

Roj: STS 4253/2011  
Id Cendoj: 28079140012011100405  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1747/2010  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: JORDI AGUSTI JULIA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

Cómputo de días cuota derivados de pagas extraordinarias para el cálculo de la base reguladora de una prestación de incapacidad permanente. Falta de contradicción.

**SENTENCIA**

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, dictada en el recurso de suplicación nº 125/2010 interpuesto por dicho Instituto contra la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2009 del Juzgado de lo Social número 7 de los de Granada, en el procedimiento número 377/2009 seguido por Don Porfirio contra el **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, sobre Incapacidad Permanente.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido D. Porfirio, representado por el Letrado Sr. Sena Fernández.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de noviembre de 2009, el Juzgado de lo Social número 7 de Granada, dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: " **1º.-** El demandante D. Porfirio nacido el 1-05-1958, con DNI NUM000, afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, donde mayor número de cotizaciones concurren, con el nº de Seguridad Social NUM001, siendo su profesión la de conductor de maquinaria pesada y camiones, a su instancia, con fecha 18 de septiembre de 2008, se inicio expediente de incapacidad permanente, siendo declarado afecto de una incapacidad permanente total, por enfermedad común, en el RETA, por Resolución del INSS, de fecha 3-12-2008, con derecho al percibo de una prestación del 55% de su base reguladora, ascendente a 455'86# (folios 36 y 38; 74% de la Base teórica 616'03# por 23 años cotizados s/ arto 163.1 LGSS), habiendo precedido Informe medico de Síntesis de fecha 7-10-08 (folio 52 a 61, incluyendo fotografías), y cuyas conclusiones fueron recogidas en el dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de fecha 9-10-08 (folio 62). Discrepando el demandante, tras serie notificada la indicada Resolución, formulo Reclamación Previa, con fecha registro 12-01-2009 (folio 63), que fue desestimada por acuerdo de la Entidad Gestora, de fecha 17-02-2009 (folio 67), formulando demanda, con fecha registro del Juzgado Decano, de 26-03-2009.- **2º.-** El demandante, por escrito de fecha registro 26-01-2009, formulo ampliación de la Reclamación Previa, antes mencionada, aduciendo (folio 69): "El expediente de referencia se encuentra pendiente de resolver la reclamación previa interpuesta el pasado 12 de enero.- Habiéndose me facilitado copia de la documentación del expediente administrativo compruebo en el mismo que según la vida laboral constan como cotizaciones a la fecha del hecho causante 20 años, 9 meses y 14 días.- Adicionando los que me restan para cumplir 65, que son algo más de 14, alcanzo y rebaso los 35 necesarios como para que la base reguladora no tenga que ser

reducida por falta de cotización.- Por consiguiente, el que por la Entidad la base reguladora se haya reducido al 74 % de la teórica (455,86 en lugar de 616,03) deberá ser rectificado, y abonarse las diferencias económicas causadas desde el 9 de octubre."- **3º.**- El cuadro clínico del demandante, es (folios 52 a 62 y 82):- . Diabetes Mellitas tipo 2 en tratamiento con ADO y mal control metabólico, que cursa con pie diabético complicado, que ha precisado amputación de los Cinco dedos del pie derecho, a nivel metatarsiano.- Con fecha 23-04-2009, amputación atípica del Pie abierta del miembro inferior derecho.- Al persistir la afectación ósea hasta el tarso, con fecha 6-07-2009, se procedió a la amputación infracondílea cerrada del Miembro Inferior Derecho (amputación por debajo de rodilla).- Y como limitaciones orgánicas y/o funcionales, presenta (folio 47, y 84):- . HB A1C: 7'4 % (normal 3-6%).- . Mal control metabólico de su diabetes.- . Amputación de los 5 dedos del pie derecho, a nivel metatarsiano con zonas de hiperqueratosis en talón y de afectación dérmica con alteraciones tróficas y cromáticas en zona de amputación.- . No le han podido colocar aún prótesis en zapato, la marcha es inestable y claudicante.- . Con motivo de pie diabético séptico, con fecha 6-07-2009, Amputación de la Pierna Derecha, a nivel inferior de la rodilla.- Prescripción de silla plegable de ruedas.- **4º.**- El demandante, D. Porfirio , fue alta en el Régimen General, prestando sus servicios por cuenta ajena, para las siguientes empresas, en lo que resulta de interés, en los periodos que a continuación se indica (folio 34):- **EMPRESA PERIODO.**- Andaluza de materiales SL 3-04-06 a 13-07-07.- Hormigones Los Infantes 17-07-06 a 01-12-06.- Contenedores Alambra SL 05-03-07 a 14-03-07.- Excavaciones Megias e Hijos SL 19-04-07 a 28-06-07.- Asfaltos Carrosan SL 11-07-07 a 10-08-07.- **5º.**- El indicado demandante Sr. Porfirio , curso proceso de incapacidad temporal, por enfermedad común, con fecha de baja del 26 de octubre del 2006, y fecha de alta, por mejoría, del 19 de febrero del 2007 (doct. nO 1 ramo trabajador).- **6º.**- El demandante, Sr. D. Porfirio , fue alta en el RETA, en los siguientes periodos (folio 34: informe de vida laboral): .- RETA PERIODO.- Autónomo 01-01-1988 a 31-07-2000.- Autónomo 01-02-2004 a 30-04-2004.- **7º.**- El demandante Sr. Porfirio , acredita como cotizados: - Días efectivamente cotizados: 2.861 (excluidos no cotizados y prescritos).- - Días que restan, entre fecha hecho causante y cumplir la edad 65 años: 5.317 Total 8.178 días (22,4 años, al alza 23 años).- **8º.**- Computando como cotizados, los días asimilados por pagas extras, también denominados días cuotas, a razón de 60 por año, o bien 0'5 por mes, o bien 0'17 días por cada cotizado, resultan otros 1.390 días (8.178 x 0'17 = 1.390), totalizando 9.568 días cotizados (8.178 + 1.390), lo que representa 26'21 años, que por redondeo al alza, asciende a 27 años, con un correspondiente porcentaje sobre la base reguladora teórica, del 84%. **9º.**- Integrando la base reguladora teórica, indicada en el hecho probado primero, por cuantía de 616'03#, con las bases mínimas, en los meses de diciembre 2006, enero 2007 y febrero 2007, la base reguladora teórica ascendería a 634'27# (folios 71 a 76), cuyo 84% de porcentaje, determina una base reguladora de 532'78# al mes.- **10º.**- De no estimarse los días asimilados por pagas extraordinarias, totalizaría 23 años entre cotizados y restantes hasta la edad de 65 años, a la fecha del dictamen del EVI, lo que representa un 74% de la Base teórica 616'03#.- **11º.**- De ser estimada la pretensión del demandante, la base reguladora ascendería, a 532'78# al mes.- **12º.**- Por el INSS, con fecha registro 27-08-2008, se formulo demanda contra el Sr. Porfirio , suplicando que se dictase sentencia, por la que se fijara como base reguladora la cuantía de 309,17 # mensuales (folios 1 a 3). Acompañándose consulta de base reguladora, con dicho cálculo, que por obrar a los folios 9 a 13, se da por reproducida.- **13º.**- Por escrito de fecha registro 25-09-2009, por el INSS, se intereso que los autos nº 888/2009, cuyo demandante era el INSS, y demandado el Sr. Porfirio , fuesen acumulados a los seguidos ante este Juzgado bajo el número 377/2009. Lo que así se acordó por Auto de fecha 15-09-2009".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra D. Porfirio , al que absuelvo de las pretensiones formuladas en su contra.- Que desestimando la excepción de modificación sustancial de la demanda, y estimando la demanda formulada por D. Porfirio , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaro a la indicada parte demandante, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, como afecto de una Incapacidad permanente ABSOLUTA derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión mensual equivalente al 100% de su base reguladora de 532,78# al mes, con los incrementos, actualizaciones y revalorizaciones que fueran oportunas y desde la fecha reglamentaria establecida, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, a estar y pasar por dicha declaración, con revocación de las resoluciones administrativas impugnadas".

**SEGUNDO.**- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictó sentencia de fecha 17 de marzo de 2010 , en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por **EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. SIETE DE LOS DE GRANADA en fecha 6 de Noviembre de 2009 , en Autos seguidos a instancia de DON Porfirio en reclamación sobre **SEGURIDAD SOCIAL** contra EL INSS, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida".

**TERCERO** .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 11 de mayo de 2010, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de octubre de 2009 (Rec. nº 311/2009 ).

**CUARTO**.- Por providencia de esta Sala de 27 de septiembre de 2010, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

**QUINTO**.- Evacuado el trámite de impugnación por la representación de D. Porfirio , se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo en primer lugar para el 23 de enero de 2011 y previa suspensión de dicho señalamiento y traslado sobre posible falta de competencia por razón de la cuantía, se acordó señalar nuevamente para el 27 de mayo de 2011, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- 1. La cuestión controvertida en el presente caso se centra en determinar si los días cuota correspondientes a las pagas extraordinarias pueden ser tomadas en consideración para fijar la cuantía de la base reguladora de una prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

2. La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en fecha 17 de marzo de 2010 (recurso 125/2010 ), desestimó el recurso de suplicación que el INSS había interpuesto contra la sentencia de instancia, estimatoria de la demanda. Consta en la resolución recurrida, que el demandante, de profesión conductor de maquinaria pesada y camiones, fue declarado en situación de incapacidad permanente total por enfermedad común en el RETA, por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 3 de diciembre de 2008, con derecho al percibo de una prestación del 55% de la base reguladora de 455,86 euros(74% de la base teórica de 616,03 euros por 23 años cotizados). El trabajador fue alta en el Régimen General de la Seguridad Social y en el RETA en distintos períodos, y estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 26 de octubre de 2006 al 19 de febrero de 2007.

En el recurso de suplicación interpuesto, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, además de impugnar la declaración de Incapacidad permanente absoluta -reconocida al demandante- y la base reguladora en cuanto se habían integrado con bases mínimas períodos en los cuales no existía la obligación de cotizar, cuando, además el régimen que le reconocía la prestación era el RETA, puntos estos dos que aquí no son objeto de controversia, la Entidad Gestora impugnó, asimismo, que se tuviera en cuenta el cómputo de los días cuota por pagas extraordinarias para el cálculo de la base reguladora de la pensión por incapacidad permanente. La Sala de suplicación desestima íntegramente el recurso interpuesto, confirmando la sentencia de instancia que había declarado al trabajador demandante en situación de incapacidad permanente absoluta, con derecho a una pensión del 100% de la base reguladora de 532,78 euros mensuales, tras establecer como base reguladora teórica la de 632,27 euros mensuales y aplicar a la misma el porcentaje del 84%.

Con respecto al último punto, único -como ya se ha dicho- aquí objeto de controversia, la sentencia parte de que el trabajador acredita 2861 días efectivamente cotizados, y que le faltan 5317 días hasta los 65 años, lo que totaliza 8178 días; estos días los multiplica por 0,17 días por cada día cotizado por pagas extraordinarias ( $8178 \times 0,17 = 1390$ ), totalizando 9.568 días cotizados, lo que representa 26,21 años que, por redondeo al alza, asciende a 27 años a lo que corresponde un porcentaje sobre la reguladora teórica ya señalado 84%. Razona en síntesis la Sala, que la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias sólo se excluye para la pensión de jubilación, pero que dicha exclusión no se efectúa de manera expresa en el *artículo 140.1 b) de la Ley General de la Seguridad Social* , que establece cual ha de ser la base reguladora de la incapacidad permanente, citando también apoyo de esta tesis, los *artículos 163.1 y 161 de la misma Ley* y el *artículo 23 del 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.

3. El INSS ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando, como sentencia de contraste la dictada por esta Sala del Tribunal Supremo en fecha 27 de octubre de 2009 (rcud. 311/2009 ).

4. En esta sentencia se resuelve el recurso sobre un supuesto en el que la demandante había sido declarada en situación de incapacidad permanente total para su profesión de limpiadora. Para calcular el importe de la prestación hubieron de tomarse en consideración las cotizaciones hechas en Suiza y en España y se pretendía que para la determinación de las cuotas a asumir, por aplicación del principio prorata temporis, debían tomarse en consideración los días cuota por pagas extraordinarias. La Sala, tras examinar los *art. 45, 46 y 1.r) del Reglamento 1408/71 de la Comunidad Europea*, preceptos cuya violación había denunciado el recurrente, afirma que, en nuestro Derecho, los días cuota derivadas de las pagas extraordinarias -a partir de la *Ley 40/2007* - no se toman en consideración a los efectos de tener en cuenta el computo de los años cotizados.

**SEGUNDO** .- 1.- Un examen comparativo entre la sentencia recurrida y la invocada para la confrontación doctrinal, permite concluir, como aduce el demandante, en su escrito de impugnación al recurso e igualmente informa el Ministerio Fiscal, que en el caso presente no concurre el presupuesto de contradicción, si tenemos en cuenta que :

A) El *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales ( Sentencias de 27 y 28 de enero de 1992 ( R. 824/1991 y 1053/1991 ), 18 de julio , 14 de octubre , y 17 de diciembre de 1997 ( R. 4035/4996 , 94/1997 , y 4203/1996 ), 23 de septiembre de 1998 (R. 4478/1997 ), 7 de abril de 2005 (R. 430/2004 ), 25 de abril de 2005 (R. 3132/2004 ) y 4 de mayo de 2005 (R. 2082/2004 ); y,

B) Aplicando la doctrina expuesta, no concurre la contradicción que exige el citado *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* y la jurisprudencia reseñada, pues aún existiendo cierta similitud en los supuestos litigiosos resueltos por las sentencias que se comparan, la identidad de hechos se limita a que, en ambos casos se pretenden extraer consecuencias jurídicas de la cotización por las pagas extraordinarias. Pero, mientras que en la recurrida tal pretensión trata de incrementar el importe de la base reguladora de la prestación, en la sentencia invocada de contraste se pretende modificar el reparto de la prestación en virtud del principio prorata temporis. De esa diversidad de hechos y pretensiones deriva el que las normas jurídicas de aplicación sean distintas, pues en el caso de la recurrida se trata del *artículo 140,1 ,b)*, en relación con los *artículos 163.1 y 138.2 de la Ley General de la Seguridad Social*, cuya infracción denunciaba la recurrente, en tanto que la sentencia de contraste -sin analizar esos *preceptos-basa su pronunciamiento en los términos del Reglamento de la Comunidad Europea 1408/71* .

**TERCERO.-** 1.- Los razonamientos precedentes conllevan la desestimación del recurso por falta del presupuesto procesal de contradicción, sin que proceda efectuar pronunciamiento sobre costas.

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

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en la representación que ostenta del **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, por la que se resuelve, desestimándolo íntegramente, el recurso de suplicación nº 125/2010 interpuesto por dicho Instituto contra la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de los de Granada, en el procedimiento número 377/2009 seguido por Don Porfirio contra el **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, sobre Incapacidad Permanente. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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