

Roj: **STS 7361/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7361**Id Cendoj: **28079140012005101045**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/11/2005**Nº de Recurso: **5352/2004**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **FRANCISCO JAVIER SANCHEZ-PEGO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil cinco.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el letrado del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 5 de octubre de 2004, dictada en el recurso de suplicación número 2767/04 formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número Ocho de Valencia de fecha 7 de junio de 2004 dictada en virtud de demanda formulada por D. Luis Alberto , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y contra la empresa Azulejos Salas, S.L. en reclamación de base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ-PEGO FERNÁNDEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de junio de 2004, el Juzgado de lo Social número Ocho de Valencia dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que no dando lugar a la excepción de prescripción opuesta por la empresa Azulejos Salas, S.L. y estimando la demanda deducida por D. Manuel Tarrega Sanz contra la misma y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, debo declarar y declaro que la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total, que fue reconocida al actor por Resolución del Ente Gestor de fecha 27 de junio de 2003 y con efectos de 11 de junio de 2003, se eleva a 731,75 euros mensuales condenando al Ente gestor y a la empresa a estar y pasar por esta declaración y al INSS al abono de las diferencias generadas en el abono de la pensión, absolviendo a la empresa del resto de las pretensiones deducidas en su contra."

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: El demandante D. Luis Alberto , nacido el 6 de octubre de 1942, con D.N.I. nº NUM000 figura afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con N.A.S.S. NUM001 , teniendo como profesión habitual la de alicatador. Tramitado expediente de incapacidad permanente con el nº NUM002 y seguido el mismo por sus trámites, se dictó resolución por la Dirección Provincial del INSS en fecha 27 de junio de 2003, previo dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de 11 de junio de 2003, por el que se le reconocía en situación de incapacidad permanente total, declarándose el derecho al percibo de una pensión equivalente al 75% de su base reguladora mensual de 519,26 euros y efectos económicos desde el 11 de junio de 2003. El grado invalidante le fue reconocido conforme al siguiente cuadro clínico: Espondiloartrosis, síndrome vertiginoso. Hombro izquierdo doloroso. Consignándose en el dictamen-propuesta como limitaciones orgánicas y funcionales las siguientes: Limitación para actividades con sobrecarga de la columna o del hombro izquierdo. Limitación para actividades con riesgo de caídas o maquinaria peligrosa. SEGUNDO: Disconforme el actor con la base reguladora de la prestación reconocida, interpuso Reclamación previa el 31 de julio de 2003 alegando, en síntesis, que para el cálculo de la base reguladora de la pensión se habían considerado base mínimas en determinados períodos cuando la retribución y base de cotización fue superior, postulando el reconocimiento de una base reguladora de 731,75 euros. La reclamación le fue desestimada por resolución del Ente gestor de



fecha (registro de salida) 21 de agosto de 2003. En la resolución se hacía constar que se habían tomado las bases de cotización que aparecían mecanizadas en las bases de datos correspondientes, habiéndose aplicado únicamente el procedimiento de estimación de bases en los meses de septiembre de 2001 y septiembre de 2002. TERCERO: El período computable para el cálculo de la base reguladora es el comprendido entre el mes de junio de 1995 y el mes de mayo de 2003. CUARTO: El demandante prestó servicios por cuenta y orden de la empresa Azulejos Salas, S.L. con categoría profesional de Oficial de 1ª Alicatador (Nivel VIII) en los siguientes períodos: de 20 de febrero de 1996 a 21 de junio de 1996. Del 1 de abril de 1998 a 19 de diciembre de 2001. De 21 de diciembre de 2001 a 10 de junio de 2003. El convenio aplicable a la relación laboral del demandante con la empresa codemandada en el período 1 de febrero de 1996 a 30 de junio de 1996 era el colectivo de trabajo del Sector de Construcción y Obras Públicas de la provincia de Valencia publicado en el B.O.P. de 1 de julio de 1996. El salario diario con prorrata para la categoría del actor se elevaba a 3.348,11 pesetas/día (20,12 €) mas una asignación complementaria de 1.275.- pesetas (7,31 euros/día). En el período comprendido entre abril y diciembre de 1998 el Convenio aplicable era el de la Construcción y Obras Públicas de la provincia de Valencia para el año 1998, publicado el 26 de junio de 1998, que fijaba un salario día con prorrata para el nivel VIII de 3.518,97 pesetas (21,15 euros) y una asignación complementaria por día trabajado de 1.355 pesetas (8,14 euros). En el período 1 de enero a 31 de diciembre de 1999 el Convenio a aplicar es el publicado en el B.O.P. nº 143 de 18 de junio de 1999 que establece un salario día para la categoría del actor de 3.600,35 pesetas (21,64 euros) y una asignación complementaria de 1.386 pesetas (8,33 euros). En el período 1 de enero a 31 de diciembre de 2000 el Convenio aplicable es el de la Construcción y Obras Públicas de la provincia de Valencia publicado en el B.O.P. de 10 de marzo de 2000 que establece un salario diario con prorrata de 22,41 euros y una asignación complementaria de 8,62 euros. QUINTO: De conformidad con las retribuciones mínimas establecidas cada año por Convenio Colectivo (en la forma detallada en el hecho probado anterior) las bases de cotización del actor debían haber sido las siguientes: Año 1996: febrero-55,03 euros, marzo-806,47 euros, abril-779,04 euros, mayo- 813,78 euros, junio-720,78 euros. Año 1998 (abril a diciembre): abril-821,72. Mayo-859,15 euros. Junio-846,14 euros. Julio-875,43 euros. Agosto-859,15 euros. Septiembre-846,14 euros. Octubre- 859,15 euros. Noviembre-838 euros. Diciembre-59,15 euros. Año 1999 (enero a diciembre): Enero- 870,76 euros. Febrero-805,84 euros. Marzo-887,42 euros. Abril-849,12 euros. Mayo-887,42 euros. Junio-865,78 euros. Julio-895,95 euros. Agosto-887,42 euros. Septiembre-865,78 euros. Octubre- 870,76 euros. Noviembre-857,45 euros. Diciembre-870,76 euros. Año 2000: (enero a diciembre). Enero 901,59 euros. Febrero-865,39 euros. Marzo-927,45 euros. Abril-870,56 euros. Mayo-918,83 euros. Junio-986,42 euros. Julio-8,83 euros. Agosto-918,83 euros. Septiembre-896,42 euros. Octubre-901,59 euros. Noviembre-887,8 euros. Diciembre-892,97 euros. SEXTO: En los períodos indicados figuran como cotizadas las siguientes cantidades: Año 1996: Febrero 438,50 euros. Marzo-448,96 euros. Abril-448,96 euros. Mayo-448,96 euros. Junio-480,38 euros. Año 1998: Abril- 448,96 euros. Mayo-448,96 euros. Junio-448,96 euros. Julio-448,96 euros. Agosto-78,55 euros. Septiembre-378,55 euros. Octubre-378,55 euros. Noviembre-448,96 euros. Diciembre-448,96 euros. Año 1999: Enero, marzo, abril, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre- 448,96 euros. Febrero-439,58 euros. Mayo-378,55 euros. Año 2000: de enero a diciembre-448,96 euros. SEPTIMO: El total de bases de cotización del período junio de 1995 a mayo de 2003, de computarse como bases de cotización en los períodos reseñados las consignaciones en el hecho probado quinto, se elevaría a 81.955,53 euros que, dividido entre 112, da una base reguladora mensual de 731,75 euros. El monto total de bases de cotización teniendo en cuenta por el INSS se eleva 58.156,84 euros. OCTAVO: Agotada la vía previa se interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social el 24 de septiembre de 2003 en solicitud de reconocimiento de una base reguladora mensual de 731,75 euros.

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia sentencia con fecha 5 de octubre de 2004, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 8 de Valencia de fecha 7 de junio de dos mil cuatro en virtud de demanda formulada contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Azulejos Salas, S.L., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida".

CUARTO.- El letrado de la Administración de la Seguridad Social, mediante escrito de fecha 21 de diciembre de 2004, 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 Supremo, de fecha 19 de marzo de 2004. SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 126.2 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con los artículos 94, 95 y 96 de la Ley Articulada de la Seguridad Social.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar



procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 15 de noviembre de 2005, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida confirmó la de instancia que impuso a cargo exclusivo del Instituto Nacional de la Seguridad Social la diferencia de pensión por incapacidad permanente total correspondiente a la de cotización producida durante períodos en que la empresa codemandada había cotizado por cantidades inferiores a los salarios establecidos para la categoría profesional del trabajador demandante en los sucesivos convenios colectivos rectores de la relación laboral.

Tal exoneración de la responsabilidad empresarial cuestionadamente surgida de la infracotización viene fundada en dos criterios jurisprudenciales que la sentencia de suplicación considera aplicables: a) "Que dicha responsabilidad tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, de forma que la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del período de cotización exigido (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1998)". b) Que, según doctrina tradicional acogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997 , "si los descubiertos en la cotización (en nuestro caso se trata de infracotización) no obedecen a una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación, la empresa queda exonerada, y en el supuesto de autos nada se ha acreditado al respecto", sino, opuestamente, una actitud pasiva de la entidad gestora en orden a la liquidación y exigencia de las diferencias de cotización que pudo conocer.

SEGUNDO.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social reproduce en casación para la unificación de doctrina su pretensión de suplicación, consistente en que sea la empresa quien asuma la responsabilidad por la diferencia entre la cuantía de la pensión causada con arreglo a la cotización que debió efectuarse y la reconocida por la Entidad gestora sobre la efectuada, sin perjuicio de que ésta haya de anticipar la pensión en su totalidad. Invoca y explica para ello la contradicción en que incurre la sentencia impugnada con la doctrina que contiene la de esta Sala de 19 de marzo de 2004 (recurso 2287/03) e imputa fundadamente a aquélla la infracción del artículo 126.2 de la Ley General de la Seguridad Social , en relación con los artículos 94, 95 y 96 de la Ley articulada , mantenidos con rango reglamentario.

Dicha sentencia casó la allí recurrida, que había adoptado criterio homólogo a la que lo es en este caso, y atribuyó a la empresa la responsabilidad del pago de la diferencia producida en la pensión de jubilación del trabajador por quien había omitido las cotizaciones correspondientes a un concepto retributivo documentado como dietas pero que tenía realmente naturaleza salarial. La fundamentación central de aquella sentencia de suplicación, desestimada por la de casación, consistía, como en el presente supuesto, en considerar "que no ha existido por parte de la empresa voluntad rebelde al pago, pues, aún negando el carácter extrasalarial de las cantidades percibidas (por entender que correspondían al concepto de dietas), lo cierto es que no procedió a cotizar por las cantidades que se cuestionaban por hallarse convencida de que estaba exenta de tal obligación, no por malicia ni por ánimo defraudatorio".

TERCERO.- Ante la contradicción decisoria sobre tales supuestos sustancialmente idénticos, como exige para la unificación de doctrina el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , habiéndose dado cumplimiento recurrente a los requisitos casacionales que establece el artículo 222, según se expuso, es claro que debe prevalecer el criterio de la citada sentencia de esta Sala, constitutivo de reiterada y recientemente mantenida doctrina establecida y aplicada en las sentencias que seguidamente se dirán.

En efecto, tal doctrina, obrante en sentencias tales como la de contraste y la de 22 de julio de 2002 (recurso 4499/02), con cita de las de 3 de abril de 2001, de 17 de septiembre de 2001 y otras anteriores, toma como punto de partida la literalidad misma del artículo 126.2 de la Ley General de la Seguridad Social , que impone la responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones por el incumplimiento de las obligaciones en materia de cotización, entre otras, cuyo incumplimiento no se circunscribe a la ausencia de cotización, sino que abarca también la cotización por cantidad inferior a la procedente en la medida en que influya sobre el importe de una prestación. Tal como explica la sentencia de 8 de mayo de 1997 , citada tanto en la recurrida como en la de contraste, el nº 1 del artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social atribuye la responsabilidad del pago de las prestaciones a la entidad gestora o colaboradora cuando se han cumplido los requisitos legalmente previstos, entre ellos los referentes a las cotizaciones, lo que significa que la regla del nº 2 del mismo artículo "no puede interpretarse como una norma autónoma de carácter sancionador, sino como una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador". Se entiende con tal razonamiento que si dicha sentencia aludió después únicamente al perjuicio consistente en la privación del derecho a la prestación por descubiertos obstativos a la cobertura del período de carencia, fué tan sólo "porque en el caso decidido en la misma se



trataba de una declaración de responsabilidad total en la prestación y no había constancia de que se hubiera producido ningún otro perjuicio del derecho de la trabajadora afectada", tal como explica la sentencia invocada para su confrontación con la recurrida, transcribiendo texto de la de 17 de septiembre de 2001 y que ésta obtuvo explícitamente, a su vez, de la de 1 de febrero de 2000 .

Pero en el caso que ahora se decide, sigue exponiendo dicha sentencia de contraste, "la repercusión del incumplimiento de la empleadora en la prestación de jubilación (en el presente proceso, de incapacidad permanente) causada no incidió ciertamente en el requisito de carencia necesario para que el trabajador causara el derecho, pero sí en la cuantía de la referida pensión. Por ello no puede decirse en rigor que el incumplimiento empresarial no haya tenido trascendencia en la relación jurídica de protección, ya que ha repercutido directamente en el importe de la pensión a percibir por el beneficiario de Seguridad Social al incrementarse su base reguladora con las cantidades sobre las que se debió cotizar..."

Idéntica doctrina se reitera en las sentencias de esta Sala de 19 de marzo 2004 (rec. 2287/03), de 2 de junio de 2004 (rec.1268/03) y de 17 de noviembre de 2004 (rec. 5997/03).

CUARTO.- La conclusión de cuanto ha quedado expuesto es la procedencia de estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, tal como ha sido informado por el Ministerio Fiscal, y resolver la controversia suscitada en el de suplicación, como establece el artículo 226.2 de la Ley de Procedimiento Laboral , estimando también el de esta clase que interpuso la misma entidad gestora, lo que determina la casación y anulación de la sentencia recurrida para revocar la de instancia en el único aspecto que ha sido objeto de ambos recursos, imponiendo a la empresa empleadora del demandante, codemandada en el presente proceso la responsabilidad proporcional correspondiente al incumplimiento de su deber de cotización, al haberlo hecho en cuantía inferior a la preceptiva, sin perjuicio de la obligación de la entidad gestora de anticipar íntegramente el importe de la pensión.

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 Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictada con fecha 5 de octubre de 2004 en el recurso de suplicación 2767/04 interpuesto por la misma entidad gestora contra la sentencia del Juzgado de lo Social número ocho de Valencia dictada el 7 de junio de 2004 en autos 905/03 seguidos en virtud de demanda de D. Luis Alberto frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Azulejos Salas, S.L., sobre incapacidad permanente total. Casamos y anulamos la sentencia recurrida en el único punto controvertido en ambos recursos, referente a la responsabilidad de la empresa en el pago de parte del importe de la pensión reconocida al demandante, y resolvemos el debate planteado en suplicación mediante la estimación del recurso de esta clase que interpuso el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y, con revocación de la sentencia de instancia en el único mencionado aspecto, condenamos a la empresa codemandada Azulejos Salas, S.L. a que constituya en el servicio común correspondiente de la Seguridad Social el capital necesario para el pago de la diferencia de pensión litigiosa por infracotización, sin perjuicio de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social abone la pensión íntegra anticipando la referida diferencia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Organo Jurisdiccional correspondiente ,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. Francisco Javier Sánchez-Pego Fernández hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.