



Roj: **STSJ AND 10318/2009 - ECLI: ES:TSJAND:2009:10318**

Id Cendoj: **41091340012009103189**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **01/10/2009**

Nº de Recurso: **3477/2009**

Nº de Resolución: **3326/2009**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PEREZ SIBON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 3477/09 (JM)

Excmo. Sr.:

D. Antonio Reinoso y Reino, Presidente de la Sala

Illtmos. Sres.:

D. Luis Lozano Moreno

D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> CARMEN PÉREZ SIBÓN, ponente

En Sevilla, a 1 de octubre de 2009 .

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Illtmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA NUM. 3326/2009**

En el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D. Marino , contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Sevilla, Autos nº 922/07; ha sido Ponente la Illtma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> CARMEN PÉREZ SIBÓN, Magistrada.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Marino , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de Empleo y el Excmo. Ayto. de Orellana de la Sierra (Badajoz), se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 14/07/08, por el Juzgado de referencia, en la que se desestima la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO: El actor, D. Marino , solicitó el 10-07-07 subsidio de desempleo para mayores de 52 años, que le fue denegado por resolución de fecha 07-09-07, en base a "Según el informe emitido por el INSS, no reúne Vd. el periodo de cotización genérico de 15 años para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación".

SEGUNDO.- El trabajador tiene cotizados desde el año 1978 un total de 5.375 días, según desglose que consta a los folios 67 y 68 de las actuaciones.

TERCERO.- Que se ha agotado la vía administrativa previa (folios 6 y7). CUARTO.- Que la demanda se ha interpuesto con fecha 07-12-07."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que fue impugnado de contrario.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Al demandante le ha sido denegado el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, por no cumplir el requisito consistente en reunir el periodo mínimo de carencia para acceder a la pensión de jubilación contributiva (faltando en concreto 100 días para los 5.475 necesarios), criterio que ha sido confirmado por el Juzgado de Instancia.

Frente a la sentencia dictada recurre en suplicación el demandante, articulando su recurso en cuatro motivos, formulados los dos primeros al amparo del Art. 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral y los dos últimos con fundamento procesal en el párrafo c) del indicado precepto legal.

SEGUNDO: El primero de los motivos de revisión fáctica propone la modificación del ordinal segundo del relato histórico, en el que figuran 4.627 días cotizados, que unidos a los 748 días cuota, totalizan 5375 días de carencia desde el año 1978. Propone el actor en sustitución de tales datos la cifra de 4.811 días cotizados (sin contar los correspondientes a las pagas extra), incluyendo 184 días trabajados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (del 1-5-06 al 31-10-06).

La discrepancia resulta ser más una cuestión de derecho que de hecho y por ello ha de tratarse analizando los motivos de censura jurídica dedicados a este extremo. Ha de partirse como punto fáctico incontrovertido de que el actor trabajó en el indicado régimen de autónomos durante el periodo 1-5-06 a 31-12-06, siendo así que el Instituto Nacional de la Seguridad Social no le ha computado tal periodo porque del 1-11-06 al 31-12-06 figuraba en descubierto, considerando el demandante que al menos el tiempo en que las cuotas están abonadas en este régimen (del 1-5-06 al 31-10-06) sí debieron tenerse en cuenta.

La regulación del cómputo recíproco de cotizaciones en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos está prevista en el Art. 35 del Real Decreto 2530/1970, de 20 de agosto del siguiente modo: "Cómputo de períodos de cotización a distintos Regímenes de la Seguridad Social 1. Cuando un trabajador tenga acreditados, sucesiva o alternativamente, períodos de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social o en los Regímenes Especiales Agrario, de Trabajadores Ferroviarios, de la Minería del Carbón, del Servicio Doméstico, de los Trabajadores del Mar, de los Artistas y en el que regula el presente Decreto, dichos períodos o los que sean asimilados a ellos que hubieran sido cumplidos en virtud de las normas que los regulen, serán totalizados siempre que no se superpongan para la adquisición, mantenimiento o recuperación del derecho a la prestación.

2. En consecuencia, las pensiones de invalidez, vejez, muerte y supervivencia a que los acogidos a alguno de dichos Regímenes puedan tener derecho en virtud de las normas que los regulan, serán reconocidas, según sus propias normas, por la Entidad gestora del Régimen donde el trabajador estuviese cotizando al tiempo de solicitar la prestación, teniendo en cuenta la totalización de períodos a que se refiere el número anterior [...]."

El mismo punto segundo del citado precepto regula una serie de salvedades, entre las que la letra c) dispone: "Cuando el trabajador no hubiese reunido en ninguno de los Regímenes, computadas separadamente las cotizaciones a ellos efectuadas, los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, podrán sumarse a tal efecto las cotizaciones efectuadas a todos. En tal caso, la pensión se otorgará por el Régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones".

Indiscutido que es el Régimen General aquel en el que el demandante trabajó y cotizó durante más tiempo, la pensión se lucrará por el indicado Régimen, siendo así que, en principio, conforme a los indicados preceptos, no sería extensible a la prestación los requisitos que para otros regímenes cuyas cotizaciones hayan contribuido a consolidar la carencia, se exigieran en los mismos, y en concreto, -y en lo que aquí interesa-, la previsión del Art. 28.2 del Real Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que regula como condición indispensable para tener derecho a determinadas prestaciones, que las personas incluidas en el campo de aplicación de dicho Régimen (autónomos) se hallen al corriente en el pago de las cuotas exigibles en la fecha del Hecho Causante. Corroborando este criterio que es el mantenido por la parte actora, se citan diversas sentencias por dicha parte, ( STSJ Castilla La Mancha de 3-5-1995, TSJ Madrid 23-10-1995 y 21-12-1999, Tribunal Supremo 9-6-1997, 24-7-1997 y 29-11-1997).

Ahora bien, tal doctrina y jurisprudencia no es de aplicación tras la entrada en vigor del Artículo 20 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, sobre Disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, por el que se añade una nueva disposición adicional, la trigésima novena, al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con la siguiente redacción: "Requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas a efecto de las prestaciones.

En el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones, para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social será necesario que el causante se encuentre al corriente en el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social, aunque la correspondiente



prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena.

A tales efectos, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto (RCL 1970, 1501, 1608; NDL 27459) , por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, cualquiera que sea el Régimen de Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta».

En consecuencia, la modificación legislativa impone la extensión de las previsiones del Art. 28.2 del Real Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que exige para tener derecho a determinadas prestaciones, hallarse al corriente en el pago de las cuotas exigibles en la fecha del Hecho Causante, resultando reconocido por el propio recurrente que tiene en descubierto en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, el periodo 1-11-06 a 31-12-06.

Llegados a este punto, se constata, en principio, la falta de un requisito para computar las cotizaciones del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos a fin de hallar la carencia para la prestación de jubilación. Mas no puede obviarse, así mismo, la expresa previsión en el párrafo segundo de la nueva disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, esto es, la aplicación del mecanismo de invitación al pago en estos supuestos.

En consecuencia, el requisito no se considera incumplido, hasta tanto que, invitado al pago, el beneficiario no lo haga efectivo y por tanto mantenga el descubierto.

La cuestión se complica en el presente caso, toda vez que lo que se solicita y tramita no es una prestación de jubilación, sino de desempleo, siendo así que la primera solo interesa en tanto que se exige en el Art. 215.3 de la LGSS para ser beneficiario del subsidio para mayores de 52 años, entre otros requisitos, que en el momento de la solicitud, se reúnan todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

Tal invitación al pago, necesaria para poder determinar si se computan las cotizaciones del RETA (en cuyo caso el actor sí tendría cotizaciones suficiente para tener derecho a la jubilación), no se ha producido, en efecto (lo cual es en cierto modo lógico, dado que lo que se solicita en este momento, insistimos, no es una prestación de jubilación sino de desempleo), y por ello debe darse al demandante la oportunidad de ponerse al corriente, teniendo en cuenta que, si se diera la circunstancia de que -dado el tiempo transcurrido desde los dos meses en descubierto-, las cuotas estuvieran prescritas (lo que no puede afirmarse por esta Sala porque ni consta como Hecho Probado ni tan siquiera se ha alegado), y por ello no fueran exigibles ni por esta razón posible su pago, una vez constatado por la Entidad Gestora, no existiría obstáculo alguno para que pudiera computarse el tiempo trabajado y cotizado efectivamente en dicho Régimen puesto que, técnicamente, no existirían descubiertos ( SSTS 15-11-06 y 25-9-2003). Por otro lado, si aún resultan exigibles las cuotas, ha de darse la oportunidad al beneficiario de abonarlas, máxime teniendo en cuenta que se trata tan solo de dos meses de descubierto.

De todo lo expuesto se constata que, lo único que puede acceder al Hecho Probado que se revisa, es que el actor trabajó incluido en el RETA desde el 1-5-06 al 31-12-06, figurando cotizado el periodo 1-5-06 al 31-10-06 y en descubierto del 1-11-06 al 31-12-06, de lo que resultan 184 días cotizados para este Régimen.

No se incluye, pues, en el ordinal, la manifestación de si tales días computan o no a los efectos aquí pretendidos, que, como se indicó, es una cuestión jurídica y que, en todo caso se resolvió al analizarse en párrafos anteriores, concluyendo que habrían de computarse únicamente en el caso de que el actor abonara ahora los dos meses de cuotas debidas, tras la correspondiente invitación al pago o directamente sin ella, dado que pretender una invitación al pago formalmente cuando no se está solicitando la correspondiente pensión de jubilación resulta cuando menos forzado, cumpliéndose el espíritu de la normativa estudiada con el pago en el tiempo designado normativamente para responder a tal invitación, una vez conocido el importe total de la deuda y si ésta es exigible o se encuentra prescrita.

TERCERO: El segundo motivo de revisión fáctica propone la adición de un nuevo Hecho Probado en el que conste que el actor trabajó para el Ayuntamiento de Orellana de la Sierra por el periodo 19-1-94 a 28-1-94, periodo que no aparece en el informe de cotización, pero sí en el informe de vida laboral y así mismo se certifica por el Ayuntamiento empleador (folio 41 de los autos), por lo que ha de ser tenido en cuenta con independencia de la responsabilidad en que por ello pueda incurrir la empleadora. En cuanto a los días cuota que se pretende incluir en el relato fáctico teniendo en cuenta las cotizaciones al RETA que sí constan abonadas (excluidas las no pagadas) y los días no cotizados por el Ayuntamiento, son en efecto los indicados por el recurrente, pero ello depende de si se llega a abonar el pago de los dos meses de cuotas de autónomos impagadas, de conformidad



con lo que se razonó en el Fundamento Jurídico anterior, dado que, de no ser así ninguna cotización a este Régimen puede ser tenida en cuenta, ni tampoco evidentemente los días cuota correspondientes, razón por la que se hará constar de este modo en el relato fáctico.

CUARTO: El primero de los motivos formulados al amparo del Art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia la infracción del Decreto 2530/1970 y los Arts. 21, 124, 161 y 215 de la Ley General de la Seguridad Social, así como de doctrina del Tribunal Supremo, con cita de las sentencias de 9-6-97, 24-7-97 y 29-11-1997.

La denegación por el Servicio Público de Empleo Estatal del subsidio para mayores de 52 años solicitado se fundó, como se dijo en el Fundamento Jurídico anterior, en la falta de la carencia necesaria para acceder a la pensión de jubilación, y ello de conformidad con lo dispuesto en el Art. 215.1.3 de la Ley General de la Seguridad Social, (serán beneficiarios del subsidio por desempleo los trabajadores mayores de 52 años que reúnan todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a la pensión contributiva por jubilación).

Sentado que el actor necesita una carencia genérica de 5.475 días y le faltan 100 para completarla, y dando por reproducidos los razonamientos efectuados en fundamentos jurídicos anteriores de esta Resolución, aquél puede completarla con el periodo trabajado bajo el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, del que solo dejó de cotizar dos meses, y que si bien no puede computarse en su integridad si existen descubiertos, aunque se trate de totalización de periodos para posibilitar el cómputo recíproco de cotizaciones, le es aplicable el mecanismo de invitación al pago, de lo que se infiere que, una vez pagados los dos indicados meses en descubierto, tendrá los requisitos necesarios, salvo la edad, para acceder a la prestación de jubilación, con lo que se cumple así mismo el requisito para ser acreedor del derecho al subsidio por desempleo solicitado. El motivo, en consecuencia, solo puede estimarse en estos términos.

QUINTO: Con idéntico amparo adjetivo se denuncia en el último motivo del recurso la infracción de los Arts. 94.2 a) y 2 b) de la LGSS, denuncia con la que se argumenta la validez de las cotizaciones que el Ayuntamiento no llegó a ingresar y la imputación al mismo de la correspondiente responsabilidad por su omisión.

La necesidad de tener ese periodo como cotizado, al constar trabajado, se razonó en el Fundamento de Derecho que analizaba la revisión fáctica relativa a este extremo, por lo que nos limitamos a resolver a continuación la cuestión relativa a la responsabilidad de la empresa.

La doctrina que al respecto de la responsabilidad empresarial por descubiertos ha sentado el Tribunal Supremo, se resume en la sentencia de 3-4-07 (Rec. 5291/03), la cual declaró: "Tratándose de contingencias comunes ha seguido en los últimos tiempos dos líneas: 1ª) por una parte, la vinculación entre la apreciación de la responsabilidad y los efectos del incumplimiento empresarial en la relación jurídica de protección, tanto en el acceso a la protección como en la determinación de la cuantía de las prestaciones; y 2ª) la aplicación de criterios de proporcionalidad en la determinación del alcance de la responsabilidad ( STS 16/05/06 -rec. 3995/04 [ RJ 2006, 3113 ] -).

Conforme al primer criterio, los incumplimientos relevantes en orden a la declaración de la responsabilidad empresarial tienen que tener «trascendencia en la relación jurídica de protección», de forma que si el incumplimiento no tiene trascendencia en orden al reconocimiento y la cuantía de la prestación ha de excluirse -en principio- la responsabilidad empresarial, sin perjuicio del régimen especial previsto para los accidentes de trabajo (como señala la STS 16/05/06 -rec. 3995/04 -, la línea doctrinal fue establecida en la sentencia de 08/05/97 -rec. 3824/96 [ RJ 1997, 3970] -y reiterada en 28/04/98 -rec. 3053/97 [ RJ 1998, 4581] -, 17/03/99 -rec. 1034/98 [ RJ 1999, 3005] -, y 1 4/12/04 -rec. 5291/03 [ RJ 2005, 1729] -).

La justificación de esta doctrina se halla -incluso- en criterios de legalidad constitucional, puesto que el incumplimiento de la obligación de cotizar no extingue las relaciones de Seguridad Social, sino que el impago de las cotizaciones constituye una infracción sancionable administrativamente [ arts. 13, 37 y 38 de Ley 8/1988 ( RCL 1988, 780 ) ] y da lugar al cobro de dichas cotizaciones por vía ejecutiva con abono de los recargos procedentes [ art. 33 LGSS. ], de forma que para no vulnerar el principio constitucional «non bis in idem» la responsabilidad empresarial tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, pues en otro caso se sancionaría dos veces la misma conducta [sanción administrativa directa e indirecta], en términos que no puede autorizar una regla [art. 94.3 LASS. ( RCL 1966, 734, 997 ) ] que tiene valor reglamentario y es preconstitucional ( SSTS de 08/05/97 -Sala General y rec. 3824/96-; 17/03/99-rec. 1034/98-; y 21/02/00 -rec. 71/99 [ RJ 2000, 2058 ] -).

La doctrina anteriormente expuesta se complementa con el criterio de proporcionalidad en la responsabilidad. Conforme a él, se aplica el módulo de proporcionalidad en la responsabilidad tanto en los supuestos de descubiertos de cotización temporales como en los que traen causa en cotización inferior a la debida [ STS de 17/01/98 -rec. 3083/92 ( RJ 1998, 738 ) -], de forma que la responsabilidad empresarial por defectos de cotización ha de ser proporcional a su incidencia sobre las prestaciones".



Trasladando la doctrina expuesta al caso de autos, ha de concluirse que los descubiertos acreditados no tienen incidencia alguna en la prestación. En efecto, para el supuesto de que no se abonaran los descubiertos del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, el actor no tendría la cotización necesaria para la jubilación contributiva, por lo que los 10 días de no cotización por parte del Ayuntamiento carecen de relevancia, dado que, aun computándolos, no se alcanzaría la carencia necesaria para la prestación. Para el caso de que pudieran sumarse las cotizaciones del RETA, la falta de cotización por parte del Ayuntamiento tampoco reviste trascendencia para el reconocimiento del subsidio solicitado, al no influir ni en la carencia necesaria ni en la cuantía de la prestación de jubilación -requisito básico-, por lo que ninguna responsabilidad, de conformidad con la doctrina expuesta, debe acarrearle el descubierto, y ello debiendo tenerse en cuenta así mismo que tal descubierto es poco significativo en cuanto al escaso número de días.

El recurso, en razón a todo lo expuesto ha de ser estimado parcialmente, en los términos expuestos.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D. Marino contra la sentencia de fecha 14/07/08, dictada por el juzgado de lo social nº 2 de Sevilla, en autos nº 922/07, seguidos a instancia de D. Marino, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de Empleo y el Excmo. Ayto. de Orellana de la Sierra (Badajoz), y, en consecuencia, REVOCAMOS la Resolución impugnada, y declaramos que el actor tiene derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años, siempre que abone las cuotas impagadas del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos correspondientes a los meses de noviembre a diciembre de 2006, o en su caso, se declare por la Entidad Gestora que se encuentran prescritas o no le son exigibles. Extinguido el descubierto en el plazo que para ello se le indique -que deberá coincidir con el concedido para la invitación al pago en el indicado Régimen-, le será abonado el subsidio reclamado con efectos desde su solicitud, pago del que será responsable el Servicio Público de Empleo Estatal, con absolución del resto de los demandados.

No se efectúa condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra esta sentencia, cabe recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS HÁBILES siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.