

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 365/2018 de 4 Abr. 2018, Rec. 1308/2016

Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente.

Nº de Sentencia: 365/2018

Nº de Recurso: 1308/2016

Jurisdicción: SOCIAL

Derecho de un pensionista al cómputo del trabajo realizado antes de cumplir 14 años

PENSIÓN SOVI. Carencia requerida. Derecho a lucrar la pensión de jubilación del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez de trabajadora al otorgarse validez al periodo trabajado antes de cumplir los 14 años. No puede ser óbice para, en el caso de trabajo efectivo, lucrar la prestación que el mismo generaría. Las consecuencias de este trabajo no permitido por la Ley deben repercutir contra el empleador y no contra el menor trabajador. La responsabilidad ha de ser proporcional a la dimensión del incumplimiento. Falta de contradicción entre las sentencias comparadas.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del TSJ Andalucía, confirmando el derecho de la trabajadora a lucrar la pensión SOVI.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1308/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 365/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 4 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, representados y defendidos por la Letrada Sra. Bellón Blasco, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada) de 14 de enero de 2016, en el recurso de suplicación nº 1228/2015 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 16 de febrero de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Jaén , en los autos nº 821/2013, seguidos a instancia de D^a Inocencia contra dichos recurrentes, los herederos de D. Ángel Jesús , sobre materias

laborales individuales.

Ha comparecido en concepto de recurrida D^a Inocencia , representada y defendida por el Letrado Sr. García Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de febrero de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Jaén, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Se estima parcialmente la demanda interpuesta por D^a Inocencia frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, y Herederos de D. Ángel Jesús reconociendo el derecho de la actora a lucrar la pensión de jubilación del seguro obligatorio de vejez e invalidez en la cuantía y efectos que legalmente procedan, con efectos de 7-9-13, correspondiendo un 97% de la misma a INSS y TGSS. y un 3% a Herederos de D. Ángel Jesús condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«**1º.-** D^a Inocencia , mayor de edad, con DNI nº. NUM000 , vecina de Mancha Real (Jaén), nacida el NUM001 -1948, figura afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el nº. NUM002 .

2º .- Solicitada pensión de jubilación el 10-9-13, recayó resolución del INSS de fecha 11-9-13 donde se le denegaba la misma por no reunir el periodo mínimo de cotización de 1.800 días del SOVI, acreditando un total de 1.750 días desde el 11-10-1.962 hasta su jubilación. Constan los siguientes periodos cotizados por la actora:

11-10-62 al 31-12-66 1-1-67 al 3-9-69

6-12-74 al 27-3-75

1-8-2.007 al 20-8-2.008.

Asimismo y sin embargo ha quedado acreditado que la actora prestó servicios para D. Ángel Jesús desde el mes de agosto de 1.962.

3º .- Disconforme con dicha resolución la actora interpuso reclamación previa el 22-10-13, recayendo resolución desestimatoria de la misma el día 31-10-13, agotando la vía administrativa. La demanda ha sido presentada ante el Juzgado Decano de los de Jaén el 13.11.13».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), dictó sentencia con fecha 14 de enero de 2016 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra Sentencia dictada el día 16 de febrero de 2015 por el Juzgado de lo Social número 2 de Jaén , en los Autos número 821/13 seguidos a instancia de D^a Inocencia contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, D. Ángel Jesús (fallecido) y HEREDEROS DE D. Ángel Jesús , en reclamación sobre MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida. No se realiza condena en costas por el presente recurso».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Bellón Blasco, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, mediante escrito de 11 de marzo de 2016, 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 Cataluña de 8 de marzo de 2001 . **SEGUNDO.-** Se alega la infracción de la disposición transitoria séptima de LGSS , en relación con los arts. 1 y 7.2 Orden 2 febrero 1940 y con el art. 6 Decreto 931/59 y con el art. 6.3 CC

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 16 de septiembre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación 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, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 4 de abril actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

En esencia, lo que se dilucida en este recurso es si cabe computar el trabajo realizado antes de cumplir los 14 años para reunir el periodo mínimo de cotización del SOVI.

1. Antecedentes y hechos relevantes.

Teniendo en cuenta la leve corrección que de los hechos probados en instancia acepta la sentencia recurrida, los datos relevantes para comprender lo debatido son los siguientes:

La demandante, que cumple los 14 años el NUM001 de 1962, comienza a prestar su trabajo un poco antes, en agosto de 1962.

El empleador comienza a cotizar por su trabajadora el 11 de octubre de 1962.

Años más tarde, solicita pensión de jubilación, que el INSS deniega por no reunir el periodo mínimo de cotización de 1.800 días del SOVI, acreditando un total de 1.750 días.

2. Sentencia recurrida.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de 14 de enero de 2016 (rec. 1228/15) desestima el recurso de suplicación interpuesto por INSS y TGSS, confirmando la sentencia de instancia que reconocía el derecho a lucrar la pensión de jubilación del seguro obligatorio de vejez e invalidez.

La Sala de suplicación declara que el límite de edad para el trabajo de los menores, no puede ser óbice para, en el caso de trabajo efectivo, lucrar la prestación que el mismo generaría. Las consecuencias de este trabajo no permitido por la Ley deben repercutir contra el empleador en su caso, no contra el menor trabajador.

Además, aplicando jurisprudencia que cita, explica que la responsabilidad del empleador no es absoluta sino proporcional a la dimensión de su incumplimiento. En el caso, se asigna el pago del 97% de la pensión al INSS y el 3% restante a los herederos del empleador.

3. Recurso de casación.

Con fecha 11 de marzo de 2016 la Letrada de la Administración de la Seguridad Social formaliza recurso de casación paa la unificación de doctrina frente a la citada sentencia de suplicación.

Explica que dado que la afiliación de la demandante tan sólo sería obligatoria a partir de los catorce años y que no habría cumplido esta edad hasta el día 7 de septiembre de 1962, aunque se partiese de una efectiva prestación de servicios con anterioridad a esta fecha, no habría lugar a computar dicho periodo.

Su tesis central, pues, consiste en descartar, a efectos carenciales de pensión, la validez de cualquier actividad desarrollada antes de cumplir la edad mínima para trabajar. Se trata de algo nulo, que no debe producir efectos.

4. Impugnación e Informe del Fiscal.

Con fecha 14 de noviembre de 2016 el Abogado y representante de la demandante formula su escrito de impugnación al recurso.

Plantea tres óbices procesales, que debieran impedir el estudio del recurso. Respecto del tema de fondo considera, en fin, que la doctrina correcta se halla en la sentencia recurrida.

B) Con fecha 19 de enero de 2017 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS .

Considera concurrente la contradicción entre las sentencias opuestas y acertada la doctrina contenida en la sentencia recurrida. También advierte que el INSS formula una cuestión novedosa al argumentar que ni siquiera computando el tiempo trabajado tras cumplir los catorce años se alcanza el periodo de carencia.

SEGUNDO.- Examen de los óbices procesales.

La impugnación al recurso suscita tres cuestiones que debemos afrontar de manera prioritaria. 1º) Cuestiona la legitimación activa del INSS puesto que solo aparece condenado al abono de una pensión en función de cotizaciones realmente realizadas. 2º) Entiende que el recurso suscita una cuestión novedosa (imposible cómputo de las cotizaciones anteriores al cumplimiento de los 14 años de edad). 3º) Cuestiona también la concurrencia de identidad entre las resoluciones contrastadas porque en el caso referencial no hay incumplimiento de la empresa de su deber de cotizar, sino declaración de que carece de efectos.

Examinaremos en este Fundamento los dos primeros y en el siguiente el referido a la contradicción.

1. Legitimación activa del INSS.

Puesto que la sentencia recurrida distribuye la responsabilidad en orden al pago de la pensión y solo condena al INSS en función de cotizaciones realmente realizadas, entiende la impugnante que la Entidad Gestora carece de legitimación para recurrir.

Habiendo sido parte en el proceso y habiendo sido desestimado su recurso de suplicación, es notorio que el INSS está legitimado para interponer recurso de casación unificadora frente a la misma. Basta la lectura del art. 220.1 LRJS y preceptos concordantes para comprender que el recurso puede interponerlo "cualquiera de las partes". Cosa distinta es que se esté cuestionando la existencia de perjuicio para el recurrente.

Además de la condición de parte en el proceso, para poder recurrir la sentencia (de suplicación, en nuestro caso) es necesario que concurra el llamado «gravamen» o perjuicio experimentado por quien recurre, al no haber obtenido satisfacción (parcial o total) a sus peticiones. El artículo 17.5 LRJS condensa ese enfoque:

contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta Ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores.

En contra de lo sostenido por la impugnante, *el INSS sí ha sufrido un claro perjuicio como consecuencia del fallo que recurre. Porque lo que sostiene la Entidad Gestora es que el derecho a percibir la pensión SOVI es inexistente, por ausencia de cotizaciones suficientes.* De acoger su razonamiento, en consecuencia, también quedaría exonerado de abonar la parte proporcional a su responsabilidad.

2 . Imposibilidad de cuestiones novedosas.

A) Entiende la impugnante que el recurso suscita una cuestión novedosa (imposible cómputo de las cotizaciones anteriores al cumplimiento de los 14 años de edad). El Ministerio Fiscal avala esa objeción.

B) Dada la naturaleza de este recurso (excepcional, extraordinaria), la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en suplicación, de suerte que todo motivo formulado en este recurso que no coincida con el recurso de suplicación constituye una cuestión nueva. La identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en suplicación, de suerte que la contradicción basada en una cuestión no suscitada en la sustanciación de la suplicación impide que dicha contradicción pueda ser apreciada, de modo que, en definitiva, nada hay que unificar, objeto de este recurso extraordinario, cuando no existen doctrinas contrapuestas, porque una de las sentencias comparadas no abordó el problema, SSTS 15/04/2013 (R. 772/2012), 16/04/2013 (R. 1331/2012), 21/07/2014 (R. 2099/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

C) En este sentido, el debate habido en suplicación ante la Sala de Granada sí recoge este aspecto. De hecho, la sentencia de suplicación aborda el tema. El argumento de la impugnante (que avala el Ministerio Fiscal) realmente se dirige al hecho de que la Sala de suplicación haya aceptado examinar una cuestión que ni estaba presente en la resolución denegatoria de la pensión ni se expuso ante el Juzgado, apareciendo solo en el recurso de suplicación.

No podemos atender estas quejas por dos razones. Primero, porque la detección de ese eventual defecto en la sentencia de suplicación (haber examinado indebidamente una cuestión) debiera haberse planteado con los requisitos propios de la impugnación de doctrina. Segundo, porque la introducción en el proceso de la materia se lleva a cabo por la demandante y no por el INSS; su resolución inicial no contempla la prestación de servicios antes de cumplir los 14 años, solo la insuficiencia del periodo carencial.

D) En conclusión: cuando el recurrente en casación para unificación lo fue también en suplicación es exigible una

necesaria correspondencia entre el planteamiento que se realice en ambos, siendo inviable la introducción de cuestiones nuevas. Desde esa perspectiva, esto sí, hemos de examinar el último obstáculo procesal: el relativo a la contradicción entre las sentencias opuestas.

TERCERO.- Análisis de la contradicción.

1. Exigencia normativa.

El artículo 219.1 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. Sentencia referencial.

La STSJ Cataluña de 8 de marzo 2001 (rec. 4664/2000) aborda cuestión emparentada con la presente.

La actora (nacida el 14.9.34) acredita cotizaciones al SOVI y solicita pensión de jubilación, que le es denegada por no reunir período mínimo de cotización.

A esa conclusión se llega por no poder computarse el período 1.7.47 a 13.9.48 en que la actora acreditaba cotizaciones, por ser su edad, antes de la última fecha citada, inferior a los 14 años.

La Sala de suplicación, con relación al trabajo realizado por menores de 14 años declara su nulidad radical y la de las consiguientes cotizaciones, ya que cae de lleno en la sanción prevenida en el art. 6º, tres, del Código Civil , que literalmente dispone que "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho", "salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

3. Consideraciones específicas.

A) Son innegables las similitudes existentes en los dos casos comparados: las actoras trabajan antes de los 14 años, solicitan pensión de jubilación SOVI y les es denegada por no reunir el periodo de carencia de 1800 días.

Desde luego, las dos sentencias analizan el mismo bloque normativo: los artículos 1 y 7 de la Orden 2/2/1940 que regulan el campo de aplicación y requisitos del subsidio de vejez SOVI que incluye el requisito de los 1800 días de cotización.

La sentencia recurrida considera que debe computarse el periodo de trabajo anterior a cumplir los 14 años, mientras que la referencial se considera que los efectos y las cotizaciones de los trabajos realizados por menores de 14 años están viciados de nulidad conforme a lo establecido en el art. 6.3 del Código Civil .

Lo anterior conduce, probablemente a que las sentencias opuestas contengan doctrina divergente acerca de si puede tomarse en cuenta el periodo trabajado antes de cumplir la edad mínima de admisión al trabajo. Sin embargo, como hemos recordado, eso no basta para que concurra el presupuesto del artículo 219.1 LRJS . Veamos seguidamente por qué.

B) Por lo pronto, las razones por las que el INSS desestima la pensión solicitada son diversas.

En la sentencia de contraste la Entidad Gestora rechaza el pago de la pensión "por no poder computarse el período

1.7.47 a 13.9.48 en que la actora acreditaba cotizaciones, por ser su edad, antes de la última fecha citada inferior a los 14 años" (HP 2º). Es decir: se ha trabajado antes de alcanzar la edad mínima de admisión al trabajo, ese dato aparece ya en la resolución denegatoria. Sin embargo, en nuestro caso la denegación de lo solicitado se produce "por no reunir el periodo mínimo de cotización de 1.800 días del SOVI, acreditando un total de 1.750 días". Es decir: el dato de la realización de un trabajo cuando aún no se ha alcanzado la edad reseñada está presente solo en uno de los asuntos.

En la sentencia de contraste el INSS basa su negativa en la decisión de privar de validez a unas cotizaciones realizadas. Sin embargo, en nuestro caso se basa la negativa en la ausencia de cotizaciones.

En la sentencia de contraste la empresa ha cotizado por todo el tiempo durante el que se ha desarrollado actividad productiva. En nuestro caso aparece un incumplimiento del empleador durante cierto periodo (en parte antes de cumplirse los 14 años, en parte con posterioridad).

En la sentencia referencial no se plantea el tema de las responsabilidades a cargo el empleador (puesto que hay carencia suficiente) sino el de la validez de unas cotizaciones. En nuestro caso se produce un reparto de responsabilidades en orden al abono de la pensión.

C) La sentencia recurrida (y el recurso de casación frente a la misma) dedica una parte relevante de su fundamentación a explicar el modo en que entiende acreditada la prestación de una actividad por la que no ha habido cotizaciones. Nada de eso sucede en la referencial, donde se está ante una pura cuestión jurídica: dar o no valor a las cotizaciones realizadas en su momento.

D) Comprobación de todo ello es que en el último tramo de su exposición el recurso invoca la doctrina sentada en la sentencia referencial para concluir que "carecen de eficacia las cotizaciones anteriores al cumplimiento de los 14 años". De ese modo centra realmente lo debatido en tal resolución.

Sin embargo, en nuestro caso: ni hay cotizaciones realizadas cuya validez se niegue a posteriori, ni la controversia sobre actividad prestada con menos de catorce años aparece hasta el momento en que se desarrolla el juicio oral.

E) Finalmente, todas estas heterogeneidades acaban trascendiendo al terreno de la norma aplicable. El propio recurso recuerda el tenor del artículo 6º del Decreto 931/1959 sobre responsabilidad empresarial en caso de incumplimiento de la obligación de afiliar a sus trabajadores.

Es evidente que en nuestro caso se ha producido tal hipótesis (existe actividad sin aseguramiento) mientras que en el referencial lo planteado es la anulación de las cotizaciones realizadas por el empleador.

CUARTO.- Resolución.

Como queda expuesto, en el caso referencial hay cotizaciones suficientes, pero el INSS niega validez a las correspondientes al periodo trabajado con menos de catorce años, Aquí, sin embargo, se deniega la pensión por falta de carencia y solo de manera sobrevenida surge la discusión sobre responsabilidad por periodo no cotizado y trabajado con menos de catorce años.

La quiebra del presupuesto procesal de la identidad entre las sentencias contrastadas constituye una causa de inadmisión de recurso de casación unificadora; superado, sin embargo, tiempo atrás ese hito procesal en esta fase se transforma en causa de desestimación de recurso.

De acuerdo con el artículo 235.1 LRJS procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso, salvo que goce del beneficio de justicia gratuita, lo que es el caso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

2) Declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada) de 14 de enero de 2016, en el recurso de suplicación nº 1228/2015, interpuesto frente a la sentencia dictada el 16 de febrero de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Jaén, en los autos nº

821/2013, seguidos a instancia de D^a Inocencia contra dichos recurrentes, los herederos de D. Ángel Jesús , sobre materias laborales individuales.

3) No imponer costas a la parte recurrente.

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

Así se acuerda y firma.