



Roj: **STS 2641/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2641**

Id Cendoj: **28079140012020100622**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2020**

Nº de Recurso: **737/2018**

Nº de Resolución: **700/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 13914/2017,**
STS 2641/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 737/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 700/2020

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 22 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, representados y asistidos por la letrada de la Administración de la Seguridad Social; y por D. Juan Alberto, representado y asistido por el letrado D. Rafael Tornero Moreno, contra la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 927/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid, de fecha 26 de julio de 2016, recaída en autos núm. 522/2015, seguidos a instancia de D. Juan Alberto, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, sobre Jubilación.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida la empresa Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, representada y asistida por la letrada D^a. María Orio González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 26 de julio de 2016 el Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

- "1. El demandante, DON Juan Alberto , nació el NUM000 de 1950 (folios 38, 42 y 43).
2. El demandante ha prestado servicios como perito tasador de vehículos para PELAYO MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA. El demandante interpuso demanda ante los juzgados de lo social de Madrid, solicitando el reconocimiento de la relación laboral. El 1 de marzo de 2010 el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid dictó sentencia reconociendo la existencia de la relación laboral existente entre el demandante y PELAYO MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA. Dicha sentencia, que obra a los folios 128 y siguientes de los autos, y que se da por reproducida en su integridad, es firme (folios indicados).
3. La empresa dio de alta en la Seguridad Social al demandante el 13 de diciembre de 2010 (folio 72).
4. La Inspección de Trabajo levantó acta de liquidación, en la que se indicó que el demandante había prestado servicios para la empresa al menos desde el 1 de enero de 1988 (folios 72 y siguientes).
5. La empresa demandada cotizó por el periodo no prescrito, de 1 de febrero de 2006 a 12 de diciembre de 2010 (folio 279).
6. La Tesorería General de la Seguridad Social impuso a la empresa demandada una sanción de 300,52 euros (folio 163).
7. El 10 de septiembre de 2013 se alcanzó un acuerdo de conciliación ante el Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid entre el demandante y la empresa demandada. En ese acuerdo se incluía el reconocimiento de una antigüedad del demandante de 8 de febrero de 1988 (folio 78).
8. El 24 de febrero de 2015 el Instituto Nacional de la Seguridad Social reconoció al demandante el derecho al cobro de la prestación de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social, con arreglo a una base reguladora de 1.578,90 euros, un porcentaje del 100% y efectos de 28 de febrero de 2015 (folio 20).
9. El demandante interpuso reclamación administrativa previa, que ha sido desestimada, quedando expedita la vía judicial (folio 19).
10. En caso de tener en cuenta a efectos de la base reguladora la totalidad del tiempo de prestación de servicios del demandante para PELAYO MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA y las cotizaciones que en función de la misma hubieran correspondido, el importe de la base reguladora ascendería a 2.535,94 euros (no debatido)".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que, estimando de forma parcial la demanda interpuesta por DON Juan Alberto contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y PELAYO MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA:

1. Declaro el derecho del actor al cobro de una pensión de jubilación con arreglo a un porcentaje del 100% de la base reguladora de 2.535,94 euros.
2. Condeno a PELAYO MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA al pago de la anterior prestación en lo que exceda de la parte reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sin perjuicio de su anticipo a cargo de éste con derecho de repetición, dentro de los límites del artículo 126.3 de la Ley General de la Seguridad Social.
3. Absuelvo a la Tesorería General de la Seguridad Social de las pretensiones de la demanda, sin perjuicio de sus obligaciones legales."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la empresa Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 18 de diciembre de 2017, en la que consta el siguiente fallo:

"Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por PELAYO MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA contra sentencia dictada el 26-7-2016 por el Juzgado de lo Social número 19 de Madrid, en autos 522/2015, y con revocación parcial de la misma, debemos declarar y declaramos que la pensión de jubilación reconocida por la sentencia de instancia a favor del actor D. Juan Alberto ha de ser abonada por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en su integridad, con la responsabilidad consiguiente para la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL establecida en la legislación del Sistema, y absolviendo a la entidad recurrente de todos los pedimentos deducidos en su contra. Devuélvase a ésta la consignación y el depósito".



TERCERO.- Por la representación del INSS y TGSS, y por D. Juan Alberto se formalizaron los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en fecha 19 de marzo de 2004, rcud. 2287/2003 (Recurso del INSS) y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 24 de julio de 2013, recurso nº 160/2013 (Recurso de D. Juan Alberto).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado de los mismos a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Por la letrada D^a. María Orio González, en representación de la empresa Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar procedentes los recursos.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 22 de julio de 2020, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se discute en el presente recurso de casación unificadora y que la Sala debe resolver consiste en determinar si la empresa en la que prestó servicios el trabajador debe responder de parte de la prestación reconocida por la sentencia de instancia (cuya cuantía no se discute en esta sede) en atención a la falta de cotización durante un largo período de tiempo en el que las partes mantuvieron una relación de prestación de servicios (perito tasador de seguros) durante la que el trabajador estuvo de alta en el RETA hasta que por sentencia firme se declaró la laboralidad de la prestación, momento en el que la empresa abono las cotizaciones no prescritas.

2.- La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de diciembre de 2017, (Rec. 927/2017) estimó el recurso de suplicación presentado por el empresario y, con revocación parcial de la sentencia de instancia, consideró que, aunque el demandante tenga derecho a una pensión de jubilación calculada sobre una base reguladora de 2.535 euros en lugar de la base reguladora de 1.578 euros en su día fijada por el INSS, la responsabilidad en orden al pago de la pensión de jubilación corresponde exclusivamente al INSS, no siendo responsable el empresario de la correspondiente diferencia del importe de la pensión al no haber incurrido el mismo en un incumplimiento deliberado y rebelde de su obligación de cotización al régimen general de la seguridad social por el trabajador, perito tasador de vehículos desde el año 1988, con sentencia firme que declara la relación laboral entre las partes desde el inicio y con cotización empresarial al régimen general limitada al periodo no prescrito (de 2006 a 2010).

Considera la Sala que no cabe apreciar que la entidad demandada, Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija (en adelante, Pelayo), tuviera una voluntad de incumplir sus obligaciones en materia de cotización a la Seguridad Social, más aún si se tiene en cuenta que Pelayo cotizó, además del período a partir del que se declaró como laboral la relación, el período anterior no prescrito.

3.- Frente a la referida sentencia han formulado Recurso de casación unificadora el INSS y el trabajador. Ambos recursos pretenden el reconocimiento judicial de la responsabilidad empresarial en orden al pago de la pensión de jubilación en la diferencia que va de los 1.578 euros (100% de la Base Reguladora) en su día reconocidos por el INSS y los 2.535 euros (100% de la Base Reguladora) reconocidos por la sentencia de instancia, tomando en consideración el largo periodo de ausencia de cotización empresarial por falta de alta del trabajador (perito tasador de vehículos de la empresa Pelayo) en el régimen general de la Seguridad Social pese a la existencia de una relación laboral entre las partes desde el año 1988 (así declarada por sentencia judicial firme en el año 2010).

SEGUNDO.- 1.- El INSS ha seleccionado como sentencia de contraste la de esta Sala Cuarta de 19 de marzo de 2004, Rcu. 2287/2003. Se trató en ese caso de un procedimiento sobre diferencias de cuantía en la base reguladora, instado por el beneficiario de una pensión de jubilación al que el ISM le había reconocido el derecho sobre una base reguladora de 138.228 pts. cuando la pretendida por el demandante era de 175.430 pts. En este caso resultaba que la empresa no había cotizado por unas denominadas "dietas" que, en realidad, eran salarios, retribuciones ordinarias que el trabajador percibía como tales en doce pagas, durante las vacaciones y en incapacidad temporal; todo ello con la consiguiente repercusión en el importe de la base reguladora.

La Sala entiende que, habiendo incidido la infracotización en el importe de la pensión a percibir, ese hecho también tiene trascendencia en la relación jurídica de protección y declara la responsabilidad empresarial por la diferencia, sin perjuicio del deber de anticipo por la Entidad Gestora. En consecuencia, imputa a la empresa de forma directa la responsabilidad en el pago de la pensión consistente en la diferencia entre la reconocida



por el ISM y la que resulta de incluir en la base reguladora las cantidades correspondientes al concepto de "dietas" por el que aquélla no cotizó.

2.- Considera la Sala que concurre la contradicción en los términos exigidos en el artículo 219 LRJS. En efecto, hay coincidencia sustancial en los hechos, pretensiones y fundamentos, ya que en la sentencia recurrida existe ausencia de cotización empresarial al régimen general de Seguridad Social, durante un largo periodo de tiempo, pese a la existencia de relación laboral entre las partes desde el inicio de la prestación de servicios a tenor de lo establecido mediante sentencia judicial firme; y, en la sentencia de contraste, existe infracotización empresarial al hacer pasar por dietas genuinas partidas salariales tal como también se estableció judicialmente. Las pretensiones son idénticas ya que ambas buscan la responsabilidad empresarial en orden al pago de la pensión de jubilación por un importe superior al inicialmente reconocido a resultas de la falta de cotización empresarial en la sentencia recurrida o de la infracotización empresarial en la sentencia de contraste. Los fundamentos de ambas pretensiones son los mismos: la aplicación del artículo 126.2 LGSS-1994 y la copiosa jurisprudencia sobre el mismo. Sin embargo, los fallos son contradictorios pues la sentencia recurrida establece que corresponde en exclusiva el INSS el pago de la pensión de jubilación por un importe superior al inicialmente reconocido ante el notable incremento de la base reguladora por cotizaciones que debieron realizarse y no se realizaron; mientras que la sentencia de contraste hace responsable al empresario de la diferencia del importe de la pensión de jubilación por infracotización empresarial.

TERCERO.- 1.- El beneficiario de la pensión de jubilación ha formulado su recurso proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de julio de 2013, Rec. 160/2013 que estimó parcialmente el recurso de suplicación presentado por Pelayo, declarando que la base reguladora de la prestación de jubilación debía fijarse conforme a los mismos parámetros que se establecen en la sentencia de instancia pero sin computar las cotizaciones al RETA, debiendo restarse de la suma de cotizaciones que fija la sentencia, el importe de las cotizaciones al RETA y sobre su resultado, aplicar la fórmula de cálculo de la base reguladora de la prestación de jubilación con los índices de actualización que procedan; manteniéndose el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia, que a su vez, había declarado la responsabilidad empresarial de la Mutua en el pago del 49,53% de la pensión, con obligación de anticipo del INSS, debiendo abonar la entidad gestora el 50,47% restante.

Entiende la Sala madrileña, en lo que a efectos del presente recurso de casación para la unificación de doctrina interesa que, en relación con la responsabilidad empresarial, debe confirmarse la sentencia de instancia dada la realidad de una relación laboral declarada judicialmente pero no formalizada en su día por la empresa, ya que por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de diciembre de 2005 se declaró la existencia de relación laboral entre el actor y Pelayo desde el 1 de julio de 1993, habiéndose levantado actas de liquidación de cuotas contra la empresa por la Inspección de Trabajo, si bien no se cotizó efectivamente por los periodos no prescritos por anulación de las actas de infracción. Señala además que el reparto de responsabilidades es correcto aplicando la jurisprudencia sobre reparto de la responsabilidad.

2.- Considera la Sala que se da la contradicción del artículo 219.1 LRJS, lo que admite explícitamente la recurrida. Pese a alguna diferencia de menor relieve coinciden sustancialmente los hechos, los fundamentos y las pretensiones y pese a ello las sentencias objeto de comparación llegan a fallos contradictorios, con exoneración empresarial en orden al pago de la pensión de jubilación en la sentencia recurrida y no así en la sentencia de contraste.

CUARTO.- 1.- Ambos recursos formulan un único motivo de casación en los que, en la práctica, se denuncia la misma infracción: la del artículo 126 del TRLGSS-94 (de idéntico contenido al actual artículo 167 LGSS) en relación con lo establecido en los artículos 94, 95 y 96 de la Ley de Seguridad Social de 1996 y con diversa jurisprudencia de esta sala que citan.

2.- Nuestra jurisprudencia viene señalando, respecto de la atribución de responsabilidad empresarial en orden al pago de las prestaciones, que el descubierto que origine la responsabilidad de la empresa por falta de cotización debe ser de tal magnitud que impida la cobertura del período de cotización exigido al trabajador para causar derecho a la protección; si hay descubiertos, pero éstos no influyen en el período previo de carencia no habrá responsabilidad empresarial con independencia de la gravedad que pudieran tener tales descubiertos (STS de 14 de diciembre de 2004, Rcu. 5291/2003), salvo que el incumplimiento de la cotización, aun no influyendo en el período de carencia determine una menor cuantía de la prestación, en cuyo caso se aplicará el principio de proporcionalidad con declaración de responsabilidad a la empresa de forma proporcional a la incidencia de la falta de cotización (SSTS de 17 de septiembre de 2001, Rcu. 1904/2000, en un supuesto de prestación de desempleo; de 22 de julio de 2002, Rcu. 4499/2001 y la aquí traída como contradictoria: de 19 de marzo de 2004, Rcu. 2287/2003, para una prestación de jubilación); todo ello, sin perjuicio de la obligación empresarial de efectuar el pago de las cuotas atrasadas. En casos muy concretos si la incidencia de la falta



de cotización sobre el período de carencia es realmente escasa se aplica un criterio de proporcionalidad en lugar de declarar responsable totalmente a la empresa (STS de 3 de julio de 2002, Rcu. 2901/2001).

En el supuesto analizado en la STS de 25 de septiembre de 2008 (Rcu. 2914/2007), se trataba de determinar el alcance de la responsabilidad empresarial por falta de alta y cotización de un trabajador, en un concreto periodo de tiempo, que determinó el no reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación y si era posible que la imputación de aquella fuera proporcional al periodo descubierto, a lo que se dio una respuesta positiva, argumentándose, con invocación de la STS de 14 de diciembre de 2004 (Rcu. 5291/2003) y las precedentes que en la misma se citaban, que "La Sala ya se ha pronunciado sobre la cuestión debatida en sus sentencias de 20-julio-1995, 1-junio-1998, 20-diciembre-1998 y 25-enero-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-junio-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 210 días no cotizados entre la condena y lo mismo sucede con las sentencias de 20-diciembre-1998 y 29-enero-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-mayo-1997, ha de tener en cuenta, cuando se trata de contingencias comunes, la proyección del incumplimiento sobre la acción protectora". Aplicando el principio de proporcionalidad en el supuesto concretamente enjuiciado, afirmando que el mismo "no se trata ciertamente de un descubierto de corta duración, porque el periodo 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, periodo 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 LGSS, 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 LGSS; 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 automatidad, con independencia de la recaudación en vía ejecutiva de las cotizaciones adeudadas, no prescritas".

3.- La aplicación de la anterior doctrina al presente caso obliga a aplicar el principio de proporcionalidad, dado que la empresa cotizó el período no prescrito, una vez se declaró que la relación que unía a las partes tenía naturaleza laboral. Con ello queda acreditada la inexistencia de voluntad rebelde al cumplimiento de la obligación. No obstante, a pesar de ello, la falta de cotización se proyectó no sobre el período de carencia y los requisitos de acceso a la prestación, sino a la cuantía de la base reguladora que, sin las cotizaciones no efectuadas, era mucho menor y proyectaba una pensión inferior a la que al trabajador le hubiera correspondido; lo que hace que sea razonable el reparto de responsabilidad en el pago de la pensión durante todo el tiempo en el que se lucre la misma, máxime cuando la aludida falta de cotización obedeció a las dudas sobre la naturaleza de la relación laboral.

QUINTO.- Lo expuesto obliga, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, a la estimación de los recursos y a la consiguiente anulación y casación de la sentencia recurrida, resolviendo el debate en suplicación desestimando el de tal clase habida cuenta de que la sentencia de instancia se acomodó perfectamente a la correcta interpretación de la normativa vigente y a la jurisprudencia de la Sala expuesta en el anterior fundamento, contenida especialmente en la sentencia de contraste de esta Sala a la que se acomoda, también, la referencial del recurso del trabajador. Sin costas en aplicación del artículo 235 LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido
:

1.- Estimar los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, representados y asistidos por la letrada de la



Administración de la Seguridad Social; y por D. Juan Alberto , representado y asistido por el letrado D. Rafael Tornero Moreno.

2.- Casar y anular la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 927/2017.

3.- Resolver el debate en suplicación, desestimando el de tal clase y ordenar la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid, de fecha 26 de julio de 2016, recaída en autos núm. 522/2015, seguidos a instancia de D. Juan Alberto , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, sobre Jubilación.

4.- No realizar pronunciamiento alguno sobre costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ