

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia de 25 septiembre 2008

SEGURIDAD SOCIAL: imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones: pensión de jubilación: responsabilidad del empresario proporcional al período en descubierto.

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2914/2007

Ponente: Excmo Sr. Víctor Fuentes López

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 2914/2007) interpuesto por el Ayuntamiento de Caldes d'Estrach contra la Sentencia de fecha 30-05-2007, del TSJ de Cataluña, dictada en autos promovidos por doña P. contra el recurrente y otros, sobre pensión de jubilación, que casa y anula en base a lo reseñado en la fundamentación jurídica.

En la Villa de Madrid, a veinticinco de septiembre de dos mil ocho.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada Sra. AF. en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE CALDES D'ESTRACH contra la sentencia dictada el 30 de mayo de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 1167/06, interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de julio de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 13 de Barcelona, en autos núm. 882/04, seguidos a instancias de Dña. P. contra el INSS, AYUNTAMIENTO DE CALDES D'ESTRACH, COLEGIO PÚBLICO SAGRADA FAMILIA y la TGSS, sobre prestación de jubilación.

Ha comparecido en concepto de recurrido el INSS. representado por el letrado Sr. TG.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. VÍCTOR FUENTES LÓPEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 30-07-05 el Juzgado de lo Social núm. 13 de Barcelona dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- Que Dña. P., con DNI núm. NUM000, nacida el 19-03-37 y con núm. de S.S. NUM001, solicito el 31-08-2004 pensión de Jubilación a la edad de 70 años; por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 03-09-2004, le fue denegada la prestación por no reunir el requisito de tener cubierto un período mínimo de cotización de 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho; le reconocen que acredita 4096 días cotizados, más 492 días en concepto de parte proporcional de pagas extras, en total acredita 4588 días cotizados con pagas extras hasta la fecha del hecho causante y necesita cotizaciones 5475 días cotizados. 2º.- Que presentado escrito de RECLAMACIÓN PREVIA en fecha 18-10-04 en reclamación de reconocimiento de la prestación, que fue desestimada expresamente por Resolución de fecha 09-11-04, confirmando la anterior, en base a tener cotizados solo 4588 días y necesitar 5475 días. Dicha resolución del INSS. reconoce como cotizados al Régimen General los siguientes períodos y días: 13-06-1990 a 28-11- 1998 a Tiempo Parcial 50% un total de 2319 días (indican que el 50% el número de días es el resultado de multiplicar los días reales por el

porcentaje señalado y por el coeficiente 1,5), 29-11-1998 a 19-06-2002 a tiempo parcial 50% un total de 975 días, 21-06-2002 a 31-08-2004 un total de 803 días y días asimilados pagas extras 491 días. 4º.- (sic). Que la actora solicita en demanda se acuerde reconocer su derecho a la prestación. 5º.- Se acredita que la actora trabajo por cuenta y orden del AYUNTAMIENTO DE CALDES D'ESTRACH desde 31-10-1975 en que se abrió el Colegio Público Sagrada Familia, centro de trabajo de la actora, conforme a la testifical y los libros de caja de limpieza del colegio desde el 31-10-1975, aún cuando no aparece en ellos el nombre de la actora hasta febrero de 1978, conforme a los folios 27 a 34. 6º.- Lo que computando todos los períodos con obligación de cotizar por la contingencia de jubilación, se acredita que no han sido ingresadas las cotizaciones del período de 31-10-1975 a 12-06-1990, entendiéndose que así mismo dicho período lo sería a tiempo parcial (al folio 18 contrato de marzo de 1990) 20 horas semanales, 50 %, debe computarse un total de 4534 días más con el mismo cálculo que el período posterior, período en que se acredita que presto servicios la actora con cargo al AYUNTAMIENTO DE CALDES D'ESTRACH sin Alta y sin ingreso de cotizaciones; de haber cotizado la empresa por el período total trabajado la actora habría cotizado la cantidad de 9122 días, es decir, 24 años y 362 días, a los que sumados los días asimilados 544 por ese período daría un total de 9666 días, es decir, 26 años y 176 días. 7º.- Que la Base Reguladora de dicha prestación sería de 449,60 euros mensuales, conforme al cálculo que consta al expediente administrativo que no ha sido desvirtuado por la actora, el porcentaje del 82 % y con efectos del 01-09-04".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por Dña. P. contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, AYUNTAMIENTO DE CALDES D'ESTRACH, COLEGIO PÚBLICO SAGRADA FAMILIA Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre PRESTACIÓN DE JUBILACIÓN, debiendo declarar y declarando el derecho de la actora a que le sean computado a efectos de cotizaciones el período trabajado del 31-10-1975 al 12-06-1990 y por ello reconocerle como cotizados días, debiendo por ello condenar y condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y al AYUNTAMIENTO DE CALDES D'ESTRACH a abonar a la actora PENSIÓN DE JUBILACIÓN consistente en el 82 % de la Base Reguladora 449,60 euros Mes con efectos del 01-09-2004; sin perjuicio del anticipo de la prestación por el INSS. en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones".

SEGUNDO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Ayuntamiento de Caldes D'Estrach ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 30-05-2007, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de AYUNTAMIENTO DE CALDES D'ESTRACH, en proceso seguido a instancia de Dña. P. frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, COLEGIO PÚBLICO SAGRADA FAMILIA, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el recurrente, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 13 de los de Barcelona, en autos núm. 882/2004, la que confirmamos en su integridad".

TERCERO

Por la representación del Ayuntamiento de Caldes D'Estrach se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 1-08-2007, en el que se alega infracción de los artículos 94 y 95 del Decreto 907/66 de 21 de abril que aprueba el texto articulado de la Ley 193/1963 de 28 de diciembre de Bases de la Seguridad Social. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la

dictada por la Sala de lo Social del TSJ. de Cataluña de 14 de julio de 2006 recurso 3385/05 .

CUARTO

Por providencia de esta Sala de fecha 30-01-2008 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO

Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18-09-2008, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de Cataluña el 30-05-2007, por el Ayuntamiento de Caldes D'Estrach, se preparó y formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina; lo que se debate en el recurso es el alcance de la responsabilidad empresarial por falta de alta y cotización de un trabajador, en un concreto período de tiempo, que determinó el no reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación y si es posible que la imputación de aquella sea proporcional al período descubierto, que es lo que sostiene el Ayuntamiento recurrente.

SEGUNDO

La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda formulada contra el INSS, la TGSS. y el Ayuntamiento ahora recurrente, sobre pensión de jubilación declarando el derecho de la actora a que le sean computados a efectos de cotización determinados períodos en que estuvo trabajando para el Ayuntamiento demandado y que este no cotizó, causa por la que el INSS. denegó la pensión por no reunir la carencia de quince años cotizados, inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante; en concreto, de acuerdo con los hechos probados, quedaba acreditado que el Ayuntamiento no ingresó las cotizaciones desde el 31-10-1975, fecha en la que comenzó a trabajar la actora, hasta el 12-06-1990, finalizando la relación laboral el 31-08-2004; de haber cotizado la empresa por el período total trabajado habría cotizado 9122 días, es decir, 24 años y 362 días, a los que añadía los días asimilados, 544 por ese período, daría un total de 9666 días, es decir, 26 años y 176 días, siendo la base reguladora de 449,60 euros mensuales y el porcentaje 82 % con efectos de 1-09-2004; la sentencia condenó al Ayuntamiento al pago de la pensión calculada en la forma antes dicha, sin perjuicio del anticipo por el INSS. en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones.

TERCERO

La sentencia recurrida confirmó la de instancia, desestimando el recurso de suplicación del Ayuntamiento en solicitud de aplicación del principio de proporcionalidad en la condena y de que se distribuya el pago de la pensión entre la entidad gestora y la empleadora, alegando que el alcance de la responsabilidad empresarial por falta de cotización debe ser moderado, tal y como ha dicho la jurisprudencia que citaba, por deber ponderarse la voluntad empresarial en orden al incumplimiento, valorando las circunstancias concurrentes, argumentos que se rechazaron en dicha sentencia, dado los hechos probados relacionados, que acreditaban que la conducta empresarial produjo perjuicios a la trabajadora en su derecho, lo que impidió

completar el período de carencia necesario para tener derecho a la pensión de jubilación.

CUARTO

Contra dicha sentencia por la empresa se preparó y formalizó el presente recurso invocando como sentencia contraria la dictada por la Sala de lo Social también de Cataluña de 14-07-2006, solicitando se aplique el principio de proporcionalidad y se distribuya el pago de la pensión entre la entidad gestora y la propia empleadora, por tratarse de un supuesto en la que la falta de alta y cotización no abarca todo el período de prestación de servicios. En dicha sentencia constaba probado que la allí actora inició su relación laboral con el Ayuntamiento de Poble de Claramunt el 1-10-1978, manteniéndola indefinidamente hasta su cese por jubilación el 23-04-2004, no dándole la empresa de alta en la Seguridad Social hasta el 8-06-1990; solicitando pensión de jubilación el INSS. la denegó; la actora había trabajado el tiempo suficiente para tener derecho a la prestación de jubilación. Planteada demanda, el Juzgado la estimó, condenando al Ayuntamiento, pero declarando que la responsabilidad de la prestación solicitada debía ser repartida entre la Entidad Gestora y la empleadora, debiendo ser la parte alícuota de esta última proporcional al tiempo de cotización que restaba para completar el período de carencia de la prestación de jubilación solicitada, debiendo la empleadora constituir el correspondiente capital coste de renta, sin perjuicio de anticipar el INSS; el recurso de suplicación interpuesto por el INSS. fue desestimado, apoyándose en la sentencia de esta Sala de 14-12-2004 (R- 5291/03) por considerar debía aplicarse el criterio de proporcionalidad.

QUINTO

Existe la contradicción alegada. En ambos casos se trataba de denegación de pensión de jubilación, por no reunir el trabajador la carencia de quince años de cotización inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, por no haber cotizado la empresa durante un dilatado período de tiempo, debatiéndose si la responsabilidad empresarial debía ser total ó proporcional al tiempo de cotización que faltaba para completar el tiempo de carencia, sin perjuicio del anticipo por el INSS, dictándose fallos distintos; en ninguno de los casos consta que la empresa haya ingresado las cotizaciones correspondientes al tiempo trabajado y no cotizado.

SEXTO

En el recurso se denuncia infracción de los artículos 94 y 95 del Decreto 907/66 de 21 de abril que aprueba el texto articulado de la Ley 193/1963 de 28 de diciembre de Bases de la Seguridad Social y la jurisprudencia actualizada de esta Sala que enumeraba en concreto la sentencia de 14-12-2004 (R-5291/03), que aplica, como hemos dicho el principio de proporcionalidad en el supuesto de reparto de responsabilidad entre la entidad gestora y el empresario.

Como dice el recurrente, esta Sala en la mencionada sentencia y en las anteriores que allí se citan, ha abordado el tema de debate de este recurso sobre la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones y su alcance, cuando el incumplimiento no afecta a la cuantía, sino al derecho a la prestación, sentando la conclusión de que hay que ponderar la repercusión del incumplimiento sobre el período de carencia necesario para tener derecho a la prestación.

En la misma sentencia, en un supuesto referido a una pensión de jubilación, en donde se trataba de determinar si el principio de proporcionalidad era ó no aplicable, después de relacionar la doctrina de la Sala, en esta materia, contenida en las sentencias de 8-05-1997 de Sala General y otras posteriores, entre las cuales podía citarse las de 28-04-1998, 17-03-1999 y 29-11-1999, y 1-02-2000, se decía en su fundamento jurídico tercero, después de analizar la existencia de contradicción, en aquel caso:

"La Sala ya se ha pronunciado sobre la cuestión debatida en sus sentencias de 20 de julio de 1995, 1 de junio de 1998, 20 de diciembre de 1998 y 25 de enero de 1999. En la primera sentencia citada, el alcance de la responsabilidad se modera -en unas circunstancias ciertamente excepcionales- atendiendo a "la parte proporcional correspondiente al período no cotizado" sobre el total de la prestación, que era una pensión de jubilación. El mismo criterio aplica la sentencia de 1 de junio de 1998 también para una pensión de jubilación, ya que la condena a la empresa "ha de quedar reducida al abono del porcentaje correspondiente a los doscientos diez días no cotizados entre la condena" y lo mismo sucede con las sentencias de 20 de diciembre de 1998 y 25 de enero de 1999, también sobre la pensión de jubilación. Es cierto que algunas de estas sentencias ponderan para aplicar este criterio de proporcionalidad la incidencia de factores que disminuyen la gravedad del incumplimiento empresarial, mientras que en el caso de la sentencia recurrida el incumplimiento es objetivamente grave. Pero el elemento de gravedad, que ha de ponderarse a efectos de la aplicación de las sanciones administrativas correspondientes, no es esencial en orden a la determinación de la responsabilidad, que, de acuerdo con la doctrina de la sentencia de 8 de mayo de 1997, ha de tener en cuenta, cuando se trata de contingencias comunes, la proyección del incumplimiento sobre la acción protectora. En este sentido hay que subrayar que la responsabilidad empresarial, por exigencias del principio "non bis in ídem", no puede actuar con un segundo sistema sancionador y que el artículo 126.2 Ley de General de la Seguridad Social, al prever la responsabilidad empresarial en las prestaciones por el incumplimiento de obligaciones en materia de Seguridad Social señala que el alcance de esa responsabilidad habrá de determinarse reglamentariamente, lo que no se ha hecho, aunque una cierta moderación está prevista, en términos insuficientes, en el artículo 95.4 de la Ley articulada de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, que, como es sabido, mantiene su vigencia con rango reglamentario. Esto obliga a establecer los criterios de proporcionalidad a través de las propias decisiones judiciales, como se ha hecho en las sentencias ya mencionadas. Por ello hay que recurrir a estos efectos a la repercusión del incumplimiento en la formación del derecho a la prestación".

SÉPTIMO

En el supuesto de autos, no se trata ciertamente de un descubierto de corta duración, porque el período sin cotización es de 5078 días, pero hay que tener en cuenta que la empresa cotizó 4588 días, haciéndolo a partir de 12-06-1990, hasta el 31-08-2004 en que finalizó la relación laboral, sin interrupción, período significativo que impide la configuración del caso como un supuesto de resistencia al cumplimiento, aunque sea cierto, que la falta de cotización, durante 887 días, impedía reunir la carencia genérica de quince años, exigida en el art. 161-2 de la L.G.S.S. repercutiendo además en la cuantía de la pensión a aplicar a la base reguladora y en los porcentajes a aplicar, teniendo en cuenta los años en los que se trabajó y no se cotizó, tal y como dispone el art. 163 L.G.S.S; siendo esto así, de acuerdo con lo que dispone el art. 126-2 de la misma Ley, existe responsabilidad empresarial por su incumplimiento por el perjuicio sufrido por el trabajador, que debe repararse por el empresario, en el porcentaje procedente, si bien la entidad gestora, para cumplir el interés público en la protección efectiva en las situaciones de necesidad, haya anticipado el pago de la prestación de acuerdo con el principio de automaticidad, con independencia de la recaudación en vía ejecutiva de las cotizaciones adeudadas, no prescritas, lo que ya se ha efectuado, a la vista del resultado del acta de liquidación de la Inspección de Trabajo como consta en el fundamento segundo de la sentencia de instancia; por tanto si la sentencia del Juzgado, confirmada en suplicación, declaró el derecho del actor a una pensión de jubilación con una base reguladora de 449,60 euros mencionada, lo que no se discute, con un porcentaje del 82% con efectos de 1-09-2004, teniendo en cuenta los 9.666 días que se debía cotizar, esto es 26 años y 176 días, el

porcentaje de responsabilidad a cargo del INSS, en el pago de la prestación de jubilación en la cuantía reconocida por éste, será de un 38,92 %, mientras que el Ayuntamiento demandado deberá abonar el 43,08 %, (5.078 días no cotizados por 82%, dividido por 9.666 días trabajados, s.e.u o.) sin perjuicio del anticipo por la entidad gestora; sin costas.

FALLAMOS

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

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del AYUNTAMIENTO DE CALDES D'ESTRACH contra la sentencia dictada el 30 de mayo de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación núm. 1167/06, en actuaciones iniciadas en el Juzgado de lo Social núm. 13 de Barcelona, en autos núm. 882/04, a instancias de Dña. P. contra el INSS, AYUNTAMIENTO DE CALDES D'ESTRACH, COLEGIO PÚBLICO SAGRADA FAMILIA y la TGSS, sobre prestación de jubilación. Casamos la sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos parcialmente, con el alcance que se precisará y resolvemos el debate planteado en suplicación en los siguientes términos:

1º

Estimamos el recurso del AYUNTAMIENTO DE CALDES D'ESTRACH y limitamos la responsabilidad del mismo declarada en la instancia al 43,08 %, y el del INSS. al 38,92 % del total de la prestación de jubilación reconocida a Dña. P..

2º

Confirmamos el pronunciamiento de la sentencia de instancia y suplicación que reconoce la prestación de jubilación a Dña. P., condenando al recurrente, y al INSS. a su pago, en los porcentajes antes dichos, y a éste último al anticipo de la totalidad de la prestación. Sin imposición de 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. Víctor Fuentes López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.