



Roj: **STS 5630/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5630**

Id Cendoj: **28079140012016100969**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2016**

Nº de Recurso: **2018/2015**

Nº de Resolución: **1020/2016**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 1005/2015,**
STS 5630/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 30 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto los presentes autos en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el beneficiario Don Eulogio , representado y defendido por el Letrado Don Víctor María Canales Urrosolo contra la sentencia dictada por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 24-marzo-2015 (rollo 338/2015) recaída en el recurso de suplicación interpuesto por el citado beneficiario contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Donostia-San Sebastián de fecha 17-noviembre-2014 (autos 450/2014), en procedimiento de jubilación contributiva seguido a instancia del citado beneficiario contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social. Ha comparecido en concepto de recurrido el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 24 de marzo de 2015 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación nº 338/2015 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Donostia-San Sebastián, en los autos nº 450/2014, seguidos a instancia de Don Eulogio contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social sobre incapacidad permanente. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, es del tenor literal siguiente: "Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por Eulogio frente a la sentencia de 17 de noviembre de 2014 (autos 450/14) dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Guipúzcoa en procedimiento sobre prestación instado por el recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos confirmar la resolución impugnada".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 17 de noviembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Donostia-San Sebastián, contenía los siguientes hechos probados: "1º.-) El demandante estuvo afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, trabajando para la empresa Ignacio Arandia con la categoría profesional de oficial de P hasta la extinción de su contrato de trabajo el día 25 de junio de 1993, pasando con posterioridad a trabajar por cuenta ajena con la categoría de oficial de P, como trabajador de la empresa Bado SAL, constituida por tres trabajadores de la anterior empresa, ente ello el propio demandante. Como consecuencia de la resolución de la TGSS de fecha 16 de agosto de 2014 se comunicó a la empresa Bado SAL el cambio de encuadramiento en la seguridad social de los tres socios de la empresa al régimen de Trabajadores Autónomos a partir de el 1 de septiembre de 1994 eligiendo el demandante cotizar a dicho Régimen por al base mínima de cotización establecida en el RETA. Continuando el demandante encuadrado en e 1 RETA, solicitó



el 27 de septiembre de 2001 el cambio de base de cotización a la máxima correspondiente a los mayores de 50 años a partir de el 01/01/2002. En fecha 4 de marzo de 2002 se dictó resolución de la TGSS en la que se resolvía revisar el encuadramiento en el Régimen de Autónomos de el demandante, promoviendo su alta en el Régimen de Trabajadores por Cuenta ajena desde enero de 1998. La empresa a partir de enero de el año 2002 ha procedido a efectuar el ingreso de las cotizaciones correspondientes al demandante en las cuantías que el actor señala en el hecho 3º de su demanda, que se debe de dar aquí por reproducido. 2º.-) Solicitada por el demandante la pensión de jubilación, se dictó en de fecha 7 de marzo de 2014 resolución del INSS en la que se aprobaba la prestación de la pensión de jubilación a favor del demandante con fecha de efectos de el día 20/02/2014, consistente en el 100% de la base reguladora de 1.051,95 € mes. Frente a dicha resolución se formuló por el demandante la oportuna reclamación previa en la que se solicitaba la modificación de la base reguladora de la pensión de jubilación, para que se tomase en cuenta las bases de cotización realmente efectuadas indicadas en el hecho 3º de su demanda, dictándose resolución del INSS de fecha 06/05/2014 en la que se desestimaba la reclamación previa interpuesta por el demandante y se confirmaba en su integridad la resolución impugnada. 3º.-) Frente a esta última resolución se formula la presente demanda en la que la parte actora solicita con carácter principal que se tengan en cuenta las bases de cotización por las que realmente se cotizó desde el mes de enero de 2002 hasta el mes de diciembre de 2013, y así se le reconozca la demandante una base reguladora de la pensión de jubilación en la cuantía de 1.790,82 € mes. De forma subsidiaria, el demandante solicitaba que se declarase el derecho de el demandante a que la base reguladora de la pensión de jubilación se calcule conforme a las bases de cotización coincidentes con los salarios establecidos en los convenios colectivos de la industria siderometalúrgica de Gipuzkoa para la categoría de oficial de la desde enero de 2002 hasta el mes de diciembre de 2013, y de esta forma se fijase la base reguladora en la suma de 1.750,98 €. 4º.-) En caso de estimación de la demanda, la base reguladora de la pensión de jubilación sería la de 1.781,90E mes, el porcentaje de la prestación sería la el 100%, y la fecha de efectos la de 20/02/2014".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que debo desestimar la demanda promovida por Eulogio frente al INSS, TGSS, y confirmando la resolución impugnada, absuelvo a los demandados de las pretensiones frente a ellas deducidas".

TERCERO.- Por la representación Letrada de Don Eulogio, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 25-febrero-2005 (rollo 3616/2003). SEGUNDO.- Considera que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en los arts. 109.1 LGSS en relación con los arts. 3.1.b), 3.3 y 82.3 ET y Convenio colectivo de la industria siderometalúrgica de Guipúzcoa.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 24 de setiembre de 2015, se admitió a trámite el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando 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 el día 30 de noviembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si cuando se aprecia fraude en el incremento de las bases de cotización (BC) que el actor había realizado a efectos de la prestación contributiva de jubilación resultan o no, subsidiariamente, de aplicación las tablas salariales previstas en el convenio colectivo correspondiente para el trabajo realmente desempeñado por el beneficiario y las derivadas cotizaciones a efectos de fijar la base reguladora (BR) de la prestación.

2.- La sentencia recurrida ahora en casación unificadora por el beneficiario demandante (STSJ/País Vasco 24-marzo-2015 -rollo 338/2015), confirmatoria de la de instancia (SJS/Donostia-San Sebastián nº 5 de fecha 17-noviembre-2014 -autos 450/2014), da una respuesta negativa. Son datos fácticos y circunstancias a tener en cuenta que:

a) Se trata de un supuesto en el que: **1)** el demandante trabajó para una primera empresa con la categoría de oficial 1ª, estando afiliado al RGSS hasta el 25-06- 1993, en que se produjo la extinción de su contrato, pasando a trabajar con posterioridad como trabajador por cuenta ajena en una segunda empresa (sociedad anónima laboral), constituida por tres trabajadores de la anterior, entre ellos el demandante; **2)** por resolución de la TGSS de 16-08-1994, se comunicó a esta última empresa el cambio de encuadramiento en la Seguridad Social, de los tres socios de la empresa, incluyéndolos en el RETA desde el 01-09-1994, eligiendo el demandante cotizar por la base mínima de cotización hasta el 27-09-2001 en que solicitó el cambio de cotización a la máxima



correspondiente a los mayores de 50 años a partir del 01-01-2002; **3)** En fecha 04-03-2002 la TGSS resolvió revisar el encuadramiento en el RETA del demandante promoviendo su alta en el RGSS desde enero de 1998 y la empresa, a partir de enero de 2002, procedió a efectuar el ingreso de las cotizaciones correspondientes al demandante en la cuantía que se fija en la demanda; **4)** solicitada pensión de jubilación, se dictó en fecha 07-03-2014, resolución del INSS en la que se aprobaba la prestación de la pensión de jubilación, con efectos del día 20-02-2014, consistente en el 100% de la base reguladora mensual de 1.051,95 €; **5)** formulada por el demandante reclamación para que se tomasen en cuenta las BC realmente efectuadas, lo que fue desestimado en resolución del INSS de fecha 06-05-2014.

b) El beneficiario en su demanda solicitaba que se tuvieran en cuenta las BC por las que cotizó desde enero de 2001 hasta diciembre de 2013 y, de forma subsidiaria, solicitaba que se declarase el derecho del demandante a que la BR de la pensión de jubilación se calcule conforme a las BC coincidentes con los salarios establecidos en los convenios colectivos de la industria siderometalúrgica de Guipúzcoa. Esta última petición subsidiaria es la únicamente planteada en el presente recurso casacional.

c) La sentencia de suplicación recurrida para llegar a la solución desestimatoria razona, en esencia, que << no procede atender la reclamación subsidiaria del interesado en el sentido de que se computen las BC acordes con los salarios que para su categoría de oficial de 1ª establecieron los sucesivos convenios colectivos del sector, puesto que con indudable valor de hecho probado la fundamentación de la sentencia de instancia afirmó que la empresa no siguió la estructura salarial establecida en el convenio del sector del metal, cuyas tablas salariales no fueron aplicadas al demandante ni cuando fue socio y administrador de la empresa ni cuando cesó en ese cargo >>, así como que << Para el cálculo de la BR de la pensión de jubilación la Seguridad Social no contabilizó las cotizaciones en la cuantía ingresada en la Tesorería desde enero de 2002 hasta diciembre de 2013 >>, que << La razón de esta decisión, que constituye la cuestión controvertida, radica en el incremento injustificado de las bases de cotización, lo que chocaría con la prohibición del art. 162.2 de la LGSS y de la Jurisprudencia que lo interpreta >> y que << En efecto, ... es evidente que el mismo reconoce que las retribuciones salariales desde 1999 y años sucesivos no experimentaron un incremento acorde con la elevación de las cotizaciones; incluso en algunos años se produjeron reducciones retributivas. Más aún, los salarios de los años sucesivos previstos por el convenio colectivo sectorial que ... no fueron observados por la empresa, tampoco introdujeron incrementos bruscos. Se une a ello que el demandante no cambió de categoría ni se le encomendaron tareas novedosas que justificaran el aumento de retribución; si bien hay que destacar que, no obstante ello, las bases de cotización se incrementaron >>.

3.- En la sentencia invocada como de contraste por el beneficiario recurrente en casación unificadora (STSJ/ Asturias 25-febrero-2005 -rollo 3616/2003), a los fines del art. 219.1 LRJS , se da una respuesta positiva a la petición subsidiaria. Son datos fácticos y circunstancias a tener en cuenta de la sentencia referencial que:

a) El actor era titular una empresa y figuraba afiliado a la Seguridad Social hasta el año 1992 en que fue transmitida a otras personas, pasando el actor del grupo de cotización 5 al 1, variándose en sus nóminas la categoría profesional de viajante a director, ello no obstante no constaba que las funciones y tareas por el referido demandante desarrolladas experimentarían variación alguna a pesar de las variaciones experimentadas en las BC del actor para contingencias comunes, durante el periodo comprendido entre abril de 1989 a diciembre de 1999.

b) La sentencia de suplicación estima la pretensión subsidiaria, argumentando, en esencia que <<... la legalmente exigida correspondencia entre las BC computables y el salario acorde con el trabajo realmente desempeñado - art. 109.1 LGSS - también se quiebra si irrazonablemente se coloca al trabajador en peor posición de la que reflejan los datos relativos a su biografía laboral. Así ocurre ahora, pues acreditado que el actor realizó desde la fundación de la sociedad las funciones de director de la empresa, sin haber existido otra persona encargado de las mismas, no hay razón alguna para negarse a computar, a fin de calcular la pensión de jubilación, las BC que correspondan, según los sucesivos convenios colectivos del sector, al trabajador con la categoría de director o equivalente, siempre, por supuesto, con el límite de las cotizaciones efectivamente ingresadas. De esta forma, además de evitarse el fraude, se restablece el equilibrio entre el trabajo realizado, la contraprestación económica recibida, las cotizaciones efectuadas y las BC computables; en caso contrario se origina un perjuicio desproporcionado, sin fundamento jurídico, al ser la base reguladora de la pensión -781,66 €- muy inferior no ya a lo cotizado, sino asimismo a la retribución mínima del trabajo realizado >>.

4.- Concorre, por lo expuesto, el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS (" El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos ") para viabilizar el



recurso de casación unificadora, puesto que en ambos casos, – rechazados los incrementos abusivos de cotización para la determinación de la BR de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, en el periodo cuestionado y de conformidad con el art. 162.2 LGSS (" Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 120, para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, no se podrán computar los incrementos de las bases de cotización, producidos en los dos últimos años, que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, en el correspondiente sector ") –, se plantea como pretensión subsidiaria que se aplique el salario convenio colectivo acorde con las tareas efectivamente desempeñadas en dicho periodo, cuya realidad no se cuestiona en ninguna de ellas, llegando a soluciones jurídicamente contradictorias; sin que, entendamos, que la afirmación con valor fáctico que se contiene en la sentencia recurrida respecto a que << la empresa no siguió la estructura salarial establecida en el convenio del sector del metal, cuyas tablas salariales no fueron aplicadas al demandante ni cuando fue socio y administrador de la empresa ni cuando cesó en ese cargo >> no constituye obstáculo a la apreciación de dicho presupuesto pues se trataría, en su caso, de un incumplimiento empresarial ajeno a la cuestión ahora debatida.

SEGUNDO.- 1.- Procede, por tanto, entrar a conocer de la cuestión de fondo planteada por el beneficiario recurrente que denuncia como infringidos por la sentencia impugnada los arts. 109.1 LGSS en relación con los arts. 3.1.b), 3.3 y 82.3 ET y Convenio colectivo de la industria siderometalúrgica de Guipúzcoa.

2.- Dispone el invocado art. 109.1 LGSS que " La BC para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena" y que "Las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los doce meses del año ... ". Por su parte en el art. 3 ET se regulan las fuentes de la relación laboral, fijando que " 1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.- b) Por los convenios colectivos ... " (art. 3.1 ET) y que " 3. Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables " (art. 3.3. ET); y finalmente en el citado art. 82.3 ET , regulador del concepto y eficacia de los convenios colectivos regulados en dicho Estatuto, se establece que " 3. Los Convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia " .

3.- Esta Sala entiende que la solución jurídicamente correcta es la que se contiene en la sentencia referencial, por lo que el recurso de casación unificadora interpuesto por el beneficiario debe ser estimado. En efecto, – como se razona en dicha sentencia de contraste y en el voto particular emitido a la ahora recurrida –, partiendo de la realidad de que las tareas efectivamente desempeñadas por el beneficiario en el periodo discutido (de no cuestionado ahora abuso fraudulento en la cotización) corresponden a una categoría profesional concreta y a unas tablas salariales fijadas en los sucesivos Convenios colectivos, retribuciones fijadas en un convenio colectivo de naturaleza normativa, con relación a las cuales la empresa estaba legalmente obligada a cotizar (arts. 109.1 LGSS , 3.1.b) y 3.3 y 82.3 ET , 37.1 CE), no cabe negar al trabajador el que sus bases de cotización de dicho período a efectos de la determinación de la base reguladora de su prestación contributiva de jubilación no se correspondan con las mínimas legalmente exigibles, restableciéndose, así, el equilibrio entre el trabajo realizado, la contraprestación económica recibida, las cotizaciones efectuadas y las bases de cotización computables.

TERCERO.- Procede, por lo expuesto y oído el Ministerio Fiscal, estimar en el concreto extremo impugnado la sentencia recurrida, casar y anular en dichos términos la misma y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar en parte y con respecto a la pretensión subsidiaria el recurso de tal clase interpuesto por el beneficiario, lo que comporta revocar en parte la sentencia de instancia y estimar en parte la demanda, declarando que las bases de cotización al Régimen General de la Seguridad Social, que han de computarse para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación del demandante, han de tomar como referencia los salarios establecidos en los Convenios Colectivos para el sector de la Industria Siderometalúrgica de Guipúzcoa, en el periodo que abarca desde el año 2002 al 2013, ambos inclusive, y en las cuantías contempladas en el cuarto motivo de Suplicación, sin exceder de las cotizaciones efectivamente satisfechas por el actor; condenando en consecuencia al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por estas declaraciones, al igual que al pago de la correspondiente prestación con efectos de 20-febrero-2014; sin costas (art. 235.1 LRJS).

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el beneficiario Don Eulogio contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 24-marzo-2015 (rollo 338/2015) recaída en el recurso de suplicación interpuesto por el citado beneficiario contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Donostia-San Sebastián de fecha 17-noviembre-2014 (autos 450/2014), en procedimiento de jubilación contributiva seguido a instancia del citado beneficiario contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social. Casar y anular en dichos términos la sentencia impugnada y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar en parte y con respecto a la pretensión subsidiaria el recurso de tal clase interpuesto por el beneficiario, lo que comporta revocar en parte la sentencia de instancia y estimar en parte la demanda, y declarar que las bases de cotización al Régimen General de la Seguridad Social, que han de computarse para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación del demandante, han de tomar como referencia los salarios establecidos en los Convenios Colectivos para el sector de la Industria Siderometalúrgica de Guipúzcoa, en el periodo que abarca desde el año 2002 al 2013, ambos inclusive, y en las cuantías contempladas en el cuarto motivo de Suplicación, sin exceder de las cotizaciones efectivamente satisfechas por el actor; condenando en consecuencia al INSS y a la TGSS a estar y pasar por estas declaraciones, al igual que al pago de la correspondiente prestación con efectos de 20-febrero-2014; sin costas.

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

Así se acuerda y firma.