



Roj: **STSJ MU 1308/2019 - ECLI: ES:TSJMU:2019:1308**

Id Cendoj: **30030340012019100678**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2019**

Nº de Recurso: **548/2018**

Nº de Resolución: **684/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOAQUIN ANGEL DE DOMINGO MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 00684/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

PASEO DE GARAY, 5 - 2ª PLANTA - 30005 - MURCIA

Tfno: 968 22 92 16

Fax: 968 22 92 13

Correo electrónico: tsj.social.murcia@justicia.es

NIG: 30030 44 4 2015 0003060

Equipo/usuario: ACL

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000548 /2018

Procedimiento origen: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000374 /2015

Sobre: JUBILACION

RECURRENTE/S D/ña Rosalia

ABOGADO/A: JOSE JAVIER CONESA BUENDIA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: I.N.S.S., T.G.S.S. , AYUNTAMIENTO DE MURCIA AYUNTAMIENTO DE MURCIA

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL , LETRADO AYUNTAMIENTO

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

En MURCIA, a cinco de junio de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos. Sres. D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA y D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española , en nombre S.M. el Rey, tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el presente recurso de suplicación interpuesto por D^a. Rosalia , contra la sentencia número 182/2017 del Juzgado de lo Social número 7 de Murcia, de fecha 11 de julio de 2017 , dictada en proceso número 374/2015 sobre SEGURIDAD SOCIAL, y entablado por D^a. Rosalia frente al AYUNTAMIENTO DE MURCIA, al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Hechos Probados en la instancia y fallo.

En la sentencia recurrida, se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO.- La demandante Rosalia , nacida el NUM000 /1950, con DNI nº NUM001 , solicitó el 24/2/2015 la pensión de jubilación.

SEGUNDO.- El 26/2/2015 el Instituto Nacional de la Seguridad Social resolvió reconocer a la demandante la pensión de jubilación en cuantía mensual del 100 por 100 de una base reguladora de 1.203'92 € al mes con efectos desde el 15/2/2015.

TERCERO.- La señalada base reguladora fue cifrada merced a las siguientes bases de cotización de la actora, correspondientes al periodo comprendido entre el 1/1/1995 y el 31/12/2014:

1995.- enero 633'47 €; febrero 572'16 €; marzo 633'47 €; abril 613'03 €; mayo 709'86 €; junio 686'96 €; julio 709'86 €; agosto 709'86 €; septiembre 686'96 €, octubre 709'86 €; noviembre 686'96 €; diciembre 719'41 €.

1996.- de enero a diciembre 1.146'73 € al mes.

1997.- enero 1.146'73 €; febrero a diciembre 1.153'94 € al mes.

1998.- enero 1.153'94 €; febrero a diciembre 1.171'97 € al mes.

1999.- enero a abril 1.208'03 € al mes; mayo a diciembre 1.244'10 € al mes.

2000.- enero y febrero 1.262'13 € al mes; marzo 1.316'22 €; abril a noviembre 1.622'73 € al mes; diciembre 1.676'82 €.

2001.- enero a agosto 1.622'73 € al mes; septiembre 1.621'25 €; octubre y noviembre 1.634'13 € y 1.634'12 €; diciembre 1.659'68 €.

2002.- enero a octubre 1.623'78 € al mes; noviembre 1.643'43 €; diciembre 1.663'56 €.

2003.- enero 1.623'78 €; febrero a mayo 1.567'55 € al mes; junio 1.569'38 €; julio 1.577'40 €; agosto a diciembre 1.576'80 € al mes.

2004.- enero a diciembre 1.576'80 € al mes.

2005.- enero a junio 1.576'80 € al mes; julio a diciembre 598'50 € al mes.

2006.- enero a diciembre 631'20 € al mes.

2007.- enero a diciembre 665'70 € al mes.

2008.- enero a diciembre 874'88 € al mes.

2009.- enero a diciembre 910'13 € al mes.

2010.- enero a diciembre 923'63 € al mes.

2011.- enero a diciembre 935'25 € al mes.

2012.- enero a julio 935'25 € al mes; agosto a diciembre 748'20 € al mes.

2013.- enero a diciembre 753 € al mes.

2014.- enero a octubre 753 € al mes; noviembre 1.939'94 €; diciembre 1.799'25 €.

CUARTO.- Contra la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 26/2/2015 interpuso la actora reclamación previa, en la que solicitaba que se recalculara la base reguladora integrando las bases de cotización desde febrero de 2006 con la "base de cotización íntegra", ya que la prestación de servicios como colaboradora social para el Ayuntamiento de Murcia es una relación laboral.



QUINTO.- La reclamación previa fue en parte estimada por resolución expresa de 16/4/2015, en la que se reconoció a la reclamante la pensión de jubilación en cuantía del 100 por 100 de una base reguladora mensual de 1.236'56 € con efectos desde el 15/2/2015.

SEXTO.- La anterior base reguladora fue calculada computando unas diferencias de base de cotización en cuantía de 913'94 € mensuales entre enero y octubre de 2014, como consecuencia del acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social practicada por la Inspección de Trabajo el 3/12/2014 al Ayuntamiento de Murcia correspondiente a dicho periodo.

SEPTIMO.- El Juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia dictó sentencia el 20/11/2015, hoy firme, en el proceso ordinario núm. 211/2015, por la que se declaró que el trabajo realizado por quien hoy demanda como colaboradora social para el Ayuntamiento de Murcia desde el 2/8/2006 hasta el 14/2/2015 es una relación laboral ordinaria.

SEGUNDO .- Fallo de la sentencia de instancia.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo: "Que rechazando la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa previa, y desestimando asimismo la demanda formulada por Rosalia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y contra el AYUNTAMIENTO DE MURCIA, absuelvo a los demandados de la pretensión deducida en su contra".

TERCERO .- De la interposición del recurso y su impugnación.

Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de suplicación por el Letrado D. José Javier Conesa Buendía, en representación de la parte demanda.

CUARTO .- De la impugnación del recurso.

El recurso interpuesto ha sido impugnado por el Letrado del Excmo. Ayuntamiento de Murcia.

QUINTO .- Admisión del recurso y señalamiento de la votación y fallo.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 6 de mayo para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia se dictó sentencia el 11.7.17 en los autos sobre Desempleo nº 374/15 seguidos a instancia de D^a. Rosalia contra el INSS y la TGSS y contra el Excmo. Ayuntamiento de Murcia, desestimando la demanda.

La demandante planteo recurso de suplicación para que se declare la obligación del Ayuntamiento de cotizar desde el 2.2.06 hasta noviembre de 2014 siendo la base de cotización 1.561,22 euros mes. Recurso que fue impugnado por el Ayuntamiento que pidió su desestimación y la confirmación de la sentencia.

FUNDAMENTO SEGUNDO .- Se ampara la parte recurrente en el apartado c) del art. 193 LJS pro entender infringido el art. 222 LEC .

Motivo que debe ser estimado ya que, en el no impugnado hecho probado séptimo de la sentencia de instancia, se establece que la relación contractual entre la actora y el Ayuntamiento demandado, se celebró en fraude de ley, por lo que tiene naturaleza ordinaria puesto que así lo declara la sentencia firme del juzgado de lo social nº 2 de Murcia el 20.11.15, del juicio nº 211/15, donde las partes fueron las mismas que en este proceso.

En consecuencia, el contrato de colaboración social suscrito fue en fraude de ley, de conformidad con el art.4 CCivil, y quedan sin efecto pues la aplicación de los art. 38 y 39 RD 1445/1982 y el art. 213.3 LGSS, en virtud de las sentencias del TS de fechas 27.12.13 y 22.1.14 .

Por lo que existiendo cosa juzgada por esas sentencias sobre la naturaleza de la relación laboral queda determinar si el Ayuntamiento está obligado a cotizar y si se ha de integrar la base de cotización para completar la base reguladora de la pensión de jubilación pedida el 26.2.15 desde el inicio de su relación laboral, el 1.2.2006. Lo cual debe tener respuesta positiva fijando una cotización con carácter retroactivo desde el principio de la misma, al tratarse de una relación laboral ordinaria.

FUNDAMENTO TERCERO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 LJS se argumenta a continuación en el recurso, infracción del art. 106, 109, 126 y 213.3 LGSS y art. 12 y 13 del RD 2064/1995 de 22 de diciembre, que aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.



Motivo que igualmente debe ser estimado ya que, a tenor del art. 144 LGSS, la obligación de cotizar nace desde el inicio de la prestación del trabajo, debiéndose mantener durante todo el periodo en que el trabajador este dado de alta el régimen general de la SS o preste sus servicios, extinguiéndose dicha obligación solo con la baja en la SS debiéndose continuar cotizando si continuase la realización del trabajo.

Y el art. 109 LGSS establece que la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la el RG de la SS, está constituida por la remuneración total, en metálico o en especie, que mensualmente se perciba o la que efectivamente reciba si es superior por el trabajo realizado por cuenta ajena.

Por lo que si la obligación de cotizar nace desde el inicio de la relación laboral, el Ayuntamiento debe cotizar desde el principio de la misma, completándose la base reguladora de la prestación pro jubilación hasta la correspondiente a un trabajador con la categoría que ostente y su jornada laboral completa. Esto es, desde el 2.2.2006 hasta noviembre de 2014, sobre una base de cotización de 1.561,29 euros mensuales, a tenor de la acreditado en las actuaciones.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Estimando el presente recurso de suplicación interpuesto por D^a. Rosalía, contra la sentencia número 182/2017 del Juzgado de lo Social número 7 de Murcia, de fecha 11 de julio de 2017, dictada en proceso número 374/2015 sobre SEGURIDAD SOCIAL, y entablado por D^a. Rosalía frente al AYUNTAMIENTO DE MURCIA, al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; revocamos la misma, y en su lugar estimando la demanda, declaramos la obligación del Excmo. Ayuntamiento de Murcia de cotizar desde el 2.2.2006 hasta noviembre de 2014, aplicando a dicho período la base de cotización de 1.561,29 euros mensuales.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banco de Santander, S.A.

Dicho ingreso se podrá efectuar de dos formas:

1.- Presencialmente en cualquier oficina de Banco de Santander, S.A. ingresando el importe en la cuenta número: 3104-0000-66-0548-18.

2.- Mediante transferencia bancaria al siguiente número de cuenta de Banco de Santander, S.A.: ES55-0049-356 9-9200-0500-1274, indicando la persona que hace el ingreso, beneficiario (Sala Social TSJ Murcia) y en el concepto de la transferencia se deberán consignar los siguientes dígitos: 3104-0000-66-0548-18.

En ambos casos, los ingresos se efectuarán a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banco de Santander, S.A., cuenta corriente indicada anteriormente.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.



Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ