



Roj: **STS 2608/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2608**

Id Cendoj: **28079140012020100599**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/07/2020**

Nº de Recurso: **258/2018**

Nº de Resolución: **725/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 11375/2017,**
STS 2608/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 258/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 725/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. María Lourdes Arastey Sahun

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 24 de julio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Evangelina , que actúa a su vez en nombre de D^a Fidela , D. Juan Enrique , D^a Genoveva , D. Augusto , D. Avelino y D. Gumersindo , representados y asistidos por la letrada D^a Isabel Vives Gutiérrez, contra la sentencia de fecha 5 de octubre de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, en el recurso de suplicación núm. 533/2017, formulado frente a la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2016, dictada en autos 345/2015 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Granada, seguidos a instancia de Doña Ariadna , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, D^a Fidela , D^a Evangelina , D. Juan Enrique , D^a Genoveva , D. Avelino , D. Gumersindo , D. Augusto , y la Herencia Yacente de D. Octavio , sobre pensión de jubilación.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida el INSS y la TGSS representados y defendidos por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y Doña Ariadna , representada y asistida por el letrado D. Pablo Moleón Moraleda.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 23 de diciembre de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Granada, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que, acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva planteada y desestimando íntegramente la demanda interpuesta por D^a Ariadna contra el INSS, la TGSS, D^a Fidela, D^a Evangelina, D. Juan Enrique, D^a Genoveva, D. Avelino, D. Gumersindo, D. Augusto y la Herencia Yacente de D. Octavio, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a los referidos demandados de las pretensiones en su contra deducidas".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Solicitada por la actora, D Ariadna nacida el NUM000 /49, con DNI N° NUM001, el pasado 04/11/14 prestación no contributiva por jubilación, la misma le fue denegada por Resolución del INSS fecha 10/11/14, por considerar éste que la misma tiene 2977 días cotizados a lo largo de su vida laboral y no 4183 días así como que a la fecha del hecho causante de la prestación que reclama (el 04/11/14) tenía cotizados 487 días y no 557 días.

SEGUNDO.- Disconforme con la mencionada Resolución la actora formuló reclamación previa que fue desestimada por resolución expresa. La demanda se interpuso el 27/03/15.

TERCERO.- En fecha 19/07/11 el Juzgado de lo Social N° 5 dictó sentencia desestimatoria en materia de despido (autos n° 177/11) en la que se declaraba probado que la actora prestó servicios como limpiadora para D. Octavio desde el 10/07/72, con un salario de 15,55 euros diarios, así como que la Inspección Provincial de Trabajo obligó a dicha empresa a dar de alta a la trabajadora desde el 01/02/07 hasta el 31/01/11.

CUARTO.- En fecha 17/09/14 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social n° 4 (Autos 657/13) por la que se desestimaba la pretensión de la actora de que le fuera reconocida prestación por jubilación anticipada en el RETA, al no reunir los requisitos necesarios para ello, declarando acreditado que ésta tenía cotizados 5332 días a la Seguridad Social, con un coeficiente global de parcialidad del 76,42 %.

QUINTO.- La actora tenía a fecha 04/11/14 las siguientes cotizaciones a la Seguridad Social: 6093 días en alta, 4630 días completos en que tuvo obligación de cotizar, 2865 días efectivamente cotizados, 467 días efectivamente cotizados en los últimos quince años. 765 días descubiertos en el RETA (desde mayo de 1972 hasta febrero de 1977) y 112 días asimilados por parto (desde el 20/05/80 hasta el 08/09/80)".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, dictó sentencia con fecha 5 de octubre de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Ariadna contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Granada, en fecha 23 de diciembre de 2016, en Autos núm. 345/2015, seguidos a instancia de la mencionada recurrente, en reclamación sobre jubilación, contra los herederos de D. Octavio : D^a. Fidela, D^a. Evangelina, D. Juan Enrique, D^a. Genoveva, D. Augusto, D. Avelino, D. Gumersindo y contra la HERENCIA YACENTE DE D. Octavio ; INSS y TGSS, debemos revocando la misma declarar el derecho de la actora a la pensión de jubilación solicitada conforme a la cuantía y efectos económicos que correspondan legal y reglamentariamente, condenando a los demandados a que estén y pasen por semejante declaración, debiendo imputarse la cuantía íntegra del pago de la pensión de jubilación resultante, a los herederos y herencia yacente demandados, sin perjuicio de la obligación de anticipo del Instituto Nacional de la Seguridad Social, todo ello con absolución de la Tesorería General de la Seguridad Social, sin perjuicio de sus obligaciones como Servicio Común. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D^a Evangelina y otros, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas para el primer motivo: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de septiembre de 2017 (Rec. 747/2017), para el segundo motivo: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 3 de septiembre de 2004 (Rec. 1193/2002), para el tercer motivo: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 28 de abril de 2009 (Rec. 5275/2008) y para el cuarto motivo: Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2008 (Rec. 2914/2007)

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 11 de mayo de 2018, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos.



SEXTO.- Por Providencia de fecha 29 de mayo de 2020 y por necesidades del servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 22 de julio de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestión planteada

1. En el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, los recurrentes, herederos del empleador, cuestionan la responsabilidad que la sentencia recurrida les impuso en la pensión de jubilación de la trabajadora, por falta de cotización de la empresa.

2. La trabajadora solicitó pensión de jubilación ordinaria, que le fue denegada por el INSS mediante resolución de 10 de noviembre de 2014, aduciendo que en la fecha del hecho causante (4 de noviembre de 2014), reunía 2977 días cotizados a lo largo de toda su vida laboral, en lugar de los 4183 exigidos aplicando el coeficiente global de parcialidad del 76,42% al tener periodos de alta a tiempo parcial. Y que tampoco alcanzaba la carencia específica, al reunir 487 días cotizados en los últimos quince años en lugar de 557.

La trabajadora prestó servicios a su empleador como limpiadora en el despacho profesional del empleador desde el 10 de julio de 1972 con una jornada de dos horas diarias de lunes a viernes. La Inspección de Trabajo obligó a la empresa a dar de alta a la trabajadora desde el 1 de febrero de 2007 al 31 de enero de 2011.

3. La resolución del INSS fue confirmada por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Granada, de 23 de diciembre de 2016 (autos 345/2015).

La sentencia acogió la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los herederos del empleador, por entender que ninguna responsabilidad podría depararles, de un lado, al no haberse acreditado que hubieran aceptado la herencia y, de otro, por considerar que la falta de cotización en que hubiera podido incurrir el empleador fallecido, no se transmite *mortis causa*.

4. La trabajadora interpuso recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social, siendo estimado el recurso por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de 5 de octubre de 2017 (rec. 533/2017).

La sentencia rechaza la falta de legitimación pasiva de los herederos del empleador y de la herencia yacente, al no constar la renuncia de aquellos a la herencia, siendo ellos los que tenían haberlo probado mediante la oportuna escritura pública de repudiación de la herencia, en la que se hubiera renunciado pura y simplemente a la herencia del empleador fallecido. Y respecto del argumento de la sentencia de instancia de que la falta de cotización no se transmite *mortis causa*, el TSJ distingue entre la obligación de cotizar y la obligación de abono de la pensión por parte del empresario, en el supuesto de incumplimiento de aquella primera obligación, entendiéndolo que, de la obligación de abonar la pensión, sí responden los herederos.

El TSJ declara que, de conformidad con las normas aplicables (Real Decreto-ley 11/2013, dictado a raíz de la STC 61/2013, y luego Ley 1/2014), y computando lo que debió haberse cotizado -y no se cotizó- por su trabajo como limpiadora del empleador fallecido, la trabajadora sí reúne los periodos mínimos de cotización legalmente exigidos.

En efecto, existen 2977 días cotizados que no se discuten (2865 más 112 asimilados por parto), por lo que el problema está -plantea el TSJ- en el cómputo desde julio de 1972 hasta el 31 de enero de 2007, toda vez que ya la Inspección de Trabajo obligó al empleador a dar de alta y cotizar por la trabajadora en el Régimen General de la Seguridad Social desde el 1 de febrero de 2007 al 31 de enero de 2011. El TSJ señala que no se puede computar el periodo en el que la trabajadora estuvo en el RETA pero sin cotizar (1 de julio de 1972 al 28 de febrero de 1977), pero desde el 1 de marzo de 1977 solo cabe excluir los periodos en los que, por tratarse de un trabajo "marginal", la cotización estuviera legalmente excluida, lo que en el supuesto ocurrió desde el 8 de diciembre de 1993 hasta el 30 de abril de 1998. Concluye el TSJ que, en consecuencia, sí deben computarse los periodos del 1 de marzo de 1977 hasta el 7 de diciembre de 1993 y del 1 de mayo de 1998 hasta el 31 de enero de 2007.

La sentencia del TSJ razona que el original artículo 12 del ET de 1980 establecía que, en los contratos a tiempo parcial, la cotización a la seguridad social se realizaría en función de las horas realmente trabajadas, estableciéndose así -afirma el TSJ- el principio de proporcionalidad, previsión aquella del ET de 1980 que derogaron los artículos 4 del Real Decreto-ley 18/1993 y de la Ley 1/1994, preceptos estos que, a partir del 8 de diciembre de 1993 y para los trabajadores cuya prestación de servicios fuera de inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho al mes, pasaron a establecer la contingencias incluidas entre las que no estaba la jubilación. Razón por la que para el TSJ es claro que este periodo, que duró hasta el de mayo de 1998 (RD



489/1998 y RD 144/1999) no es computable a efectos de cotización de la prestación de jubilación. Pero, a partir de 1 de mayo de 1998, ello ya no fue así, aunque la prestación de servicios fuera -como era el caso- de diez horas a la semana.

De conformidad con todo lo anterior y partiendo de que la trabajadora reunía cotización suficiente, la sentencia del TSJ reconoce su derecho a la pensión de jubilación e imputa su cuantía íntegra a los herederos y a la herencia yacente "pues ha sido el prolongado incumplimiento empresarial en orden al alta (...) y a la cotización del (empleador), el que ha determinado que la trabajadora no cumpliera el periodo de carencia".

SEGUNDO. - El recurso de casación para la unificación de doctrina, sus impugnaciones y el informe del Ministerio Fiscal

1. Los herederos del empleador, condenados por la sentencia recurrida a abonar a la trabajadora su pensión de jubilación, recurren en casación para la unificación de doctrina.

2. El recurso señala cuatro puntos de contradicción:

1º) El primero, la improcedencia de la responsabilidad de los herederos del empresario en el abono de la pensión de jubilación, "al no haberle sucedido en la responsabilidad empresarial". Se invoca como sentencia de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2017 (rec. 747/2017) y se denuncia la infracción de los artículos 126.1 y 127 LGSS de 1994, en relación con el artículo 94 LGSS de 1966.

2º) En segundo lugar, la falta de legitimación pasiva de los demandados, como hijos del empleador, no pudiendo imputárseles responsabilidad alguna en el pago de las obligaciones de su padre, al no haber quedado acreditado que la herencia haya sido aceptada, siendo asimismo improcedente la imputación de la carga de la prueba a los demandados. Se invoca como sentencia de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 3 de septiembre de 2004 (rec. 1193/2002) y se denuncia la infracción de los artículos 988, 989, 1003 CC, la doctrina del TS sobre la aceptación de la herencia y el artículo 217 LEC.

3º) En tercer lugar, la improcedencia del cómputo del periodo 10 de julio de 1972 a 30 de mayo de 1998, ya que -durante dicho periodo estaba excluida la contingencia de jubilación en los contratos a tiempo parcial inferiores a doce horas a la semana o cuarenta y ocho horas al mes, siendo a partir del 1 de mayo de 1998 (RD 489/1998) cuando a ese colectivo se le incluyó la contingencia de jubilación. Se invoca como sentencia de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 28 de abril de 2009 (rec. 6275/2008) y se denuncia la infracción de los artículos 4.3 RDL 18/1993, 4 Ley 10/1994, disposición transitoria segunda RD 489/1998 y disposición transitoria segunda RD 144/1999.

4º) La improcedencia de la imputación de responsabilidad en el pago de la pensión de jubilación a los herederos del empleador y a la herencia yacente, al no moderar la responsabilidad empresarial en proporción al periodo cotizado. Se invoca como sentencia de contraste la sentencia de esta Sala de lo Social del TS de 25 de septiembre de 2008 (rcud 2914/2007) y se denuncia la infracción del artículo 126 LGSS de 1994, en relación con los artículos 94 y siguientes LGSS de 1966, así como la doctrina unificada del TS.

3. El recurso ha sido impugnado por la trabajadora, solicitando que se confirme la sentencia recurrida.

4. El recurso ha sido impugnado por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del INSS y de la TGSS, solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

5. El Ministerio Fiscal propone en su informe la desestimación del recurso.

TERCERO. - La desestimación del primer motivo: cuestión nueva

1. En su primer motivo, el recurso denuncia la improcedencia de declarar la responsabilidad de los herederos del empresario en el abono de la pensión de jubilación, "al no haberle sucedido en la responsabilidad empresarial", invocando como sentencia de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2017 (rec. 747/2017).

2. Tanto el informe del Ministerio Fiscal como el escrito de impugnación del recurso de la trabajadora señalan que se trata de una cuestión nueva, porque en ningún momento se debatió sobre ella en el recurso de suplicación.

En efecto, en el recurso de suplicación no se planteó en momento alguno la falta de responsabilidad de los herederos por no haber sucedido en su actividad al empleador fallecido, que es uno de los elementos esenciales de debate en la sentencia de contraste.



En este contexto, plantear ahora en el recurso de casación para la unificación de la doctrina, cabe decir que *per saltum*, una cuestión que no se suscitó en el recurso de suplicación, no puede calificarse de otra manera que de cuestión nueva que, por no haber formado parte del debate de suplicación, no puede examinarse ahora, ya decimos que *per saltum*, en el presente recurso.

4. En efecto, nuestra jurisprudencia es reiterada y particularmente insistente en que lo que se tiene que tener en cuenta son los términos en que la controversia se planteó en suplicación, de suerte que una cuestión no suscitada en la sustanciación de la suplicación impide que la contradicción pueda ser apreciada. Si una de las sentencias aborda una cuestión y la otra no lo hace, es claro que el debate no fue el mismo en uno y otro supuesto y que una sentencia (la referencial) sentó doctrina sobre la cuestión, mientras que la otra (la aquí recurrida) no enjuició esa cuestión. Y no resulta posible unificar doctrina sobre una cuestión que no fue tomada en consideración, y ni siquiera abordada, por la sentencia recurrida en casación para la unificación de doctrina.

Remitimos, entre muchas, a nuestras sentencias de 13 de julio de 2000 (rcud 1883/1999); 22 de junio de 2004 (rcud 3967/2003); 17 de marzo de 2005 (rcud 990/2014); 3 noviembre 2005 (rcud 1584/2004) ("no es posible unificar doctrina sobre algo que no fue tomado en consideración expresa por la sentencia recurrida"); 14 de mayo de 2008 (rcud 2119/2007); 18 de julio de 2008 (rcud 1917/2007); 4 de febrero de 2009 (rcud 1536/2008); 13 de noviembre de 2012 (rcud 4017/2011); 15 de abril de 2013 (rcud 772/2012) ("nada hay que unificar, objeto de este recurso extraordinario, cuando no existen doctrinas contrapuestas, porque una de las sentencias comparadas no abordó el problema"); 16 de abril de 2013 (rcud 1331/2012) ("la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que esta 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"); y 30 de marzo de 2016 (rcud 2797/2014) ("si) el objeto de la casación es revisar los posibles errores de enjuiciamiento de la sentencia recurrida, mal puede atenderse a tal finalidad sometiendo a revisión aquello que no pudo haber sido enjuiciado -en tanto que no planteado- por la decisión recurrida").

5. En consecuencia y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, en la actual fase procesal, el primer motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina debe ser desestimado.

CUARTO. - La desestimación del segundo motivo: falta de contradicción

1. El segundo motivo del recurso denuncia la falta de legitimación pasiva de los demandados, como hijos del empleador, por lo que no se les puede imputar responsabilidad alguna en el pago de las obligaciones de su padre, al no haber quedado acreditado que la herencia haya sido aceptada, siendo asimismo improcedente la imputación de la carga de la prueba a los demandados. Se invoca como sentencia de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 3 de septiembre de 2004 (rec. 1193/2002).

2. Tanto el Ministerio Fiscal como el escrito de impugnación del letrado de la Administración de la Seguridad Social señalan la falta de contradicción.

3. En la sentencia referencial, la actora solicitó pensión de jubilación que le fue denegada por no reunir en la fecha del hecho causante un periodo mínimo de cotización de 15 años ni estar en alta o situación asimilada al alta, constando probado por la vía de revisión de hechos probados en suplicación, que la actora no se encontraba en alta en la fecha de solicitud de la jubilación el 28 de diciembre 2000, acreditando como cotizado únicamente el periodo comprendido entre el 1 de julio de 1977 y el 30 de septiembre de 1987. En instancia, se declaró el derecho de la parte actora a la prestación de jubilación contributiva, con responsabilidad de la empresaria por el periodo comprendido entre el año 1970 y 1 de julio de 1977, sentencia revocada en suplicación para desestimar la demanda, por entender la Sala, ante la alegación del INSS recurrente en suplicación, que no se ha acreditado la existencia de un periodo de actividad laboral con obligación de cotización que determine la responsabilidad empresarial, ni reunía un periodo mínimo de cotización de 15 años, ni acreditaba estar en alta ni en situación asimilada al alta, ni existe obligación de anticipo por parte de la entidad gestora, que tratándose de una relación laboral de carácter especial (empleada del hogar), para exigir responsabilidad a la empleadora 14 años después de su fallecimiento, o a sus herederos, es requisito esencial una prueba plena y completa de la existencia de un periodo de actividad laboral con obligación de cotizar que determine la responsabilidad empresarial, y en el supuesto, aunque se acepte que la actora prestó servicios desde 1970 hasta diciembre de 1987, lo que se basó en prueba testifical, lo único que consta acreditado es que cotizó entre el 1 de julio de 1977 y el 30 de septiembre 1987, esto es un total de 3844 días como empleada de hogar fija, sin que en el otro periodo de tiempo en que se dice prestó servicios (6 años y medio), se acredite que los mismos lo fueron a tiempo completo o de 18 horas semanales, único supuesto en que la empleadora estaría obligada a cotizar a la Seguridad Social y respecto del que su falta de cotización determinaría su responsabilidad empresarial, pudiendo tratarse de trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad, o una



relación laboral de empleada del hogar con jornada tan corta que no fuera necesaria la inclusión en la Seguridad Social.

Añade la sala de suplicación que no puede desconocerse que en ningún caso podría exigirse responsabilidad da la heredera de la causante al no haberse acreditado que fuera la única heredera y hubiera aceptado la herencia.

4. No puede apreciarse la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas.

Dos son las razones principales que impiden apreciar la existencia de contradicción.

La primera es que la sentencia recurrida parte de la condición de herederos de los ahora recurrentes en casación para la unificación de doctrina, afirmando expresamente que no consta la renuncia a la herencia, condición de herederos de la que necesariamente debemos partir y que no se puede poner en cuestión ahora en sede casacional. Por el contrario, la sentencia referencial afirma expresamente que no quedó acreditado que se hubiera aceptado la herencia ni que la afectada fuera la única heredera.

La segunda razón es que, así como en la sentencia recurrida quedó acreditada la obligación empresarial de cotizar por determinados periodos de actividad laboral, en la sentencia de contraste, por el contrario, no quedó acreditado que en determinado periodo la prestación de servicios fuera a tiempo completo o de dieciocho horas semanales, que eran los supuestos en que existía obligación empresarial de cotización en el régimen de los empleados domésticos, debiéndose señalar adicionalmente que en el supuesto resuelto por la sentencia recurrida no existía una relación laboral especial del servicio del hogar familiar.

5. En consecuencia y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, en la actual fase procesal, el segundo motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina debe ser desestimado.

QUINTO. - La desestimación del tercer motivo: falta de contradicción

1. En el tercer motivo del recurso se denuncia la improcedencia del cómputo del periodo 10 de julio de 1972 a 30 de mayo de 1998, ya que -se afirma- durante dicho periodo estaba excluida la contingencia de jubilación en los contratos a tiempo parcial inferiores a doce horas a la semana o cuarenta y ocho horas al mes, siendo a partir del 1 de mayo de 1998 (RD 489/1998) cuando a ese colectivo se le incluyó la contingencia de jubilación. Se invoca como sentencia de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 28 de abril de 2009 (rec. 6275/2008).

2. Tanto el Ministerio Fiscal como el escrito de impugnación del letrado de la Administración de la Seguridad Social señalan la falta de contradicción. En su informe, el Ministerio Fiscal afirma que la sentencia referencial no entra "en el examen de periodos anteriores del RDL 18/93 que es el núcleo litigioso planteado en este motivo". Así es, porque en el caso de la sentencia recurrida se aprecia falta de cotización en el periodo anterior a la reforma de 1993 mientras que en la de contraste, el periodo que toma anterior (hasta 1991) lo tiene como efectivamente cotizado y por ello no contiene ningún razonamiento al respecto.

3. Apreciamos que, en efecto, no existe contradicción.

La sentencia recurrida analiza con detenimiento en su fundamento jurídico tercero la cuestión de, si en los contratos a tiempo parcial inferiores a doce horas semanales anteriores a la entrada en vigor del artículo 4.3 del Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, había que cotizar o no por la contingencia de jubilación, cuestión a la que da una respuesta positiva. La sentencia recurrida tiene en cuenta, en este sentido, la redacción original de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo), cuyo artículo 12 establecía que, en los contratos a tiempo parcial, "la cotización a la seguridad social se efectuará a razón de las horas ... realmente trabajad(a)s", sin distinción alguna y sin excluir de la contingencia de jubilación los contratos inferiores a doce horas semanales, lo que solo ocurrió con el citado Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre.

Por el contrario, la sentencia de contraste no realiza este análisis ni tiene en cuenta, en consecuencia, la redacción original del artículo 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo). El recurso de casación para la unificación de doctrina se refiere a la redacción del artículo 12 del actualmente derogado texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo; pero no tiene en cuenta la redacción original del artículo 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo).

4. En consecuencia y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, en la actual fase procesal, el tercer motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina debe ser desestimado.

SEXTO. - La desestimación del cuarto motivo: falta de contradicción



1. El cuarto motivo del recurso denuncia la improcedencia de imputar la responsabilidad en el pago de la pensión de jubilación a los herederos del empleador y a la herencia yacente, sin moderar dicha responsabilidad empresarial en proporción al periodo cotizado. Se invoca como sentencia de contraste la sentencia de esta Sala de lo Social del TS de 25 de septiembre de 2008 (rcud 2914/2007).

2. En la sentencia de contraste se declaró el derecho de la actora a que le fueran computados a efectos de cotización determinados periodos en que estuvo trabajando para un Ayuntamiento y que este no cotizó, causa por la que el INSS denegó la pensión de jubilación por no reunir la carencia de quince años cotizados, inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante; en concreto, de acuerdo con los hechos probados, quedaba acreditado que el Ayuntamiento no ingresó las cotizaciones desde el 31-10-1975, fecha en la que comenzó a trabajar la actora, hasta el 12-06-1990, finalizando la relación laboral el 31-08-2004; de haber cotizado la empresa por el periodo total trabajado habría cotizado 9122 días, es decir 24 años y 362 días, a los que añadía los días asimilados, 544 por ese periodo, daría un total de 9666 días, es decir 26 años y 176 días, siendo la base reguladora de 449,60 euros mensuales y el porcentaje 82% con efectos de 1-09-2004; la sentencia condenó al Ayuntamiento al pago de la pensión calculada en la forma antes dicha, sin perjuicio del anticipo por el INSS en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones.

Esta Sala declaró que "en el supuesto de autos, no se trata ciertamente de un descubierto de corta duración, porque el periodo sin cotización es de 5078 días, pero hay que tener en cuenta que la empresa cotizó 4588 días, haciéndolo a partir de 12-06-1990, hasta el 31-08-2004 en que finalizó la relación laboral, sin interrupción, periodo significativo que impide la configuración del caso como un supuesto de resistencia al cumplimiento, aunque sea cierto, que la falta de cotización, durante 887 días, impedía reunir la carencia genérica de quince años, exigida en el art. 161-2 de la L.G. S.S. repercutiendo además en la cuantía de la pensión a aplicar a la base reguladora y en los porcentajes a aplicar, teniendo en cuenta los años en los que se trabajó y no se cotizó, tal y como dispone el art. 163 L.G.S.S.; siendo esto así, de acuerdo con lo que dispone el art. 126-2 de la misma Ley, existe responsabilidad empresarial por su incumplimiento por el perjuicio sufrido por el trabajador, que debe repararse por el empresario, en el porcentaje procedente".

3. Apreciamos que no existe contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, por la razón de que en el supuesto que examina y resuelve la primera sí existió la "resistencia al cumplimiento" de la obligación de cotizar por parte del empleador, al contrario de lo que sucedió en la sentencia de contraste.

Hay que tener en cuenta, en este sentido, que en el supuesto de la sentencia recurrida fue la Inspección de Trabajo la que obligó al empleador a dar de alta a la trabajadora desde febrero de 2007 al 31 de enero de 2011.

4. En consecuencia, oído el Ministerio Fiscal, el cuarto motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina debe, en la actual fase procesal, ser desestimado.

SÉPTIMO. - La desestimación del recurso de casación para la unificación de la doctrina

1. Conforme a lo razonado y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, en la actual fase procesal, el recurso de casación para la unificación de la doctrina debe ser desestimado, declarándose la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de 5 de octubre de 2017 (rec. 533/2017).

2. De conformidad con lo previsto en los artículos 228.3 y 235.1 LRJS, procede imponer las costas a los recurrentes por un importe total de 1.500 euros, decretándose asimismo la pérdida del depósito constituido para recurrir, dándose el destino legal a la consignación en su caso efectuada.

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 Dña. Evangelina y otros, representados y asistidos por la letrada Dña. Isabel Vives Gutiérrez, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de 5 de octubre de 2017 (rec. 533/2017), estimatoria del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Granada, de 23 de diciembre de 2016 (autos 345/2015).

2. Declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de 5 de octubre de 2017 (rec. 533/2017).

3. Condenar en costas a los recurrentes en la cuantía de 1.500 euros, decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir y dar el destino legal a la consignación en su caso efectuada.



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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ