

Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 28 enero 2013

[RJ2013\2853](#)



INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADA ENFERMEDAD COMÚN: los días-cuota no son computables para incrementar la base reguladora, la reforma del art. 161.1 b) de la LGSS por la Ley 40/2007 no justifica un cambio en 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. **UNIFICACIÓN DE DOCTRINA:** interposición por el Ministerio Fiscal en su función de defensa de la legalidad, a instancia del INSS.

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 814/2012

Ponente: Excm. Sra. Milagros Calvo Ibarlucea

El TS, **en Sala General**, **estima** 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, contra la Sentencia del TSJ de Andalucía, sede en Granada, de fecha 26-01-2012, que casa y anula en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes antes esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL contra la [sentencia dictada con fecha 26 de enero de 2012 \(PROV 2012, 129963\)](#), dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede Granada), en recurso de suplicación núm. 2471/2011, formulado contra la Sentencia dictada con fecha 15 de junio de 2011 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Granada, en autos núm. 564/2010, seguidos a instancia de Dª Milagrosa frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Han comparecido en concepto de recurridos el Letrado D. Andrés Trillo García, actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el Letrado D. Fernando Sena Fernández actuando en nombre y representación de Dª Milagrosa.

Es Ponente la Excm. Sra. Dª. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 15 de junio de 2011 el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Granada dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: **1º**.- Doña Milagrosa, vecina de Santa Fé

domiciliada para notificaciones en Granada C/ DIRECCION000 num NUM000 , nacida el NUM001 de 1.965 titular DNI NUM002 , esta afiliada a la Seguridad Social con el nº NUM003 , siendo su profesión habitual la de peón agrícola por cuenta ajena. **2º).**- Por resolución de la Dirección Provincial del INSS de 04-03-2010 (Expte NUM004) fue declarada la actora afecta a una incapacidad permanente total con derecho a la correspondiente pensión sobre una base reguladora de 520,66 #. Contra esta resolución se interpuso reclamación previa en 12-4-2010 y demanda, esta última de 14 de Junio de 2010, encabezando las presentes actuaciones. Obra en autos dictamen del EVI y previo IM de Síntesis. **3º).**- Padece la actora doble lesión valvular aortica con predominio de insuficiencia de probable origen congénito. Sustitución valvular aortica por prótesis mecánica Refiere marcada disnea de esfuerzo, astenia y molestias precordiales que se irradian a miembro superior izquierdo. Fatiga muscular, disnea y claudicación severa en piernas . Capacidad funcional Clase II (Informe folio 28 vta.) Debe evitar la realización de esfuerzos físicos, situaciones de estrés, ansiedad, etc. así como ambiente fríos y/o contaminados. Obesidad tipo 1, escala SEED. **4º).**- Pretende la actora que la base reguladora debe quedar fijada en 578,51 euros mensuales."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: *"ESTIMO la demanda presentada por DOÑA Milagrosa contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y, revocando la Resolución del INSS de fecha 04-03-2010 declaro que la actora se encuentra afecta de una situación de Incapacidad Permanente Absoluta para toda profesión un oficio derivada de e. común con derecho al percibo de una pensión mensual vitalicia del 100% de su base reguladora fijada en 578,51 #/mes, condenando al Organismo demandado a estar y pasar por tal declaración así como al abono de la pensión acordada con pago a los atrasos, incrementos y mejoras que correspondan."*

SEGUNDO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede Granada), la cual dictó [sentencia en fecha 26 de enero de 2012 \(PROV 2012, 129963\)](#) , en la que consta el siguiente fallo: *"Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Cuatro de los de Granada en fecha Quince de Junio de dos mil once ., en Autos seguidos a instancia de Milagrosa en reclamación sobre SEGURIDAD SOCIAL contra INSS., debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida."*

TERCERO

Por el Ministerio Fiscal se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina el 19 de abril de 2012, fundamentando la infracción cometida por la sentencia recurrida, al amparo del Art. 224 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(RCL 2011, 1845\)](#) se interpone un único motivo por el cauce del apartado e) del Art. 207 de la misma Ley al haber infringido la sentencia los Arts. 140.1 y 161.1 b) de la [Ley General de la Seguridad Social \(RCL 1994, 1825\)](#) y numerosa jurisprudencia de la Sala IV iniciada en la sentencia de 10 de Junio de 1974 , aplicada en las de [3 de Marzo de 1992 \(RJ 1992, 1806\)](#) y 24 de Enero de 1995 , y reiterada en las de [20 de Junio de 2002 \(RJ 2002, 9897\)](#) , 25 de Junio de 2008 , 27 de octubre de 2009 , [15 de Febrero de 2010 \(RJ 2010, 2846\)](#) y [18 de Enero de 2011 \(RJ 2011, 544\)](#) .

CUARTO

Por providencia de esta Sala de fecha 11 de junio de 2012 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a las representaciones de las partes recurridas para que formalizasen su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado la Letrada de la Administración de la Seguridad social, actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el Letrado D. Fernando Sena Fernández, en nombre y representación de D^a Milagrosa , mediante escritos presentados ante el Registro General de este Tribunal en fechas 5 de julio de 2012 y 12 de julio de 2012 respectivamente.

QUINTO

Evacuado el traslado de impugnación, e instruida la Excma. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de noviembre de 2012 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate en Sala General, de acuerdo con lo dispuesto en el [art. 197](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) . A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el día 20 de noviembre, trasladando el mismo para el día 23 de enero de 2.013, para cuya fecha se convocará a todos los Magistrados de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se interpone por el Ministerio Fiscal recurso de casación para la unificación de doctrina al amparo del artículo 219- 3º de la [Ley de Régimen de la Jurisdicción Social \(RCL 2011, 1845\)](#) frente a la sentencia que confirmó la dictada por el Juzgado de lo Social, incrementando el importe de la base reguladora de una prestación de incapacidad permanente atendiendo a los días-cuota acreditados.

El recurso se formula a instancia del Instituto Nacional de la Seguridad Social que ha hecho uso de la facultad de solicitar que para el caso de estimación se afecte la situación particular del recurrido.

SEGUNDO

El demandante obtuvo el reconocimiento de prestación de incapacidad permanente total con cargo al Régimen Especial Agrario por cuenta ajena en virtud de resolución administrativa que impugnó en vía judicial a fin de obtener un grado superior de invalidez así como incrementar el importe de la base reguladora, viendo estimada su pretensión en la sentencia del Juzgado de lo Social que resultó confirmada en suplicación. La sentencia recurrida acoge la tesis favorable a la inclusión en el cálculo de la base reguladora de los denominados días-cuota cuando de la invalidez permanente se trata, siendo de aplicación el artículo 140-1º-b) de la [LGSS \(RCL 1994, 1825 \)](#) en la redacción dada por la [Ley 40/2007 \(RCL 2007, 2208 \)](#) , por entender que, si se cotiza por la totalidad de las percepciones, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias y no existe exclusión expresa, como la hay para la jubilación, en cuanto a dichas pagas, deberán estar comprendidas en el cálculo de la base.

TERCERO

El Ministerio Fiscal formaliza su recurso amparando la legitimación del mismo en que el INSS ha solicitado la interposición con base en que no existen otras resoluciones que puedan entrar en contradicción con la recurrida, ni haber resuelto sobre el particular la Sala IV del Tribunal Supremo, añadiendo que hasta la fecha y desde el 26 de mayo de 2011 la Sala Cuarta ha dictado once sentencias desestimatorias sobre debate idéntico al actual, sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto al apreciar falta de contradicción.

La posición procesal del Ministerio Fiscal en el presente procedimiento se sostiene sobre la base de las exigencias que al respecto impone el artículo 219-3 de la [Ley de la Jurisdicción Social \(RCL 2011, 1845\)](#) . Actúa a instancia de una entidad pública que por la competencia que le viene atribuida ostenta interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa, no existe doctrina unificada en la materia, se ha dictado pronunciamientos distintos por los Tribunales Superiores de Justicia, como lo prueba los diferentes recursos inadmitidos por la Sala Cuarta por falta de contradicción y si bien no es una cuestión necesariamente derivada de la aplicación de una nueva norma, es lo cierto que la razón esgrimida para estimar la pretensión se pretende conectar a la reforma operada en el artículo 140-1 de la [L.G.S.S \(RCL 1994, 1825\)](#) . en virtud de la [Ley 40/2007 de 4 de diciembre \(RCL 2007, 2208\)](#) , habiéndose interpuesto la demanda el 14 de junio de 2010 y por lo tanto habiendo transcurrido menos de cinco años desde la entrada en vigor de la nueva redacción a la que intenta anudar la pretensión, no existiendo resoluciones suficientes e idóneas sobre la cuestión debatida que cumplan los requisitos del apartado 1 del artículo 219 citado.

CUARTO

El recurso del Ministerio Fiscal se interpone, al amparo del artículo 224 de la [Ley de la Jurisdicción](#)

[Social \(RCL 2011, 1845\)](#) , a través de un único motivo, por el cauce del apartado e) del artículo 207 de la misma Ley, por considerar infringidos los Artículos 14º.1 y 161.1. b) de la [LGSS \(RCL 1994, 1825 \)](#) y numerosa jurisprudencia de la Sala IV iniciada en la sentencia de 10 de junio de 1974 , aplicada en las de [3 de marzo de 1992 \(RJ 1992, 1806\)](#) y [24 de enero de 1995 \(RJ 1995, 405\)](#) , y reiterada en las de 20 de junio de 2002 , [25 de junio de 2008 \(RJ 2008, 4556\)](#) , [27 de octubre de 2009 \(RJ 2009, 7723\)](#) , 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 atendiendo a la equiparación de días de cotización a días de trabajo cotizado. Incluso el limitado efecto admitido por la jurisprudencia ha resultado afectado por la actual regulación legal pues el artículo 161.1.b) ya citado dispone que las pagas extraordinarias ya no se tendrán en cuenta ni siquiera "a efectos de cómputo de años cotizados" respecto a la pensión de jubilación. El precepto guarda silencio sobre la prestación de incapacidad permanente como lo hacía antes de la modificación, pero, ello no obsta, a que mantenga su virtualidad la doctrina unificada, construyendo el cómputo de los días cuota, exclusivamente a los fines de completar el periodo de carencia, pero no para mejorar la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente.

Prosigue el recurso señalando como el punto de partida para determinar la naturaleza de los días cuota ha de ser la doctrina de la sentencia de 10 de junio de 1974 consistente en que al no imponer los textos legales una distinción entre los efectos que produce la cotización por pagas extraordinarias, en cuanto al cómputo del periodo de carencia, debe prevalecer el concepto de "día-cuota" sobre el de "día de trabajo cotizado", de modo que la cotización por las pagas extraordinarias aprovecha para el periodo necesario para la concesión del derecho a prestaciones, a cuyos efectos el año no consta solo de 365 días naturales , sino de estos y de los días-cuota abonados por pagas extraordinarias.

QUINTO

Los antecedentes doctrinales de la cuestión que se plantea, posibilidad de incluir en el cálculo de la base reguladora, para este caso, en las prestaciones por incapacidad de los denominados días-cuota, se sitúan en la sentencia recaída el 10 de junio de 1974 en Interés de Ley y a propósito de una prestación de jubilación. La sentencia citada resuelve incluir dichos días, razonando *que: "porque como ya se ha declarado por esta Sala en Sentencia de 12 de marzo de 1973 , debe primar el sentido de <<día de cotización>> y no el de día de trabajo o natural conforme al concepto clásico del art. 7º del Código Civil (LEG 1889, 27) , y que cuando se exige determinado número de éstos, deben contabilizarse <<cotizaciones>>, pues como acertadamente expresa el Ministerio recurrente, los textos legales no imponen, si (sic) ..de sus términos puede deducirse, una distinción entre los efectos que produce la cotización por las pagas ordinarias y por las extraordinarias, siendo obvio que la cotización por las gratificaciones reglamentarias de 18 de Julio y Navidad aprovecha para los dos efectos (conceder el derecho a la prestación y calcular la cuantía de las bases tarifadas)."*

Cuando la incidencia de los días cuota se plantea a propósito nuevamente de una pensión de jubilación pero esta vez para obtener, a través de la aplicación del artículo 155 de la [Ley General de la Seguridad Social \(RCL 1994, 1825\)](#) un aumento del porcentaje que lógicamente incidiría en la base reguladora, la respuesta de la [Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1995 \(R.C.U.D. núm. 735/1994 \(RJ 1995, 405\)](#)) es la siguiente: *"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 [Ley General de la Seguridad Social \(RCL 1994, 1825\)](#) , son claramente diferentes de*

aquéllos que son propios del período de carencia y del importe de la base reguladora.

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.

Por consiguiente, es forzoso concluir que a los efectos de determinar los años de cotización, a que se refieren el art. 155 de la Ley General de la Seguridad Social , el art. 27 del [Reglamento General de Prestaciones \(RCL 1966, 2394\)](#) y los arts. 7 y 8 de la [Orden Ministerial de 18 de Enero de 1967 \(RCL 1967, 133\)](#) , no se pueden tener en cuenta los "días-cuota" o días cotizados en razón de las pagas o gratificaciones extraordinarias."

Y sucesivamente también se produjo el posicionamiento de esta Sala cuando la pretensión de cómputo de los días cuota, a efectos de la determinación de la carencia se trasladó al ámbito de la Incapacidad Permanente. Así sucedió en la [Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 2008 \(R.C.U.D. núm. 2502/2007 \(RJ 2008, 4556\)\)](#) , cuya fecha aparece erróneamente citada en la de [27 de octubre de 200 \(RJ 2009, 7723\)](#) (R.C.U. D. núm. 311/2009) , (al reflejar la fecha de votación) y en esta última. La sentencia datada el 25 de junio de 2008 aborda la cuestión unida a la problemática del cómputo de cotizaciones cuando el trabajador lo es a tiempo parcial y resuelve en favor de la aplicación de los días-cuota para obtener la carencia mínima. *"Además, su previsión de que a tal efecto "se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas " nada añade a la regla general que para el computo de las cotizaciones establece el art.124.2 [LGSS \(RCL 1994, 1825 \)](#) : "En las prestaciones cuya concesión o cuantía esté subordinada, además, al cumplimiento de determinados períodos de cotización, solamente serán computables las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas en esta ley o en sus disposiciones reglamentarias". Y esta regla general no ha sido obstáculo para la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre los días-cuota, ni puede serlo en este caso, puesto que lo cotizado por pagas extraordinarias, cuyo importe percibe el trabajador a tiempo parcial en la cuantía proporcional al tiempo trabajado y se integra en su base de cotización, es también "cotización efectivamente realizada" y lo es además, "en función de las horas trabajadas" ya que con cada hora trabajada, el trabajador adquiere el derecho a devengar la parte proporcional de dichas pagas. Por si alguna duda hubiera de que la previsión de la D.A. no es excluyente de los días-cuota, basta recordar que el sistema que establece la norma tiene por finalidad "facilitar el acceso a las prestaciones" a los trabajadores a tiempo parcial, como advertía la exposición de motivos del [RD 144/1999 \(RCL 1999, 440 \)](#) , y que la exclusión de los días-cuota no favorecería, sino que obstaculizaría el acceso a las prestaciones.*

2. Otro tanto cabe afirmar de la regla del apartado b) de la D.A. y la idéntica del RD, destinada a las pensiones de **jubilación** e incapacidad permanente, como es el caso, y que ordena aplicar al número de **días** teóricos de cotización obtenidos conforme a la regla anterior "el coeficiente multiplicador de 1,5 resultando de ello el número de **días** que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización". Esta regla, según explica el Real Decreto 144/1999 , tiene la misma finalidad de "facilitar el acceso a las prestaciones " y se justifica porque es necesario "atenuar" la aplicación de la regla del apartado a), respecto de las pensiones que exigen una carencia muy amplia, dado que su estricta aplicación arrojaría, en la mayoría de las ocasiones, un número de **días** teóricos de cotización insuficiente para poder acceder a ellas, "con clara lesión del principio de igualdad en la Ley ([art. 14 CE \(RCL 1978, 2836 \)](#)) desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad" ([STC 253/2004 de 22 de Diciembre \(RTC 2004, 253 \)](#)). Pero dicha regla no excluye el cómputo de los **días - cuota** , ni su exclusión puede considerarse implícita en ella, dados los principios, antes aludidos, que ordenan la regulación social del trabajo a tiempo **parcial**."

SEXTO

La modificación normativa experimentada ha consistido en que mientras la redacción del artículo 161.1.b) anterior a la [Ley 40/2007 \(RCL 2007, 2208 \)](#) al establecer el periodo mínimo de cotización para la pensión de jubilación ninguna mención hacía de los días cuota, la reforma operada en virtud

de dicha Ley, incorpora al precepto de mérito que, "a efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias", mención asimismo aplicable a los regímenes Especiales con arreglo a la [Disposición Adicional 8](#) de la Ley 40/2007 . Antes de la modificación a la que nos estamos refiriendo, la Jurisprudencia había desarrollado una doctrina, inclusive previa a la de unificación, en los términos a los que se refiere el Ministerio Fiscal con cita de la sentencia del 10 de junio de 1974 . Se trató en definitiva de crear un posibilidad de incremento en el número de cotizaciones, que de modo expreso no se contemplaba en la previsión legal, pero que nunca se extendió al cálculo de la base reguladora. La reforma operada en el artículo 161.1º.b) en virtud de la Ley 40/2007 tan solo ha venido a cerrar el camino abierto por la anterior Jurisprudencia , eliminando en términos contundentes la vía de aumento del número de cotizaciones computables inaugurada a través de la doctrina a la que desautoriza y que, hemos de insistir, tan solo se extendía a la determinación de la carencia mínima necesaria. Pretender, como lo hace la sentencia recurrida abrir un nuevo cauce imaginario cuando éste ni siquiera había sido defendido por la doctrina anterior, sugiere una maniobra compensatoria de la reforma operada por la norma, llevando a la base reguladora lo que ya no se puede aplicar como mejora sobre la legalidad en orden a la carencia. Ha bastado que el artículo 161.1º.b) haya salido al paso de la práctica jurisprudencial, para inaugurar un argumento exactamente a la medida de lo contrario de lo buscado por el legislador, es decir, porque no se querido dejar lugar a dudas acerca de la prohibición del cómputo de días cuotas para la carencia, que se venía realizando en la pensión de jubilación, tal mención expresa es utilizada para justificar que como no se ha hecho lo mismo con el importe a los efectos de la base reguladora en la incapacidad permanente, ello debe bastar para crear una nueva razón de cómputo de la misma, que sirva para su incremento, cuando lo cierto es que ni siquiera para la pensión de jubilación, primera beneficiaria de la trayectoria jurisprudencial iniciada en la sentencia de 10 de junio de 1974 , se amplió por la jurisprudencia el cómputo a favor de la base reguladora.

La tesis de la sentencia recurrida es contraria a la interpretación jurisprudencial en tomo a la figura de los días-cuota, insistimos, única fuente expresa hasta la fecha y carente de base alguna explícita en la norma aplicable, pues como la propia sentencia argumenta es en el silencio, que no en la laguna, en donde la sentencia considera que radica la base para incorporar una nueva figura. Atribuir la condición de laguna a la falta de voluntad en el legislador de conceder un determinado beneficio, va mas lejos de lo que el significado sistemático de una construcción legal permite. Al reformar el artículo 161.1.b) de la [LGSS \(RCL 1994, 1825 \)](#) , el legislador no ha colmado una laguna sino que ha combatido una línea jurisprudencial existente y no necesitaba afectar con una reforma el régimen de la incapacidad permanente en cuanto a la base reguladora y en el sentido que se postula porque en ese ámbito no había ninguna jurisprudencia que combatir y es cosa diferente que no lo haya hecho en cuanto a la carencia, bien por razones de descordinación bien por razones presupuestarias.

Por lo expuesto, y de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso por el mismo formulado, casar y anular la sentencia y resolviendo el debate de suplicación estimar el recurso de igual naturaleza interpuesto por el I.N.S.S., revocar la sentencia dictada por el Juzgado de los Social y desestimar la demanda, sin que haya lugar a pronunciamiento sobre las costas.

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 Granada), en recurso de suplicación núm. 2471/2012 , formulado contra la Sentencia dictada con fecha 15 de junio de 2011 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Granada , en autos núm. 564/2010, en proceso relativo a la determinación de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente en grado de Absoluta derivada de enfermedad común seguidos a instancia de D^a Milagrosa contra la referida Entidad Gestora. Casamos y anulamos la sentencia de suplicación impugnada y, resolviendo el debate de suplicación estimamos el recurso de

igual clase interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y desestimamos la demanda, absolviendo al INSS sin que haya lugar a la imposición de las 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 \(RCL 2007, 2208 \)](#), de medidas 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 el art. 161.1.b) [L.G.S.S \(RCL 1994, 1825\)](#) . 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.

Publíquese el presente fallo en el BOE y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes del Tribunal Supremo.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social 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. D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D. Jordi Agusti Julia D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a. Rosa Maria Viroles Piñol D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel D. Antonio Martin Valverde D. Jesus Souto Prieto

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.