



Roj: **STS 1630/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1630**

Id Cendoj: **28079140012011100197**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2011**

Nº de Recurso: **1075/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Barcelona, núm. 29, 15-05-2008,**  
**STSJ CAT 623/2010,**  
**STS 1630/2011**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a ocho de Marzo de dos mil once.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha 19 de enero de 2010, recaída en el recurso de suplicación nº 6995/2008, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona, dictada el 12 de mayo 2008, en los autos de juicio nº 220/08, iniciados en virtud de demanda presentada por Penélope, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y AYUNTAMIENTO DE CORNELLA DE LLOBREGAT, sobre INCAPACIDAD.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de mayo de 2008, el Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por Penélope contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, AJUNTAMENT DE CORNELLA DE LLOBREGAT en reclamación de incapacidad temporal declaro que la base reguladora diaria asciende a 93,78 euros; que el importe a percibir por diferencias desde 9.7.2007 hasta el 7.1.2008 asciende a 3.697,51 euros, debiendo responder de esta cantidad la demandados, y el INS anticipar. Absuelvo a la Tesorería General de la Seguridad Social sin perjuicio de sus obligaciones legales.". Esta sentencia fue aclarada por auto de fecha 17 de junio en los siguientes términos: "Donde dice: "declaro que la base reguladora diaria asciende a 93,78 euros; que el importe a percibir por diferencias desde 9.7.2002 hasta el 7.1.2008 asciende a 3.697.51 euros, debiendo responder de esta cantidad la demandados, y el INS anticipar." ha de decir: "declaro que la base reguladora diaria asciende a 93,78 euros; que el importe a percibir por diferencias desde 9.7.2002 hasta el 7.1.2008 asciende a 3.697.51 euros, debiendo responder de esta cantidad la demandada, y el INSS anticipar.".

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " **1º** .- La parte actora, cuyos datos personales constan en el expediente administrativo, se encuentra afiliada a la Seguridad Social, Régimen General, cuando prestaba servicios por cuenta de la empresa demandada. **2º** .- En fecha 9.1.2006 inició IT por enfermedad común. En fecha 9.7.2007 fue alta por agotamiento del plazo máximo. La resolución administrativa fijó como base reguladora 59,39 € diarios. En el mes anterior al inicio de la IT prestó servicios 19 días, percibiendo con prorata 2291,27 €. La base máxima es de 2.813,40 € para el año



2005, resultando una base diaria de 93,78 €. **3º** .- Interpuesta reclamación previa, fue estimada parcialmente, indicándose que la base reguladora es de 66,84 € y efectos 9.7.2007 hasta la causa legal de extinción. **4º** .- Según documentación obrante en autos la empresa certifica en 14.12.2007 que en diciembre 2005 la cotización era de 1114 € más 667,62 €, por un total de 1781,82 €, pero se cotizó por 155,82 € en lugar de 667,62 €. En 12 diciembre 2007 se ingresó una cotización complementaria con recargo. **5º** .- En caso de estimación la base reguladora es de 93,78 € (1781,82 €/19), y los efectos 9.7.2007 hasta 7.1.2008."

**TERCERO**.- Contra la anterior sentencia, la letrada del Ayuntamiento de Cornellá de Llobregat, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 19 de enero de 2010 , en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Cornellá de Llobregat, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 29 de Barcelona, autos 220/08, de fecha 12.5.2008, debemos revocar parcialmente la misma, absolviendo al Ayuntamiento condenado y declarando la responsabilidad exclusiva del INSS en orden al abono de 3697,51 euros por diferencias en el subsidio de incapacidad temporal en el período comprendido entre el 9.7.2007 y el 7.1.2008, a que tiene derecho la actora D<sup>a</sup>. Penélope ".

**CUARTO**.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, el letrado de la Administración de la Seguridad Social, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 4 de octubre de 2006, recurso 1798/2005 .

**QUINTO**.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por el Ayuntamiento de Cornellá de Llobregat, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso.

**SEXTO**.- Se señaló para la votación y fallo el día 1 de marzo de 2011, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El Juzgado de lo Social número 29 de Barcelona dictó sentencia el 12 de mayo de 2008 , aclarada por auto de 17 de junio de 2008, estimando la demanda interpuesta por Doña Penélope , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Ayuntamiento de Cornellá de Llobregat, en reclamación de incapacidad temporal, declarando que la base reguladora diaria asciende a 93'78 euros, que el importe a percibir por diferencias desde el 9-7-07 al 7-1-08 asciende a 3.697'51 euros, debiendo de responder de esta cantidad la demandada y el INSS anticipar, absolviendo a la Tesorería General de la Seguridad Social, sin perjuicio de sus obligaciones legales. Tal y como resulta de dicha sentencia la actora inició IT por enfermedad común el 9-1-06 , habiendo sido dada de alta el 9-7-07 , fijándose una base reguladora diaria de 59'39 euros, habiendo prestado servicios en el mes anterior al inicio de la IT durante 19 días, percibiendo la cantidad de 2291'27 euros con prorrata, resultando una base diaria de 93'78 euros, habiendo cotizado la empresa por 115'82 euros, en lugar de 155'82 euros en el mes anterior al inicio de IT. En diciembre de 2007 ingresó cotización complementaria.

Recurrida en suplicación por el demandado Ajuntament de Cornellá de Llobregat, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 19 de enero de 2010 , estimando el recurso formulado, absolviendo al Ayuntamiento condenado y declarando la responsabilidad exclusiva del INSS en orden al abono de 3697'51 euros por diferencias en el subsidio de IT al que tiene derecho la parte actora, por el periodo comprendido entre el 9-7-07 y el 7-1-08. La sentencia razona, con cita de sentencias de esta Sala de 1-2-00 , 29-2 , 31-3 y 4-12 del 2000 , y 5-2-2001 y 24-3-01 , que debe distinguirse según se trate de incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios, o por el contrario de conductas rupturistas o expresivas de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar, imponiéndose la responsabilidad del pago de las prestaciones en el primer supuesto a la entidad gestora o colaboradora, en tanto en el segundo se impone a la empresa, con la responsabilidad subsidiaria del INSS.

Contra dicha sentencia se interpuso por el demandado INSS recurso de casación para la unificación de doctrina aportando como sentencia contradictoria la dictada por esta Sala de lo Social el 4 de octubre de 2006, recurso 1798/05 .

El demandado Ayuntamiento de Cornellá de Llobregat ha impugnado el recurso habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima que el mismo es procedente.

**SEGUNDO** .- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral que supone que



ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticas, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social el 4 de octubre de 2006, recurso 1798/05 desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado representante de Hewlett Packard Española S.L. contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 9 de febrero de 2005, recaída en el recurso de suplicación nº 448/04 de dicha Sala, en actuaciones seguidas a instancia de D<sup>a</sup> Carolina frente al INSS y Hewlett Packard Española SA., sobre IT. Consta en dicha sentencia que la actora causó baja por IT derivada de enfermedad común el 25-10-00, percibiendo la prestación a través de la empresa autorizada a participar en la colaboración voluntaria en el pago de la prestación, pasando el 14-02 a percibir la prestación por pago directo del INSS, con efectos de 25-04-02 y base reguladora diaria de 17'20 euros, habiendo cotizado la empresa por bases inferiores a las que correspondían, habiendo percibido la prestación en la cuantía adecuada en el periodo de 25-10-00 a 24-04-02. La empresa realizó cotización complementaria del mes de octubre de 2000 por importe de 18'03 euros. La sentencia entendió, siguiendo la doctrina de la Sala, que la moderación de la responsabilidad para cuando la infracción de cotización resulta esporádica, no grave ni reiterada, se aplica a los supuestos de descubiertos en la cotización, pero no, salvo casos excepcionales, a los supuestos concretos de infracotización a la Seguridad Social.

Entre las sentencias comparadas concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues en ambos supuestos se trata de trabajadores que han permanecido en situación de IT derivada de enfermedad común un determinado periodo de tiempo, habiendo percibido las prestaciones en cuantía inferior a la que les correspondía, por haber cotizado la empresa, en el mes anterior a iniciarse la citada situación, por cuantía inferior a la legalmente establecida, si bien con posterioridad ingresaron la diferencia entre lo cotizado y lo debido cotizar. Las sentencias han llegado a resultados contradictorios pues, en tanto la sentencia recurrida entiende que la responsabilidad es exclusiva del INSS, la de contraste entiende que la responsabilidad es de la empresa incumplidora.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral procede entrar a conocer del fondo del asunto.

**TERCERO** .- El recurrente alega infracción del artículo 126 de la LGSS, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, así como los artículos 94 y 95 de la LGSS de 1966.

Aduce, en esencia, invocando la sentencia de esta Sala de 3 de abril de 2001, recurso 3221/99, que la imputación de responsabilidad empresarial, como consecuencia de infracotización alcanza a la diferencia entre la base reguladora y lo cotizado, tratándose de una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador.

El recurso formulado ha de ser estimado, siguiendo la doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en la sentencia de contraste, sentencia de 4 de octubre de 2006, recurso 1798/05, que debe ser respetada por razones de seguridad jurídica y por no apreciarse razón alguna que aconseje un cambio jurisprudencial. La citada sentencia establece: *"La regla general que se desprende de los mencionados preceptos es la de la responsabilidad directa del empresario que haya incumplido sus obligaciones con la Seguridad Social, entre ellas las de cotización, sin perjuicio del anticipo por parte de la entidad gestora correspondiente. Ante la falta de desarrollo reglamentario de los arts. 126 y 127 de la LGSS, la jurisprudencia ha entendido vigentes los arts. 94, 95 y 96 de la Ley de la Seguridad Social de 1966, integrados por la interpretación que dicha jurisprudencia ha realizado de tales preceptos. Y así como para el caso de falta de ingreso de las cotizaciones (art. 94.2 b), el número 4 del siguiente art. 95 dispone que "podrá moderarse reglamentariamente el alcance de la responsabilidad empresarial cuando el empresario ingrese las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores.", nada se especifica para el supuesto de que se cotice por una base inferior a la que corresponda (infracotización), salvo lo dispuesto en el art. 94.2 c, que determina el alcance de la responsabilidad empresarial en este supuesto en el abono a su cargo de "la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador y la que corresponde asumir a la Seguridad Social por las cuotas efectivamente ingresadas". Por ello, la doctrina de esta Sala ha ido fijando los supuestos en que procede atemperar la responsabilidad empresarial, distinguiéndose según se trate de prestaciones derivadas de accidente laboral o de enfermedad común, y en función de la repercusión del incumplimiento empresarial sobre los requisitos de acceso a la protección, señalando que esa moderación de la responsabilidad para cuando la infracción de cotización resulta esporádica, no grave ni reiterada, se aplica a los supuestos de descubiertos en la cotización, pero no, salvo casos excepcionales, a los supuestos concretos de infracotización a la Seguridad Social (véase nuestra sentencia de 16 de junio de 2005, recurso nº 3332/03). Conclusión que tiene su lógica puesto que la moderación de la responsabilidad en caso de infracotización va ínsita en la determinación de su alcance a cargo del empresario, que abarca sólo la diferencia entre*



*la cuantía total de la prestación causada y la que corresponde a la Seguridad Social en virtud de las cuotas efectivamente ingresadas."* .

Por todo lo razonado procede la estimación del recurso formulado.

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

## **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS, contra la sentencia de 19 de enero de 2010, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en el recurso de suplicación nº. 6995/08 , interpuesto frente a la sentencia de 12 de mayo de 2008, dictada en autos nº1 220/08, por el Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona , seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Penélope contra INSS, TGSS y Ajuntament de Cornellá de Llobregat, sobre prestaciones de IT. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por el Ajuntament de Cornellá de Llobregat contra la sentencia de instancia que confirmamos. Sin 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. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.