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. **MARÍA MILAGROS CALVO IBARLUCEA**, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de julio de 2012 el Juzgado de lo Social nº 3 de Granada dictó sentencia, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando la demanda interpuesta por D^a MARIA DOLORES AGÜI VENEGAS contra INSS, debo declarar y declaro que la actora se encuentra en situación de invalidez permanente absoluta, por enfermedad común, con derecho a pensión del 100 por 100 del importe de su base reguladora, fijándose ésta en 966,85 €; condenando a dicha demandada a su abono."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "1º. Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 29.08.11, que se da por reproducida (folio 3 de autos se reconoció a la demandante D MARÍA DOLORES AGÜI VENEGAS, con DNI nº74.590.943 E, afiliada al RGSS con el nº 18/0067 2269/, cuya profesión es la pinche de cocina, afecta de Incapacidad Permanente Total, por la contingencia de enfermedad común, con derecho a pensión del 75 por 100 de su base reguladora, habiéndose fijado ésta en 810,06 euros. 2º. Presentada por la actora Reclamación Previa en 28.09.11, en solicitud de una IP absoluta, así como que se fije la base reguladora en 966,85 E, por adición de los días cuota por pagas extraordinarias, la misma fue desestimada por Resolución de 14/10/11, que se da por reproducida (folio 6 de autos). La demanda de autos fue presentada en 21.11.11. 3º La actora presenta un cuadro clínico residual de distimia. Trastorno disociativo (de conversión) mixtos. Otros trastornos específicos de la personalidad. Retraso mental leve. Espondiloartrosis. Escoliosis lumbar. Gonartrosis bilateral. Coxartrosis derecha (en estudio) Osteopenia. Síndrome fibromiálgico. Con las siguientes limitaciones: Paciente con clínica depresiva-ansiosa, y sintomatología conversiva disociativa de intensidad moderada (dolores osteoarticulares, mareo con caídas) . De base una estructura de personalidad muy frágil, con pocos recursos para elaborar las situaciones de tensión y las dificultades en su vida cotidiana. La capacidad para contener sus sentimientos de malestar es mínima y presenta una importante inestabilidad en su estado de ánimo y un problema grave de control de impulsos. En los antecedentes destaca esa tendencia a las actuaciones impulsivas con riesgo de agresión hacia los demás o hacia ella misma. En la actualidad presenta una marcada incapacidad para gestionar las diferentes áreas de su vida (...), siendo el único rol predominante el de enferma. No se ha producido ninguna mejoría con las intervenciones realizadas por USMC. Artromialgias generalizadas y mareo con componente psicopatológico asociado. Además de para su puesto de pinche en el contexto de un hospital, no esta capacitada para realizar tareas que impliquen situaciones de interacción interpersonal con estrés, excesiva carga mental/concentración o toma de decisiones complejas, debiendo evitar situaciones con peligro de accidentabilidad, y de sobrecarga física intensa derivada de su patología osteoarticular. 4º. La demandante cuenta con el tiempo de cotización

efectiva que se refleja en la documental del Expediente administrativo, que se da por reproducida (folios 37 y ss de autos). 5º. De estimarse el computo de los días asimilados por pagas extraordinarias, la base reguladora sería la de 966,85 €, propuesta por la actora."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, la cual dictó sentencia en fecha 25 de julio de 2012, en la que consta el siguiente fallo: " Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por INSS contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Tres de los de Granada en fecha Veinticinco de Julio de dos mil doce, en Autos seguidos a instancia de MARIA DOLORES AGÜI VENEGAS en reclamación sobre SEGURIDAD SOCIAL contra INSS, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida."

CUARTO.- Por el MINISTERIO FISCAL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, al que se adhirió en trámite de impugnación la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el presente recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida, pese a haber sido emplazada. E instruida la Excm. Sra. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25 de junio de 2014, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante solicitó el reconocimiento de Incapacidad permanente en grado de absoluta, petición que fue atendida por el Juzgado de lo Social en resolución confirmada por la sentencia que ahora se recurre, incluyendo el relativo a la determinación de la base reguladora ya que también se confirmó el pronunciamiento que afectaba a la inclusión de los días cuota en el cálculo de dicha base reguladora.

Es frente a este último componente de la resolución frente al que recurre el Ministerio Fiscal en casación para la unificación para la unificación al amparo de su formulación especial regulada en el artículo 219-3º de la LJS.

SEGUNDO.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si los denominados días-cuota derivados de la cotización de pagas extraordinarias deben computarse, no solamente, en su caso, para determinar y completar el periodo de cotización

exigible para tener derecho al acceso a las prestaciones económicas de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común de la Seguridad Social, sino además para el cálculo de la base reguladora o para el porcentaje aplicable por años de cotización, con lo que tal base reguladora resultaría incrementada en el caso ahora enjuiciado, una incapacidad permanente en grado de absoluta para la profesión habitual derivada de enfermedad común otorgada conforme al RGSS.

A efectos de determinar los años cotizados para fijar por tal concepto el porcentaje aplicable a la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente en grado de total derivada de enfermedad común que el beneficiario demandante tenía reconocida en vía administrativa, tanto la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Granada, en autos núm. 980/2011 como la de suplicación ahora impugnada dictada el 13 de diciembre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede en Granada, en recurso de suplicación nº 2251/2012, estimando la pretensión actora añadieron a los días efectivamente cotizados los correspondientes a las pagas extraordinarias. En la sentencia de suplicación se razonaba, para desestimar el recurso de tal clase formulado por la Entidad gestora, que tras la reforma ex Ley 40/2007: *"El Art. 140.1.b de la LGSS en la redacción dada por la Ley 40/2007: ". Base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes 1. La base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común se determinará de conformidad con las siguientes normas:... b) Al resultado obtenido en razón a lo establecido en la norma anterior se le aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista en el apartado 1 del Art. 163, considerándose a tal efecto como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad de 65 años. En el caso de no alcanzarse 15 años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50 por ciento. . . ", igualmente el Artículo 161 de dicha Ley señala al efecto:" Beneficiarios: 1. Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas incluidas en este Régimen General que, además de la general exigida en el apartado 1 del Art. 124, reúnan las siguientes condiciones: a) Haber cumplido sesenta y cinco años de edad, b) Tener cubierto un periodo mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.." dicho lo anterior pone de manifiesto que efectivamente para la jubilación se excluye la parte proporcional de las pagas extraordinarias, pero, sin embargo dicha exclusión no se efectúa de manera expresa para el precepto regulador de la base reguladora para la incapacidad permanente, teniendo además en cuenta que de conformidad con el 140.1 la base reguladora de la incapacidad permanente se determina por la bases de cotización de los meses anteriores que allí se especifican, y*

Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social señala en su Artículo 23.: "...Base de cotización .1. En el Régimen General de la Seguridad Social la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del mismo, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena. Las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los doce meses del año. . . .", en consecuencia si se cotiza por totalidad de percepciones obtenidas por el trabajador incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias y estas se encuentran contenidas para obtener la base reguladora sin exclusión expresa como ocurre para la jubilación , es por ello que debe ser incluidas para el calculo de la base reguladora de la incapacidad permanente."

Se interpone por el Ministerio Fiscal recurso de casación para la unificación de doctrina, en su función de defensa de la legalidad, a instancia del INSS, como entidad pública que, por las competencias que tiene atribuidas, ostenta interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa, dado que, sin existir doctrina unificada en la materia litigiosa, se ha constatado la dificultad de la cuestión pudiera acceder a la unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos (dadas las múltiples sentencias de esta Sala invocadas por el Ministerio Fiscal en las que se no se ha entrado a conocer de la cuestión por falta del requisito o presupuesto de contradicción de sentencias, entre otras, la STS/IV 27-diciembre-2011 –rcud 4328/2010 y las que en ella se citan); afectando la sentencia que se dicte a la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida conforme a las pretensiones oportunamente deducidas por el Ministerio Fiscal por haberse adherido al recurso el INSS, legitimado para impugnar la referida resolución.

Ciertamente a la fecha de hoy han sido resueltos diferentes recursos acerca del mismo objeto, pero deberá tenerse en cuenta que siendo la fecha de la sentencia 13 de diciembre de 2012 y la de las primeras sentencias de esta Sala resolviendo sobre la misma cuestión de 28 de enero de 2013, el presente recurso forma parte de la cadena de impugnaciones que dieron lugar a dichas resoluciones a las que posteriormente nos referiremos y respecto de las cuales no cabía la contradicción.

TERCERO.- El recurso del Ministerio Fiscal se interpone, al amparo del art. 224 LRJS, a través de un único motivo por considerar infringidos los arts. 140.1 y 161.1.b) LGSS y numerosa jurisprudencia de la Sala IV, iniciada en la sentencia de 10-junio-1974, aplicada en las de 3-marzo-1992 y 24-enero-1995, y reiterada en las de 20-junio-2002, 25-junio-2008, 27-octubre-2009, 15-febrero-2011 y 18-enero-2011, conforme a las cuales, los

días cuota se computarán exclusivamente a los fines de completar el periodo de carencia en la prestación de incapacidad permanente, pero no para mejorar la base reguladora de dicha prestación atendiendo a la equiparación de días de cotización a días de trabajo cotizado.

Como ya hemos anticipado la cuestión ha sido analizada, entre otras por la STS de primero de febrero de 2013. (R.C.U.D 812/2012) ;:"SEGUNDO.- 1.- Con carácter general debe señalarse que la doctrina de los denominados días-cuota es de creación jurisprudencial. Fue la sentencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 10-junio-1974, dictada en el ahora extinto recurso de casación en interés de ley, la que fija su concepto y aplicabilidad, pero referida esencialmente a la determinación del periodo de carencia tanto con respecto a la jubilación como a la invalidez permanente. En esta línea interpretativa se fue desarrollando la posterior jurisprudencia de esta Sala, como es dable deducir, entre otras, de las sentencias que a continuación destacamos.

2.- En la STS/IV 24-enero-1995 (rcud 735/1994), relativa a una pensión de jubilación del RGSS ya se rechazó que a los efectos de fijación del porcentaje aplicar a la base reguladora por años cotizados (lo que incide en el importe económico de la prestación) se debieran contabilizar, además de los días naturales comprendidos en el correspondiente período, los denominados "días-cuota", es decir los días que se corresponden a las pagas o gratificaciones extraordinarias recibidas por el trabajador y por los que éste satisfizo las pertinentes cotizaciones. Debe tenerse en cuenta señalamos ahora, para valorar dicha doctrina, que las pagas extras se prorratean en los doce meses de cotización (art. 23 RD 2064/1995 de 22-diciembre) y que, por tanto, ya se computan para el cálculo de la base reguladora y que, de entenderse lo contrario y adicionar los días-cuota, existiría una duplicidad en los que tales pagas extraordinarias afecta. Se afirmaba en la citada STS/IV 24-enero-1995 que "Es cierto que la sentencia de esta Sala de 10 de Junio de 1974, dictada en interés de la ley, ha mantenido que cuando la ley exige determinado número de días de cotización 'deben contabilizarse 'cotizaciones', pues ... los textos legales no imponen, ni de sus términos puede deducirse, una distinción entre los efectos que produce la cotización por las pagas ordinarias y por las extraordinarias'; pero no puede olvidarse que esa misma sentencia se cuidó de fijar el ámbito y el alcance de tal regla, y así precisa que 'la cotización por las gratificaciones reglamentarias de 18 de Julio y Navidad aprovecha para los dos efectos' siguientes, a saber, por un lado, 'conceder el derecho a la prestación', es decir ser tenidas en cuenta al objeto de la cobertura del período de carencia preciso a tal fin, y por otro lado 'calcular la cuantía de las bases tarifadas', lo que en definitiva incide sobre el montante de la base reguladora de la prestación. Y es obvio que el tema de que se trata en esta litis está claramente fuera del radio de acción de esos 'dos efectos', por lo que no es posible mantener que le es aplicable la doctrina de esta sentencia que comentamos; máxime cuando los fines y objetivos a que responde el

porcentaje que regula el art. 155-1 de la LGSS, son claramente diferentes de aquéllos que son propios del período de carencia y del importe de la base reguladora”; recuerda que “Sin duda la doctrina aludida ha sido seguida por otras sentencias de esta Sala (citamos, como exponente, las de 12 de Marzo de 1973, 17 de Febrero de 1975, y 3 de Marzo y 21 de Abril de 1978), pero en todas ellas se han mantenido los límites antedichos de que habla la referida sentencia de 10 de Junio de 1974, sin que ninguna de ellas haya extendido tal doctrina a supuestos análogos al de autos”, concluyendo que “Por consiguiente, es forzoso concluir que a los efectos de determinar los años de cotización, a que se refieren el art. 155 de la LGSS, el art. 27 del Reglamento General de Prestaciones y los arts. 7 y 8 de la Orden Ministerial de 18 de Enero de 1967, no se pueden tener en cuenta los ‘días-cuota’ o días cotizados en razón de las pagas o gratificaciones extraordinarias”. En idéntico sentido, entre otras, la posterior STS/IV 27-enero-1998 (rcud 2145/1997).

3.- La STS/IV 4-julio-1995 (rcud 959/1994), con relación a la pensión de jubilación del RETA y en lo relativo al porcentaje por años cotizados, ya declaró, reiterando doctrina, que a tales efectos no se computan los correspondientes a las pagas extras, “es decir, los días que se corresponden a las pagas o gratificaciones extraordinarias incluidas en las correspondientes bases de cotización”, argumentando que la doctrina ha sido ya unificada por la Sala en su sentencia de 24-enero-1995 y que “Esta sentencia establece que, a la vista de las normas aplicables -artículo 155.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, artículo 27 del Decreto 3158/1966, y artículos 7 y 8 de la Orden de 18 de enero de 1967-, a las que en el presente caso hay que unir la disposición adicional primera de la Ley 26/1985, ‘es forzoso entender que las mismas se refieren a días naturales de cotización, y que por tanto tales días naturales o reales son los únicos que se pueden tomar en consideración a fin de llevar a cabo el cómputo de años preciso para la aplicación del referido porcentaje’, ya que ‘la finalidad que se persigue con la fijación de este porcentaje es la de establecer una proporción entre la cuantía de la pensión de jubilación y el tiempo real de trabajo y cotización, y si los cálculos pertinentes se hiciesen admitiendo cotizaciones que no responden a tiempo real y efectivo sino al cobro de unas especiales percepciones o gratificaciones, se quebraría dicha proporción y finalidad’. La sentencia añade que este criterio no contradice el de la sentencia de 10 de junio de 1974, dictada en interés de la Ley, porque en ésta el cómputo de los días de cotización correspondientes a las pagas extraordinarias no se extiende a la determinación del porcentaje aplicable. Esta conclusión resulta de mayor evidencia en un régimen como el de trabajadores autónomos, en el que no hay percepción real de pagas extraordinarias y para el que la disposición adicional primera de la Ley 26/1985 prevé de forma expresa que el cálculo se realizará únicamente ‘en función exclusivamente de los años de cotización efectiva del beneficiario’”.

4.- En nuestra STS/IV 25-junio-2008 (rcud 2502/2007) se aplica a los trabajadores a tiempo parcial la doctrina de los días-cuota, computándolos específicamente para completar exclusivamente la carencia a efectos de las prestaciones de incapacidad permanente absoluta, estableciendo que la doctrina de la STS/Social 10-junio-1974 “que han reiterado luego varias sentencias, entre las que cabe citar las de 17-2-75, 3-3-92 (rcud 1412/91), 24-1-95 (rcud 735/94), 4-7-95 (rcud 959/94), 17-4-97 (rcud 3255/96) y 20-6-02 (rcud 1463/01) se estableció en relación con trabajadores que prestan servicios a tiempo completo, de modo que la Sala no se ha pronunciado aún respecto del trabajo a tiempo parcial. Pero, dados los principios en que se enmarca la legislación relativa a este tipo de trabajo, resulta evidente que dicha doctrina le es igualmente aplicable”.

5.- Posteriormente, como recuerda la STS/IV 27-octubre-2009 (rcud 311/2009), recaída en un asunto similar a los antes referidos de los porcentajes en el RGSS y en el RETA , -- en el que la cuestión suscitada consistía en determinar si habían de incluirse los días-cuota de las pagas extraordinarias para el cálculo del importe de la “prorrata temporis” que correspondía abonar a la Seguridad Social Española, en una pensión de incapacidad permanente para cuya concesión y cálculo se habían tenido que computar cotizaciones hechas en Suiza y en España --, “por lo que se refiere a la naturaleza de los días-cuota por pagas extras, el punto de partida ha de ser la conocida STS de 10 de junio de 1974 dictada en interés de ley, 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. Doctrina que, como recuerda nuestra STS de 18 de junio de 2.008 ...sigue vigente, salvo por lo que se refiere al cálculo del período de carencia necesario para la pensión de jubilación, respecto de la cual la Ley 40/2007 ha incorporado al art. 161.1 .b) LGSS la misma previsión de que ‘a efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias’ que ya había introducido la Ley 35/2002 en el número 3.d) del citado artículo respecto de la jubilación anticipada”, añadiendo que “De lo anterior se desprende que para la pensión incapacidad permanente sigue teniendo plena virtualidad la doctrina jurisprudencial del ‘día-cuota’, pero con el alcance y la naturaleza que la propia jurisprudencia le atribuye, esto es, que solo tiene esa condición en tanto en cuanto se precise acudir a su cómputo para completar la carencia” y concluyendo que “Por ello, con arreglo a la legislación interna española, ese tiempo que podría haber tenido virtualidad como tiempo cotizado sólo en caso de que se necesitara para completar la carencia que se exige en el artículo 138 LGSS, realmente no lo tuvo en este

caso, sin perjuicio de que en el cálculo del importe de la pensión sí se hubiera tenido en cuenta la cantidad cotizada en la que se han de incluir los devengos del trabajador reglamentariamente previstos, entre los que están las pagas extraordinarias”. En definitiva, que la doctrina de los días-cuota solamente es aplicable “en tanto en cuanto se precise acudir a su cómputo para completar la carencia”.

6.- Sobre si el cómputo de pagas extras a los efectos del cumplir el periodo de carencia debe aplicarse incluso respecto de los períodos sin cotización efectiva, la jurisprudencia social se ha pronunciado negativamente, afirmando que la doctrina de los días-cuota no puede aplicarse a los periodos en los que no ha habido obligación de cotizar, aunque los mismos deban tenerse en cuenta legalmente a los efectos de completar el periodo de carencia de la incapacidad permanente, es decir, que no cabe computar los días-cuota teóricos que corresponderían a las pagas extraordinarias que no existen ni como cotizadas ni como percibidas. En este sentido, entre otras, la STS/IV 28-mayo-2003 (rcud 4120/2002) establece y reitera respecto del “problema relativo a si resultan o no computables, para lucrar la prestación de la que aquí se trata, las cotizaciones que pudieran corresponder al período máximo de duración de la incapacidad temporal”, que “La doctrina en la materia ya ha sido unificada reiteradamente por esta Sala ... Dicha doctrina se recoge, entre otras, en nuestra Sentencia de 20 de Julio de 2001 (Recurso 4084/00) ... se razona en los siguientes términos: ‘Tal y como se recuerda en la sentencia de esta Sala de 19 de julio de 1.996, en la que se recogen otras anteriores como las de 18 de Octubre, 7, 25 y 27 de Noviembre, 13, 20, 27 y 30 de Diciembre de 1991, 27 de Enero, 5, 6, 14, y 29 de Febrero, 21 de Marzo, 4, 9 y 20 de Abril, 2, 8, 14, 22, 25, 29 y 30 de Mayo, 2, 9, 10, 15, 17, 18, 23, 24, 26 y 30 de Junio y 3 de Julio de 1992, 2 y 8 de Febrero, 19 de Abril y 17 de Mayo de 1993 y 21 y 24 de Enero de 1994, no existe obligación de cotizar a la Seguridad Social durante el tiempo que el trabajador permanece en incapacidad laboral transitoria (hoy incapacidad temporal) después de extinguido el contrato de trabajo y después de extinguido también el derecho a la prestación de desempleo, a pesar de que siga cobrando a cargo del INSS el pertinente subsidio de incapacidad temporal, y ello porque ‘Lo dispuesto por el art. 70.4 LGSS, --texto de 1.974-- respecto al mantenimiento de la obligación de cotizar durante la situación de ILT, no debe ser interpretado aisladamente sino poniéndolo en relación con las normas que imponen el deber de cotizar, los sujetos pasivos de tal deber y persistencia de las situaciones que lo generan, cuales son principalmente el art. 67 de la citada Ley, conforme al cual están obligados a cotizar los trabajadores y los empresarios por cuya cuenta trabajen -lo que sitúa el deber de estos hasta la extinción del vínculo laboral- así como los arts. 12 y 19 de la Ley 31/1.984, de 2 de agosto, que impone la obligación de cotizar al INEM, si bien sólo durante el período en que haya de abonar prestación por desempleo o cuando, dentro del mismo, se produzca situación de incapacidad laboral o transitoria. Es claro, pues, que las mencionadas normas no imponen a las

empresas, después de extinguido el contrato de trabajo con baja de trabajador, como tampoco al INEM, después de agotado la prestación por desempleo, deber alguno de cotizar, deber que igualmente es inexistente para el INSS, pues no hay norma alguna que lo establezca, sin que quepa presumirlo, según resulta de lo dispuesto por el art. 1090 del Código Civil.- Por ello, no existe infracción en la sentencia recurrida del art. 6 de la Orden de 22 de enero de 1.991, pues esta norma se refiere a la obligación de cotizar durante la situación de incapacidad laboral transitoria en la situación de relación laboral viva o en curso, por eso se habla en el precepto de la forma de cálculo de la cotización, en relación con los salarios del trabajador en el periodo anterior al inicio de la situación.- Si, como se ha dicho, en estas situaciones de pago directo de prestaciones de IT no hay obligación de cotizar, no hay cotizaciones por tanto y sólo se perciben aquéllas prestaciones, no cabe tampoco computar los días-cuota teóricos que corresponderían a las pagas extraordinarias que no existen ni como cotizadas ni como percibidas, por lo que la sentencia recurrida no infringió aquél precepto ni tampoco el art. 4.4 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, en contra de lo que se afirma en el recurso. Con arreglo a éste precepto y a efectos de completar el período de carencia preciso para tener derecho a las prestaciones de invalidez permanente puede computarse como efectivamente cotizado el período de los dieciocho meses del plazo máximo de duración de la incapacidad laboral transitoria (ILT, ahora incapacidad temporal), aún cuando en realidad el presunto inválido no hubiera llegado a acceder a esa situación. Pero en este caso, no consta que existiese ese periodo ficticio computable a efectos de carencia en el que la demandante hubiese permanecido, sino que, por el contrario, se le ha computado toda su extensión y únicamente no se han tenido en cuenta los tiempos o días teóricos correspondientes a las pagas extraordinarias ...". Doctrina seguida, entre otras, por las SSTS/IV 20-julio-2001 (rcud 4084/2000) y 5-octubre-2006 (rcud 3201/2005).

7.- En la misma línea interpretativa, los días-cuota a efectos de completar el periodo de carencia únicamente se han tenido en cuenta en los distintos Regímenes de la Seguridad Social a partir de la fecha en la que en los mismos existió la obligación de cotizar por pagas extraordinarias. Así, entre otras, la STS/IV 5-octubre-2006 (rcud 3201/2005), señala que "esta Sala al abordar la cuestión ahora debatida se ha pronunciado ... en sus sentencias de 3 de marzo de 1992 (rec. 1412/91) y 17 de abril de 1997 (rec. 3255/1996) ..., estableciendo que también en Autónomos, debe darse, para el cómputo de cotizaciones, primacía al día cotizado sobre el día natural, por aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el día-cuota que estableció el Tribunal Supremo en su sentencia 10 de junio de 1974 (rec. 49.273) dictada en interés de ley. Pero que ello solo es posible, con apoyo en la Ley 26/1985 de 31 julio, que -- sin efecto retroactivo alguno -- equipara en sus arts. 3.1 y 6.2 la forma de calcular las pensiones de jubilación e invalidez de los distintos Regímenes de la Seguridad Social, a partir del 1 de enero de 1986 en adelante, dado que esa fue la fecha de entrada en vigor del RD

2475/1985 de 27 de diciembre, que contiene (art. 9) el sistema de cotización a dicho Régimen Especial para el ejercicio económico siguiente”.

8.- Excepcionalmente, pero sin que de ello sea dable entender que haya existido una variación de la anterior interpretación ni que configuren la jurisprudencia de esta Sala, de la redacción de alguna sentencia no directamente aplicable al tema ahora planteado, sino al computo del tiempo para alcanzar la condición de trabajador fijo con fundamento en un Acuerdo alcanzado en el seno de una empresa pública, se hacen genéricas referencias a una posible aplicación por analogía de la doctrina de los días-cuota que se rechaza, indicando a modo de “obiter dicta” que “las cotizaciones correspondientes a las pagas extraordinarias (los denominados “días-cuota”) únicamente inciden en el importe o cuantía concreta de las bases económicas (porcentaje y base reguladora) sobre las que calcular las prestaciones del sistema público de Seguridad Social” (SSTS/IV 15-febrero-2010 –rcud 184/2009, 18-enero-2011 –rcud 2352/2010, 23-mayo-2011 –rcud 3267/2010).

TERCERO.- 1.- La referida jurisprudencia se fundamentaba, esencialmente, en la normativa de Seguridad Social aplicable con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007. En concreto respecto a la invalidez permanente derivada de contingencias comunes en los arts. 138 (beneficiarios) y 140.1 (base reguladora) LGSS y con relación a la pensión de jubilación en sus arts. 161.1 (beneficiarios) y 163.1 (cuantía de la pensión –en redacción dada por Ley 35/2002, de 12 julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible) LGSS, en los que se disponía:

A) Respecto a la invalidez permanente, que “1. Tendrán derecho a las prestaciones por invalidez permanente las personas incluidas en el Régimen General que sean declaradas en tal situación y que, además de reunir la condición general exigida en el apartado 1 del artículo 124, hubieran cubierto el período mínimo de cotización que se determina en el apartado 2 de este artículo, salvo que aquélla sea debida a accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún período previo de cotización”, que “2. En el caso de pensiones por invalidez permanente, el período mínimo de cotización exigible será: a) Si el sujeto causante tiene menos de veintiséis años de edad, la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante de la pensión; b) Si el causante tiene cumplidos veintiséis años de edad, un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. En este supuesto, al menos la quinta parte del período de cotización exigible deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.- En el caso de prestación por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, el período mínimo de cotización exigible será de

mil ochocientos días, que han de estar comprendidos en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad laboral transitoria de la que se derive la invalidez permanente” y que “3. No obstante lo establecido en el apartado 1 de este artículo, las pensiones de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta.- En tales supuestos, el período mínimo de cotización exigible será, en todo caso, de quince años, distribuidos en la forma prevista en el último inciso del apartado 2.b) de este artículo ...”. (art. 138.1, 2 y 3 LGSS); y “La base reguladora de las pensiones de invalidez permanente derivada de enfermedad común será el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los noventa y seis meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante.- El cómputo de dichas bases se realizará conforme a las siguientes reglas, de las que es expresión matemática la fórmula que figura al final del presente apartado: ... - 2. En los supuestos en que se exija un período mínimo de cotización inferior a ocho años, la base reguladora se obtendrá de forma análoga a la establecida en el número anterior, pero computando bases mensuales de cotización en número igual al de meses de que conste el período mínimo exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes, y excluyendo, en todo caso, de la actualización las bases correspondientes a los veinticuatro meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante.- 3. Respecto a las pensiones de invalidez absoluta o gran invalidez derivadas de accidente no laboral a que se refiere el apartado 3 del artículo 138, para el cómputo de su base reguladora, se aplicarán las reglas previstas en el apartado 1 del presente artículo.- 4. Si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años” (art. 140.1 LGSS).

B) Con respecto a la prestación de jubilación contributiva, que “Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas incluidas en este Régimen General que, además de la general exigida en el apartado 1 del artículo 124, reúnan las siguientes condiciones: a) Haber cumplido sesenta y cinco años de edad.- b) Tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los ocho años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho” (art. 161.1 LGSS) y que “1. La cuantía de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, se determinará aplicando a la base reguladora, calculada conforme a lo dispuesto en el artículo precedente, los porcentajes siguientes: 1.º Por los primeros 15 años cotizados: el 50 por 100.- 2.º A partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendidos entre los meses 1 y

248, se añadirá el 0,19 por 100, y por los que rebasen el mes 248, se añadirá el 0,18 por 100, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por 100, salvo en el supuesto a que se refiere el apartado siguiente” (art. 163.1 LGSS en redacción dada por Ley 35/2002).

2.- La anterior normativa varía tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (vigente desde 1-enero-2008 –DF 6ª), en la que expresamente en materia de jubilación contributiva se suprime la posibilidad de aplicación de la doctrina jurisprudencial de los días-cuota a efectos de carencia, pues para acreditar el período mínimo de cotización necesario para poder acceder a la pensión (15 años), se computarán sólo los días efectivos de cotización y no los correspondientes a las pagas extraordinarias y se contempla que dicha modificación se fuera introduciendo progresivamente a lo largo de los siguientes cinco años (art. 3, pero tal norma de aplicación paulatina fue posteriormente dejada sin efecto por la DD única.1.a del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas para la reducción del déficit público); y en materia de incapacidad permanente exclusivamente, en cuanto ahora afecta, se reduce el período mínimo de cotización exigido a los trabajadores menores de 31 años para poder recibir esta prestación (art. 1. Dos). Así:

A) En materia de incapacidad permanente, se modifica el art. 138.2 LGSS (beneficiarios), disponiéndose que “En el caso de pensiones por incapacidad permanente, el período mínimo de cotización exigible será: a) Si el sujeto causante tiene menos de treinta y un años de edad, la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante de la pensión; b) Si el causante tiene cumplidos treinta y un años de edad, la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. En este supuesto, al menos la quinta parte del período de cotización exigible deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.- En los supuestos en que se acceda a la pensión de incapacidad permanente desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de los diez años, dentro de los cuales deba estar comprendido, al menos, la quinta parte del período de cotización exigible, se computará, hacia atrás, desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar.- En los casos a que se refiere el párrafo anterior, y respecto de la determinación de la base reguladora de la pensión, se aplicará lo establecido, respectivamente, en los apartados 1, 2 y 4 del artículo 140.- En el caso de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, el período mínimo de cotización exigible será de mil ochocientos días, que han de estar comprendidos en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente”; e igualmente se modifican las nº 1 y 3 del art. 140 (base reguladora) LGSS, disponiéndose que “1. La base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de

enfermedad común se determinará de conformidad con las siguientes normas: a) Se hallará el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante.- El cómputo de dichas bases se realizará conforme a las siguientes reglas, de las que es expresión matemática la fórmula que figura al final de las mismas.- 1.^a Las bases correspondientes a los veinticuatro meses anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante se computarán en su valor nominal.- 2.^a Las restantes bases de cotización se actualizarán de acuerdo con la evolución que haya experimentado el índice de precios al consumo desde los meses a que aquéllas correspondan hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se inicie el período de bases no actualizables a que se refiere la regla anterior. ... b) Al resultado obtenido en razón a lo establecido en la norma anterior se le aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista en el apartado 1 del artículo 163, considerándose a tal efecto como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad de 65 años. En el caso de no alcanzarse 15 años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50 por ciento.- El importe resultante constituirá la base reguladora a la que, para obtener la cuantía de la pensión que corresponda, habrá de aplicarse el porcentaje previsto para el grado de incapacidad reconocido” y que “3. Respecto a las pensiones de incapacidad absoluta o gran invalidez derivadas de accidente no laboral a que se refiere el apartado 3 del artículo 138, para el cómputo de su base reguladora, se aplicarán las reglas previstas en la norma a) del apartado 1 del presente artículo”.

B) En materia de jubilación contributiva, la reforma ex Ley 40/2007 en cuanto ahora esencialmente nos afecta, por una parte, suprime los apartados 2 y 3 del art. 161 LGSS (beneficiarios), pasando sus actuales apartados 4, 5 y 6 a ser, respectivamente, los apartados 2, 3 y 4, y, por otra parte, el apartado 1 del art. 161 queda redactada del siguiente modo: “b) Tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.- En los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de dos años a que se refiere el párrafo anterior deberá estar comprendido dentro de los quince años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.- En los casos a que se refiere el párrafo anterior, y respecto de la determinación de la base reguladora de la pensión, se aplicará lo establecido en el apartado 1 del artículo 162”.

CUARTO.- 1.- En definitiva, -- siguiendo el precedente que la Ley 35/2002 había establecido exclusivamente para la carencia a efectos de la jubilación anticipada, modificando el art. 161.3.c LGSS y excluyendo la

aplicación de la doctrina jurisprudencial de los días-cuota (“Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias”), como recuerda “en obiter dicta” la STS/IV 25-junio-2008 (rcud 2502/2007) --, la única incidencia que entendemos puede tener la Ley 40/2007 en la doctrina jurisprudencial sobre los denominados días-cuota, cotizaciones por pagas extraordinarias, a efecto de completar el periodo de carencia respecto de las prestaciones contributivas de incapacidad permanente derivada de enfermedad común y de jubilación, se debe limitar a esta última prestación de jubilación, única que ha sufrido modificación legal la determinación del periodo de carencia para su acceso, al haberse modificado expresamente el art. 161.1.b) LGSS. En este sentido se pronuncian tanto el Ministerio Fiscal como el INSS en sus respectivos escritos.

2.- Por lo que debe establecerse como doctrina, lo que a modo de “obiter dicta” se afirmaba, entre otras, en la citada STS/IV 25-junio-2008, y declarar que la doctrina jurisprudencial sobre los días-cuota, -- entendida en el sentido de que la cotización por las pagas extraordinarias aprovecha exclusivamente 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 --, sigue plenamente vigente para la determinación del periodo de carencia de las prestaciones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, pero ya no por lo que se refiere al cálculo del periodo de carencia necesario para la pensión de jubilación, respecto de la cual la Ley 40/2007 ha incorporado al art. 161.1.b) LGSS la misma previsión de que “a efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias” que ya había introducido la Ley 35/2002 en el número 3.d) del citado artículo respecto de la jubilación anticipada. No debiéndose, con fundamento en dicha Ley 40/2007, modificar la doctrina jurisprudencial que ha venido excluyendo el cómputo de los días-cuota a efectos del cálculo de la base regular o el porcentaje aplicable a ella por años de cotización, puesto que, como se destaca en los escritos de impugnación, las pagas extras se prorratean en los doce meses de cotización y, por tanto, ya se computan para el cálculo de la base reguladora y que, de entenderse lo contrario y adicionar los días-cuota, existiría una duplicidad en lo que a tales pagas extraordinarias afecta.”.

CUARTO.- Por todo lo expuesto, debe estimarse el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal, en su función de defensa de la legalidad, a instancia del INSS, como entidad pública que, por las competencias que tiene atribuidas, ostenta interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa, dado que, sin existir doctrina unificada en la materia litigiosa, se ha constatado la dificultad de la cuestión pudiera acceder a la unificación de doctrina según los

requisitos ordinariamente exigidos (dadas las múltiples sentencias de esta Sala invocadas por el Ministerio Fiscal en las que se no se ha entrado a conocer de la cuestión por falta del requisito o presupuesto de contradicción de sentencias); afectando la presente sentencia a la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida conforme a las pretensiones oportunamente deducidas por el Ministerio Fiscal y habiendo adherido al mismo el INSS, legitimado para impugnar la referida resolución; y siendo ésta estimatoria, se fija, además, en el fallo la doctrina jurisprudencial, sin que sea preciso su publicación en el B.O.E. por tratarse de la doctrina afirmada en la sentencia a la que se ha hecho mérito. Sin costas (art. 235.1 LRJS).

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 el MINISTERIO FISCAL, en su función de defensa de la legalidad, a instancia del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en fecha el 13 de diciembre de 2012 (rollo 2251/2012), recaída en recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia de instancia, dictada el 25 de julio de 2012, por el Juzgado de lo Social nº 3 de Granada, en autos núm. 980/2011, en proceso relativo a la determinación de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente en grado de absoluta derivada de enfermedad común, seguido a instancia de D^a MARIA DOLORES AGÜI VENEGAS contra la referida Entidad Gestora. Casamos y anulamos la sentencia de suplicación impugnada y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por la Entidad gestora y desestimamos la demanda, absolviendo al INSS de las pretensiones en su contra formuladas. Sin costas.

Fijamos en este fallo la doctrina jurisprudencial declarando que:

a) Al exclusivo objeto de obtener la carencia exigible para poder acceder a las prestaciones de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, sigue vigente la doctrina jurisprudencial sobre los denominados días-cuota por gratificaciones extraordinarias, de forma que a los mencionados efectos de cómputo carencial, el año no consta sólo de los 365 días naturales, sino de éstos y de los días-cuotas abonados por gratificaciones extraordinarias;

b) Tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, vigente desde 1-enero-2008, dicha doctrina ya no resulta aplicable en cuanto se refiere al cálculo del periodo de carencia necesario para la pensión de jubilación, al haberse incorporado al

art. 161.1.b) LGSS la previsión de que *“a efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias”*;

c) No debemos modificar, con pretendido fundamento en dicha Ley 40/2007, la doctrina jurisprudencial que ha venido excluyendo el cómputo de los días-cuota a efectos del cálculo de la base reguladora o el porcentaje aplicable a ella por años de cotización.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala 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 la Excm. Sra. Magistrada D^a María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.