

Resumen

Estima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandada ONCE contra sentencia dictada en proceso sobre responsabilidad en el pago de prestaciones. Explica la Sala que en aquellos supuestos en los que la ONCE ha venido cotizando en todo momento en los términos resultantes de los sucesivos convenios colectivos y con la plena anuencia de la Administración de la Seguridad Social, no debe alcanzar a dicha empresa responsabilidad alguna en cuanto a las diferencias de pensión resultantes, sino que tal responsabilidad ha de asumirla el INSS, y ello sin perjuicio del posible derecho de éste a reclamar de aquélla las correspondientes diferencias de cuotas, en la parte no prescrita.

NORMATIVA ESTUDIADA

RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social art.126.2

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	4
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
FALLO	8

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

COTIZACIÓN

DESCUBIERTOS

En general

ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS DE ESPAÑA, ONCE PROCEDIMIENTO SOCIAL

RECURSOS

Casación para unificación de doctrina

Resolución

Supuestos estimatorios

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Empresa/Empresario; Desfavorable a: INSS
Procedimiento:Recurso de casación para la unificación de doctrina

Legislación

Aplica art.126.2 de RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social
Cita art.81.1, art.217, art.226.2, art.233.1 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral
Cita art.2.1, art.73 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores
Cita RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social
Cita art.6.2 de RD 2621/1986 de 24 diciembre 1986. Integración en el de Autónomos de Regímenes Especiales de la Seguridad Social

Cita art.40 de LO 2/1979 de 3 octubre 1979. Tribunal Constitucional

Cita art.41 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita D 2065/1974 de 30 mayo 1974. TR Ley General de la Seguridad Social

Cita D 1645/1972 de 23 junio 1972. Aplica la Ley 24/1972, Cotización al Régimen General de la Seguridad Social

Cita Ley 24/1972 de 21 junio 1972. Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora Rég. Gral. Seg. Social

Cita D 907/1966 de 21 abril 1966. TA I Ley de Bases de la Seguridad Social

Cita art.1.6, art.2.3 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido por STSJ Asturias Sala de lo Social de 22 diciembre 2006 (J2006/462069)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 4ª de 26 junio 2007 (J2007/100975)

Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Social de 22 junio 2007 (J2007/132714)

Citada en el mismo sentido por STSJ Asturias Sala de lo Social de 25 mayo 2007 (J2007/141329)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Social de 9 enero 2007 (J2007/22491)
Citada en el mismo sentido por STSJ Cataluña Sala de lo Social de 19 noviembre 2007 (J2007/261588)
Citada en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - PRESTACIONES EN GENERAL - Imputación de responsabilidades - Pago de prestaciones por falta de alta o de afiliación por STS Sala 4ª de 3 abril 2007 (J2007/29044)
Citada en el mismo sentido por STSJ Cataluña Sala de lo Social de 17 diciembre 2007 (J2007/329764)
Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Social de 27 febrero 2007 (J2007/91104)
Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Social de 27 febrero 2007 (J2007/91107)
Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Social de 21 mayo 2008 (J2008/107356)
Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Social de 20 mayo 2008 (J2008/142202)
Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Social de 26 junio 2008 (J2008/160590)
Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Social de 30 septiembre 2008 (J2008/261021)
Citada en el mismo sentido por STSJ Cataluña Sala de lo Social de 30 septiembre 2008 (J2008/263622)
Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Social de 26 diciembre 2008 (J2008/368618)
Citada en el mismo sentido por STSJ Cataluña Sala de lo Social de 31 marzo 2008 (J2008/74186)
Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Social de 6 marzo 2008 (J2008/88664)
Citada en el mismo sentido por STSJ Galicia Sala de lo Social de 12 mayo 2009 (J2009/113629)
Citada en el mismo sentido por STSJ Cantabria Sala de lo Social de 29 enero 2009 (J2009/154434)
Citada en el mismo sentido por STSJ Cantabria Sala de lo Social de 3 julio 2009 (J2009/163283)
Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Social de 16 julio 2009 (J2009/181097)
Citada en el mismo sentido por STSJ Cataluña Sala de lo Social de 25 mayo 2009 (J2009/192386)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 4ª de 7 julio 2009 (J2009/205404)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 4ª de 29 octubre 2009 (J2009/283353)
Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-La Mancha Sala de lo Social de 30 noviembre 2009 (J2009/315274)
Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Social de 1 diciembre 2009 (J2009/359923)
Citada en el mismo sentido sobre CONTRATO DE TRABAJO - EMPRESA Y EMPRESARIO - Obligaciones durante la incapacidad transitoria del trabajador - Pago de la prestación - Por falta de alta o de cotización por STSJ Cataluña Sala de lo Social de 28 enero 2009 (J2009/44071)
Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Social de 31 marzo 2009 (J2009/96213)
Citada en el mismo sentido sobre AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS - PAGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE AFILIACIÓN O ALTA - En general por STS Sala 4ª de 17 noviembre 2010 (J2010/265401)
Citada en el mismo sentido sobre AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS - OBLIGATORIEDAD Y RESPONSABILIDADES por STS Sala 4ª de 4 diciembre 2010 (J2010/290737)
Citada en el mismo sentido por STSJ Cataluña Sala de lo Social de 16 noviembre 2010 (J2010/327118)
Citada en el mismo sentido por STSJ Madrid Sala de lo Social de 28 enero 2010 (J2010/33866)
Citada en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS - MINISTERIOS - Educación por STS Sala 4ª de 27 abril 2010 (J2010/84396)
Citada en el mismo sentido por STSJ Cataluña Sala de lo Social de 20 septiembre 2011 (J2011/239171)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 4ª de 26 septiembre 2011 (J2011/282288)
Citada en el mismo sentido por STSJ Asturias Sala de lo Social de 13 enero 2012 (J2012/3267)
Cita en el mismo sentido sobre ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS DE ESPAÑA, ONCE STS Sala 4ª de 20 febrero 2006 (J2006/24952)
Cita en el mismo sentido sobre ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS DE ESPAÑA, ONCE STS Sala 4ª de 28 noviembre 2005 (J2005/225086)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 14 diciembre 2004 (J2004/242604)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 27 mayo 2004 (J2004/63880)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 7 abril 2004 (J2004/31861)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 19 marzo 2004 (J2004/31820)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 9 marzo 2004 (J2004/14576)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 8 octubre 2003 (J2003/127719)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 7 abril 2003 (J2003/25692)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 14 marzo 2003 (J2003/17811)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 25 marzo 2003 (J2003/11882)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 3 febrero 2003 (J2003/4380)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 20 enero 2003 (J2003/694)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 3 mayo 2002 (J2002/32112)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 22 julio 2002 (J2002/32104)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 3 mayo 2002 (J2002/32102)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 3 julio 2002 (J2002/31881)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 14 mayo 2002 (J2002/27344)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 13 mayo 2002 (J2002/27335)

Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 8 mayo 2002 (J2002/27320)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 3 mayo 2002 (J2002/27293)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 3 mayo 2002 (J2002/27292)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 3 mayo 2002 (J2002/27284)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 30 abril 2002 (J2002/27241)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 30 abril 2002 (J2002/27233)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 29 abril 2002 (J2002/27223)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 29 abril 2002 (J2002/27213)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 29 abril 2002 (J2002/27203)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 3 mayo 2002 (J2002/26573)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 26 septiembre 2001 (J2001/70734)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 18 septiembre 2001 (J2001/70664)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 16 julio 2001 (J2001/27826)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 28 junio 2001 (J2001/16144)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 5 abril 2001 (J2001/10208)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 24 marzo 2001 (J2001/10157)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 19 febrero 2001 (J2001/9805)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 20 marzo 2001 (J2001/3114)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 5 marzo 2001 (J2001/3081)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 12 febrero 2001 (J2001/3030)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 5 febrero 2001 (J2001/3013)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 16 enero 2001 (J2001/379)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 15 diciembre 2000 (J2000/55695)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 4 diciembre 2000 (J2000/44524)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 13 noviembre 2000 (J2000/44503)
Cita en el mismo sentido sobre ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS DE ESPAÑA, ONCE STS Sala 4ª de 26 septiembre 2000 (J2000/36266)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 18 septiembre 2000 (J2000/29919)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 31 marzo 2000 (J2000/27796)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 19 abril 2000 (J2000/7059)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 27 marzo 2000 (J2000/4729)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 21 febrero 2000 (J2000/1851)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 29 febrero 2000 (J2000/1627)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 1 febrero 2000 (J2000/1027)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 25 enero 1999 (J1999/9076)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 25 enero 1999 (J1999/6049)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 1 junio 1998 (J1998/7081)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 20 abril 1998 (J1998/4362)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 10 marzo 1998 (J1998/1606)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 17 enero 1998 (J1998/260)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 8 mayo 1997 (J1997/3216)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 31 enero 1997 (J1997/1016)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 27 febrero 1996 (J1996/753)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 20 julio 1995 (J1995/4773)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 22 abril 1994 (J1994/10890)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 28 septiembre 1994 (J1994/10089)
Cita en el mismo sentido sobre COTIZACIÓN - DESCUBIERTOS - En general STS Sala 4ª de 22 abril 1994 (J1994/3539)
Cita STS Sala 4ª de 7 octubre 2004 (J2004/183597)

Bibliografía

Citada en "Orden competente para conocer de los accidentes de trabajo tras la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social"

Definiciones

infracotización

En la Villa de Madrid, a uno de junio de dos mil seis.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Guzmán de la Villa de la Serna, en nombre y representación de la ORGANIZACION NACIONAL DE CIEGOS ESPAÑOLES (O.N.C.E.), contra la sentencia dictada el 12 de noviembre de 2004 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), en el recurso de suplicación 1112/04, formalizado por INSS, TGSS y ONCE contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga, de fecha 15 de julio de 2002, recaída en los autos núm. 908/01, seguidos a instancia de D^a Nuria.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de julio de 2002, el Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

I.- Se desestiman todas las excepciones, salvo la relativa a la prescripción de la acción para exigir el pago de deudas por cuotas de la Seguridad Social, que tendrá los efectos que se señalarán en el apartado VII de este fallo.

II.- Se declara la competencia del orden jurisdiccional social para el conocimiento de la demanda cuestión litigiosa planteada en los autos presentes.

III.- Se estima parcialmente la demanda.

IV.- Se declara que la relación de trabajo que vinculó a Nuria con la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, a estar y pasar por esta declaración.

V.- Se condena a Organización Nacional de Ciegos de España (ONCE), al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, a estar y pasar por esta declaración.

VI.- Se condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social, a la aplicación de las normas comunes del Régimen General de la Seguridad Social, incluidas las correspondientes a la cotización, lo que conlleva que las bases de cotización de los mismos no estén sometidas a los límites cuantitativos establecidos específicamente en cada ejercicio para los representantes de comercio.

VII.- Se condena a la Organización Nacional de Ciegos de España (ONCE) al pago de las cotizaciones correspondientes al pronunciamiento anterior, con efectos desde el mes de agosto de mil novecientos noventa y siete".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

1º D^a Nuria, mayor de edad, domiciliada en Málaga, sigue afiliada a la S.S. en el Régimen Especial con el núm.000, ha venido prestando servicios para la ONCE desde el 27-7-1955, con la categoría de Agente-Vendedor, dedicado a la venta de cupón-prociegos.

2º Que la retribución de sus servicios se ha cobrado por comisiones sobre rentas, complemento salarial por antigüedad y complemento salarial de vencimiento superior al mes, festivos y vacaciones; siendo la última retribución de 422.393 ptas. y base de cotización 374.249 ptas.

3º Que la jornada laboral era de 8h. a 13h. de Lunes a Viernes, adjudicándosele un puesto de ventas por la empresa y supeditándose a un Régimen disciplinario conforme al Capítulo 10 del Convenio Colectivo.

4º Que por Resolución de la Dirección Provincial del I N S S, 18-4-0, ha sido declarado Jubilado con una pensión del 100% de la base reguladora de 194.531 ptas. con efectos de 27-3-01.

5º Que con fecha 3-8-01 se presentó la preceptiva reclamación previa y el 16-8-01 se celebró sin éxito el acto de conciliación ante el CEMAC.

6º La demanda se presentó el 16-8-01".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por INSS, TGSS y ONCE ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), la cual dictó sentencia con fecha 12 de noviembre de 2004, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos estimar y estimamos los Recursos de Suplicación promovidos por la Organización Nacional de Ciegos Españoles y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número de los de Málaga y provincia de fecha en Autos seguidos a instancia de D^a Nuria contra las recurrentes en reclamación de Derechos, y, en su consecuencia, revocamos parcialmente la Sentencia recurrida en el sentido de revocar y dejar sin efecto la declaración que en la misma se efectúa del derecho de la actora a que le sean de aplicación las normas de cotización de la relación laboral común y no la de los representantes de comercio con incidencia en la Base reguladora de la pensión de jubilación reconocida, así como la condena a la Once a efectuar y liquidar las cotizaciones por las normas del Régimen General de la Seguridad Social desde 1-8-97, con desestimación de la demanda en cuanto estas pretensiones ejercitadas, manteniendo la Sentencia en el resto de sus pronunciamientos".

CUARTO.- Por el Letrado D. José Antonio Tallón Moreno, en nombre y representación de D^a Nuria, mediante escrito de 12 de enero de 2005, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 14 de marzo de 2001.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y 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 vallo el día 25 de mayo de 2006, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En fecha 15/07/02, el Juzgado de lo Social núm. 6 de Málaga dictó resolución a instancia de D^a Nuria, sobre importe de pensión de jubilación reconocida con efectos de 27/03/01, en la que se declaró el derecho de la accionante a que su base reguladora (BR) se calculase teniendo en cuenta las bases de cotización que correspondían por el salario en el RGSS y no conforme a las bases efectivamente cotizadas, con las limitaciones establecidas para los representantes de comercio, condenando al INSS al abono de la diferencia en la pensión y a la empresa ONCE a que cubriese la diferencia existente en las cotizaciones.

Interpuesto recurso de suplicación (núm. 1112/04), la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía/Málaga resolvió por sentencia de 12/11/04 revocar la decisión de instancia, por considerar que si bien la relación laboral que unía a la trabajadora -Vendedora de cupón- y la ONCE era común u ordinaria, los efectos laborales y cotizatorios de esta consideración "sólo pueden retrotraerse a la fecha del mes de octubre de 2001, por ser la de inicio de la vigencia del art. 44.1 y Disposición Final 1 del XI C. Colectivo".

Acude la beneficiaria en recurso para la unidad de la doctrina, denunciando la infracción de los arts. 140.1 LGSS EDL 1994/16443 , 6.2 RD 2621/1986 EDL 1986/12803 , 1.1 y 2.1.f) ET, 73 EDL 1995/13475 LGSS/74, 109, 126 EDL 1974/1308 y 139 LGSS/94 EDL 1994/16443 , así como 97.2, en relación con el art. 81.1 LPL EDL 1995/13689 ; y como sentencia de contraste se invoca la STS 07/10/2004 (rec. 1428/03) EDJ 2004/183597 , dictada en Sala General y relativa a la determinación de la BR en prestación de IP respecto de Vendedora del Cupón pro ciegos, al servicio -también- de la ONCE.

2.- En el supuesto que es objeto de debate se cumplen todos los requisitos de procedibilidad del recurso (art. 217 LPL EDL 1995/13689), siendo así que se trata -en sustancia- de la misma infracción procesal denunciada (siquiera en la referencial se limitase al art. 140 LGSS EDL 1994/16443), siendo básicamente iguales los hechos, los fundamentos y la pretensión; la única diferencia -irrelevante- va referida a que en el caso de la sentencia recurrida la prestación reconocida es jubilación y en la de contrate EDJ 2004/183597 lo era IP.

TERCERO.- 1.- Respecto de la cotización que corresponde a los vendedores del cupón, la doctrina unificada ha declarado que "mientras la ONCE ha venido otorgando tradicionalmente a los vendedores del cupón pro ciegos la consideración de representantes de comercio, la Sentencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 26 de septiembre de 2000 (Recurso 1737/99) EDJ 2000/36266 declaró que la verdadera naturaleza de la relación existente entre los expresados vendedores y su empleadora era la correspondiente a un contrato de trabajo de carácter común, y no la mencionada de representantes de comercio. Como resumen del proceso evolutivo acerca del reflejo que en la cotización ha tenido la calificación jurídica del vínculo existente entre la ONCE y sus vendedores, cabe señalar que ante la ausencia de normativa estatal que calificara de forma específica la naturaleza jurídica de la relación existente entre los agentes vendedores del cupón pro ciegos y la ONCE, dicha relación fue calificada como integrante de la de carácter especial prevista en el art. 2.1.f) del ET EDL 1995/13475 , por parte de los primeros Convenios Colectivos concertados entre la expresada patronal y sus trabajadores (el primero de ellos, publicado en el B.O.E. de 8 de junio de 1984, así lo establecía en su art. 42.2), y de conformidad con dicha calificación, mutuamente aceptada, vino también mostrando la Seguridad Social su anuencia a la cotización conforme al aludido Sistema especial. A partir de la citada Sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2000 (Recurso 1737/99) que, como antes se ha dicho, calificó de común u ordinaria la relación de trabajo que nos ocupa, los negociadores del Undécimo Convenio Colectivo de la ONCE, publicado en el B.O.E. de 20 de agosto de 2001, acogieron ya la calificación otorgada por la doctrina unificada por parte de este Tribunal Supremo, y en la Disposición Final de este Convenio se establece que los efectos de esta nueva situación se producirán a partir del 1 de octubre de 2001. Y (...) también la Tesorería General de la Seguridad Social dictó instrucciones en el sentido de que, desde la fecha indicada, la cotización de estos trabajadores se lleve a cabo conforme a la normativa correspondiente a los trabajadores ordinarios del Régimen General, dentro del Grupo 5º de cotización" (STS 07/10/2004 -rec. 1428/03 EDJ 2004/183597 -; 28/11/05 -rec. 4928/04 EDJ 2005/225086 -; y 20/02/06 -rec. 125/05 EDJ 2006/24952 -).

2.- Igualmente se ha resuelto la proyección temporal de tal obligación cotizatoria y la incidencia de aquella doctrina en la determinación de la BR, habiéndose indicado al respecto que "De lo que no cabe duda es de que la calificación jurídica de la relación laboral que declaró nuestra repetida Sentencia de 26 de septiembre de 2000 EDJ 2000/36266 existía ya antes de dictarse la misma, pues ésta se limitó a constatarla, interpretando la normativa jurídica de aplicación al caso. Hemos de recordar aquí la doctrina de esta Sala sentada en numerosas resoluciones a partir de varias Sentencias -votadas en Sala General- de fechas 29 y 30 de abril de 2002 (Recursos 1468/01 EDJ 2002/27203 , 2760/01 EDJ 2002/27223 y 1231/01 EDJ 2002/27233 entre otros), conforme a las cuales "la regla general acerca de la irretroactividad de toda norma jurídica (ley en sentido lato) que no disponga lo contrario viene expresamente consagrada en el art. 2.3 del Código Civil EDL 1889/1 , pero esta irretroactividad no puede predicarse también respecto de la jurisprudencia, porque ésta no tiene el carácter de tal norma jurídica, y no constituye tan siquiera una verdadera fuente del ordenamiento, sino que únicamente complementa a éste (art. 1.6 del mismo Código), lo que significa que los pronunciamientos jurisprudenciales no son constitutivos, sino meramente declarativos, de tal suerte que el precepto que ha sido objeto de interpretación jurisprudencial no se ve en modo alguno modificado o alterado por virtud de la doctrina que lo interpreta, sino que el significado y el alcance del precepto interpretado ha sido siempre el mismo desde que la norma legal o reglamentaria de la que aquél forma parte se promulgó, y lo seguirá siendo en tanto no se derogue o se modifique.

Las sentencias sólo pueden tener eficacia constitutiva con carácter general cuando así venga establecido por excepción, como es el caso del control de constitucionalidad de las leyes, o de la legalidad de los reglamentos, o de los convenios colectivos; pero, aun en estos casos, no se reemplaza la norma anulada, sino que se declara la nulidad de ésta, de acuerdo con otra norma (la Constitución o la ley), y lo único que se preserva son los casos anteriores decididos por sentencias firmes (art. 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional EDL 1979/3888)" (SSTS -ya citadas- de 07/10/2004 -rec. 1428/03 EDJ 2004/183597 -; 28/11/05 -rec. 4928/04 EDJ 2005/225086 -; y 20/02/06 -rec. 125/05 EDJ 2006/24952 -).

Doctrina ésta del todo coincidente de la sentada para otros supuestos, en los que se afirmó que "la función constitucionalmente encomendada a los Tribunales no es la de crear normas, sino la de interpretarlas y aplicarlas al caso concreto, sin que quepa atribuir o negar a la doctrina jurisprudencial efectos retroactivos (...), pues tal eficacia temporal es propia de las normas y no de las resoluciones judiciales que las interpretan y aplican. Los pronunciamientos jurisprudenciales no son constitutivos, sino meramente declarativos, de tal suerte que el precepto que ha sido objeto de interpretación jurisprudencial no se ve en modo alguno modificado o alterado por virtud de la doctrina que lo interpreta, sino que su significado y alcance ha sido siempre el mismo desde que la norma legal o reglamentaria de la que aquél forma parte entró en vigor, y lo seguirá siendo en tanto no se derogue o se modifique. Por ello un cambio jurisprudencial no implica variación alguna en la norma aplicada y sí un renovado esfuerzo en acercarse y ceñirse a lo que la norma siempre quiso y quiere decir" (SSTS 29/04/02 -rec. 2760/01 EDJ 2002/27223 -; 29/04/02 -rec. 1468/01 EDJ 2002/27203 -; 29/04/02 -rec. 741/01 EDJ 2002/27213 -; 30/04/02 -rec. 1231/01 EDJ 2002/27233 -; 30/04/02 -rec. 212/01 EDJ 2002/27241 -; 03/05/02 -rec. 1313/01 EDJ 2002/26573 -; 03/05/02 -rec. 2769/01-; 03/05/02 -rec. 464/01 EDJ 2002/32112 -; 03/05/02 -rec. 549/01 EDJ 2002/32102 -; 03/05/02 -rec. 2769/01 EDJ 2002/27292 -; 03/05/02 -rec. 923/01 EDJ 2002/27293 -; 03/05/02 -rec. 541/01 EDJ 2002/27284 -; 14/05/02 -rec. 2208/01 EDJ 2002/27344 -; 08/05/02 -rec. 952/01 EDJ 2002/27320 -; (...) 20/01/03 -rec. 1921/02 EDJ 2003/694 -; 03/02/03 -rec. 2091/92 EDJ 2003/4380 -; 14/03/03 -rec. 2939/02 EDJ 2003/17811 -; 25/03/03 -rec. 4189/01 EDJ 2003/11882 -; 07/04/03 -rec. 3640/02 EDJ 2003/25692 -; 08/10/03 -rec. 3866/02 EDJ 2003/127719 -; y 09/03/04 -rec. 1040/03 EDJ 2004/14576 -).

CUARTO.- 1.- Decíamos más arriba que el segundo punto cuestionable en las presentes actuaciones -objeto de debate en el curso de las mismas- es el relativo a la posible responsabilidad por la infracotización. Extremo sobre el que el mandato de la sentencia de instancia es del todo ajustado a Derecho y a la propia doctrina unificada (SSTS 28/11/05 -rec. 4938/04 EDJ 2005/225086 -; y 20/02/06 -rec. 125/05 EDJ 2006/24952 -).

2.- Para empezar hagamos una elemental incursión histórica, cual es la de que los antecedentes normativos de la vigente regulación en materia de responsabilidad prestacional se encuentran en el apartado 15 de la Base Cuarta de la LBSS (Ley 193/1963, de 28/diciembre), en cuyo desarrollo la LASS (Decreto 907/1966 EDL 1966/189 , de 21/abril) sentó unas reglas generales sobre responsabilidad aplicables a todo el sistema de la Seguridad Social (art. 23), a la par que una regulación específica en el marco del Régimen General para determinar la "Imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones" (art. 94), fijar el "Alcance de la responsabilidad empresarial y anticipo de prestaciones" (art. 95) y regular el "Procedimiento para la exigencia de responsabilidad" (art. 96). Tras disponerse genéricamente en el art. 17 de la LRSS (Ley 24/1972 EDL 1972/1453 , de 21/junio) la exigencia de responsabilidad empresarial por el incumplimiento de sus obligaciones en materia aseguradora ("previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva"), así como la asunción de ella ("en los casos en que la misma resultara atenuada para la empresa") y el anticipo de prestaciones ("cuando procediera") por parte de las Entidades gestoras, la LGSS/74 EDL 1974/1308 (Decreto 2065/1974 EDL 1974/1308 , de 30/mayo), reguló la materia de "responsabilidad en orden a las prestaciones" en los arts. 23 (para todo el sistema de Seguridad Social), 96 (para el Régimen General) y 97 (supuestos especiales), con soluciones que han pasado literalmente a los arts. 41, 126 y 127 LGSS/94 EDL 1994/16443 (RD-Legislativo 1/1994, de 20/junio), preceptos que junto con algún otro que contempla específicas declaraciones de responsabilidad, como los arts. 13.3 (afiliación, altas y bajas), 104 (cotización), 125.3 (altas de pleno derecho), 195 (incumplimientos en materia de accidentes de trabajo) y 196 (normas específicas para enfermedades profesionales), constituyen el bloque normativo legal en la materia.

3.- Esta legalidad ordinaria vigente -la de la LGSS/94 EDL 1994/16443 - y más concretamente la genérica previsión del art. 126.2 ("el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva"), se complementa con las previsiones contenidas en los arts. 94 a 96 LASS, siendo así que en tal sentido se manifiesta la DT Segunda del Decreto 1645/1972 EDL 1972/1463 ("En tanto se dicten las disposiciones en las que se determinen las circunstancias a que se refiere el número 1 del art. 17 de la Ley 24/1972 EDL 1972/1453 , se aplicarán las normas contenidas en los arts. 94, 95, 96 y 97, número 1 y 2, de la Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966"), en términos que la doctrina unificada considera vienen a atribuir a la citada normativa valor deslegalizado, pues aunque es cierto que existen dudas doctrinales razonables acerca de su vigencia con carácter reglamentario, no lo es menos que existe una doctrina jurisprudencial reiterada que, constituida en doctrina legal y fuente complementaria del derecho como prevé el art. 1.6 CC EDL 1889/1 , ha entendido que hasta tanto no se dicten las nuevas previsiones de desarrollo del art. 126 LGSS EDL 1994/16443 , deben considerarse aplicables como normas reglamentarias aquellas de la Ley de 1966(por todas, SSTS 06/04/82, 19/09/91, 22/04/94, 22/04/94 -Sala General y rec. 2304/93 EDJ 1994/10890 -; 22/04/94 -Sala General y rec. 2475/93 EDJ 1994/3539 -; 27/02/96 EDJ 1996/753 ; 08/05/97 -Sala General y rec. 3824/96 EDJ 1997/3216 -; 10/03/98 -rec. 2838/97 EDJ 1998/1606 -; 20/04/98 -rec. 1951/97 EDJ 1998/4362 -; 25/01/99 -rec. 2345/98 EDJ 1999/9076 -; 01/02/00 -rec. 694/99 EDJ 2000/1027 -; 21/02/00 -rec. 71/99 EDJ 2000/1851 -; 31/03/00 -rec. 2271/99 EDJ 2000/27796 -; 13/11/00 -rec. 4380/99 EDJ 2000/44503 -; 02/02/01 -rec. 131/00-; 07/04/04 -rec. 3874/02 EDJ 2004/31861 -; y 27/05/04 -rec. 2843/03 EDJ 2004/63880 -).

4.- Conforme a tales previsiones reglamentarias, interpretadas armónicamente con el impreciso art. 126.1 LGSS EDL 1994/16443 y a la luz del mandato contenido en el art. 41 CE EDL 1978/3879 (SSTS 01/02/00 -Sala General y rec. 694/99 EDJ 2000/1027 -; 29/02/00 -rec. 1106/99 EDJ 2000/1627 -; 27/03/00 -rec. 2474/99 EDJ 2000/4729 -; 31/03/00 -rec. 2271/99 EDJ 2000/27796 -;

19/04/00 -rec. 1976/99 EDJ 2000/7059 -; 18/09/00 -rec. 3745/99 EDJ 2000/29919 -; 04/12/00 -rec. 3903/99 EDJ 2000/44524 -; 15/12/00 -rec. 4348/99 EDJ 2000/55695 -; 16/01/01 -rec. 4043/99 EDJ 2001/379 -; 05/02/01 -rec. 2122/00 EDJ 2001/3013 -; 12/02/01 -rec. 131/00 EDJ 2001/3030 -; 19/02/01 -rec. 4602/00 EDJ 2001/9805 -; 05/03/01 -rec. 4600/99 EDJ 2001/3081 -; 20/03/01 -rec. 594/00 EDJ 2001/3114 -; 24/03/01 -rec. 794/00 EDJ 2001/10157 -; 28/06/01 -rec. 3412/00 EDJ 2001/16144 -; 16/07/01 -rec. 2050/00 EDJ 2001/27826 -; 18/09/01 -rec. 1567/00 EDJ 2001/70664 -; 26/09/01 -rec. 3099/00 EDJ 2001/70734 -; 13/05/02 -rec. 3336/01 EDJ 2002/27335 -; 20/01/03 -rec. 4490/01-; 27/05/04 -rec. 2843/03 EDJ 2004/63880 -; y 14/12/04 -rec. 5291/03 EDJ 2004/242604 -), la doctrina unificada que interpreta la responsabilidad empresarial por descubiertos en el pago de cotizaciones, puede resumirse -tratándose de contingencias comunes- en los siguientes puntos:

(a).- Descubiertos ocasionales y rupturistas.- Como el art. 94.2 c) LASS imputaba la responsabilidad prestacional del empresario por falta de ingreso de las cotizaciones, pero la moderaba en determinados supuestos y en otros a determinar "reglamentariamente", sin que los mismos hubiesen llegado a ser nunca especificados, se impone distinguir entre descubiertos empresariales ocasionales y los que -por su trascendencia- bien pueden calificarse como rupturistas, en tanto que demostrativos de la intención empresarial de no cotizar, de forma que en el primer caso -que no en el segundo- el empresario ha de quedar exonerado de responsabilidad, hallándose la justificación -incluso- en criterios de legalidad constitucional, puesto que el incumplimiento de la obligación de cotizar no extingue las relaciones de Seguridad Social, sino que el impago de las cotizaciones constituye una infracción sancionable administrativamente (arts. 13, 37 y 38 de Ley 8/1988) y da lugar al cobro de dichas cotizaciones por vía ejecutiva con abono de los recargos procedentes (art. 33 LGSS EDL 1994/16443), de forma que para no vulnerar el principio constitucional "non bis in idem" la responsabilidad empresarial tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, pues en otro caso se sancionaría dos veces la misma conducta (sanción administrativa directa e indirecta), en términos que no puede autorizar una regla (art. 94.3 LASS) que tiene valor reglamentario y es preconstitucional (STS 08/05/97 -Sala General y rec. 3824/96 EDJ 1997/3216 -).

b).- El módulo de la proporcionalidad.- Tal criterio se complementa con el de proporcionalidad en la responsabilidad, tanto en los supuestos de descubiertos de cotización temporales como en los que traen causa en cotización inferior a la debida (STS de 17/01/98 -rec. 3083/92 EDJ 1998/260 -), de forma que la responsabilidad empresarial por defectos de cotización ha de ser proporcional a su incidencia sobre las prestaciones (SSTS 28/09/94 -rec. 2552/93 EDJ 1994/10089 -; 16/01/01 -rec. 4043/99 EDJ 2001/379 -; 03/07/02 -rec. 2901/01 EDJ 2002/31881 -; 22/07/02 -rec. 4499/01 EDJ 2002/32104 -; y 19/03/04 -rec. 2287/03 EDJ 2004/31820 -), incluso en el supuesto de incumplimientos que impiden al trabajador cubrir el periodo de carencia (STS 25/01/99 -rec. 500/98 EDJ 1999/6049 -), atendiendo a "la parte proporcional correspondiente al periodo no cotizado" sobre el total de la prestación (SSTS 20/07/95 -rec. 3795/94 EDJ 1995/4773 -, para Jubilación; 01/06/98 -rec. 223/97 EDJ 1998/7081 -, para Jubilación; 25/01/99 -rec. 500/98-, para Jubilación; y 14/12/04 -rec. 5291/03 EDJ 2004/242604 -, para subsidio por desempleo para mayores de 52 años). De esta manera, no sólo se ha liberado de responsabilidad a la empresa cuando los descubiertos son ocasionales, sino que cuando se le ha de imputar responsabilidad por descubiertos reiterados -sean temporales o por cotización inferior a la debida-, se hace responsable a la empresa y al INSS pero en proporción a la influencia que el defecto de cotización haya tenido en la cuantía de la prestación (SSTS 28/09/94 -rec. 2552/93-; 20/07/95 -rec. 3795/94-; 27/02/96 -rec. 1896/95 EDJ 1996/753 -; y 31/01/97 -rec. 820/96 EDJ 1997/1016 -).

c).- Componente de gravedad.- El elemento de gravedad, que ha de ponderarse a efectos de la aplicación de las sanciones administrativas correspondientes, no es esencial en orden a la determinación de la responsabilidad, pues el alcance de ésta no está en función de la gravedad del incumplimiento, sino de la cuantía de la prestación causada y del importe del capital coste cuando se trata de pensiones (SSTS 08/05/97 -Sala General y rec. 3824/96 EDJ 1997/3216 -, sobre Maternidad; y 14/12/04 -rec. 5291/03 EDJ 2004/242604 -, sobre subsidio por desempleo para mayores de 52 años). Pero de todas formas no ha de pasarse por alto que en todo caso, tal como señalaba ya la más antigua doctrina (SSTS de 22/12/69; y 01/03/72),"la exculpación de las aseguradoras, en base al incumplimiento de leves o nimias formalidades, presupondría subversión del principio de la buena fe y de las reglas morales, que informan la contratación, conforme a los arts. 1255 y 1258 del C. Civ."; y ha de destacarse igualmente (SSTS de 13/05/71; 04/10/71; 02/10/73; 02/10/75; y 12/11/75) que el elemento intencional de la mala fe, no es presumible y por tanto la aseguradora viene obligada a probar en cada caso, su existencia, y de otra parte aún la demora en el pago, por si misma, no elimina ni excluye la responsabilidad de las aseguradoras, como se ha declarado en las SSTS 05/12/68, 01/04/69, 15/01/70, 21/04/75 y 23/10/75) (STS 18/09/80, citada por la de 28/11/05 -rec. 4928/04 EDJ 2005/225086 -).

5.- Como colofón relativo al último punto que es objeto de examen -la responsabilidad por la infracotización-, ha de afirmarse con SSTS 28/11/05 (rec. 4928/04) EDJ 2005/225086 y 20/02/06 (-rec. 125/05-) EDJ 2006/24952 que "si no ha existido fraude u ocultación, o si ha habido error en la base cotizada, o ha existido cualquier otra anomalía, pero se ha cotizado de forma que haya encontrado correcta la administración de la Seguridad Social, no puede alcanzarse ninguna responsabilidad a la empresa, sino que es la Entidad Gestora la que debe responder. Esta doctrina ha sido seguida por varias resoluciones posteriores, siendo de citar, por todas, las Sentencias de 1 de febrero de 2000 (Rec. 694/99) EDJ 2000/1027, 29 de febrero de 2000 (Rec. 1106/99) EDJ 2000/1627, y 5 de abril de 2001 (Rec. 1838/00) EDJ 2001/10208 (...) Conforme a lo antes dicho, debe llegarse a la conclusión en el sentido de que en aquellos supuestos, como el presente, en los que la ONCE ha venido cotizando en todo momento en los términos resultantes de los sucesivos convenios colectivos y con la plena anuencia de la Administración de la Seguridad Social, no debe alcanzarse a dicha empresa responsabilidad alguna en cuanto a las diferencias de pensión resultantes, sino que tal responsabilidad ha de asumirla el INSS. Ello sin perjuicio del posible derecho de éste a reclamar de aquélla las correspondientes diferencias de cuotas, en la parte no prescrita, cuestión ésta sobre la que aquí no podemos pronunciarnos, al no resultar objeto del recurso".

QUINTO.- En consecuencia, coincidiendo con el razonado dictamen emitido por el Ministerio Fiscal, procede acoger el recurso de casación entablado y afirmar que la doctrina correcta es la adoptada por la sentencia de contraste EDJ 2004/183597 y no la seguida por la decisión recurrida, que ha de ser casada y anulada, debiendo resolverse el debate planteado en suplicación en términos ajustados

a la doctrina unificada, tal como establece el art. 226.2 LPL EDL 1995/13689 , con desestimación del recurso de tal clase formulado y confirmando la sentencia de instancia; sin que proceda disponer la condena de la parte vencida al pago de las costas causadas (art. 233.1 LPL EDL 1995/13689).

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en representación de D^a Nuria, casando y anulando la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga en fecha 12/noviembre/2004, en recurso suplicación formulado contra la que en 16/julio/2002 pronunció el Juzgado de lo Social núm. Seis de Málaga (autos 908/01), y resolviendo el debate de suplicación desestimamos el recurso de igual clase interpuesto y confirmamos la sentencia de instancia, manteniendo todos sus pronunciamientos frente a la "ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS ESPAÑOLES", el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social 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. Joaquín Samper Juan.- Aurelio Desdentado Bonete.- Jordi Agusti Julia.- Luis Fernando De Castro Fernandez.- Benigno Varela Autrán.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079140012006100564