

Roj: STS 5409/2013
Id Cendoj: 28079140012013100703
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3177/2012
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MILAGROS CALVO IBARLUCEA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Septiembre de dos mil trece.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia de fecha 26 de septiembre de 2012, en el recurso de suplicación 2238/2009 , contra la sentencia dictada en fecha 27 de febrero de 2009, en autos núm. 686/2008 , seguidos a instancia de D^a Adriana frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre JUBILACIÓN.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de febrero de 2009 el Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando en parte la demanda interpuesta por Doña Adriana , debo condenar y condeno al Instituto Nacional de la Seguridad Social al abono de las diferencias de la prestación de jubilación con efectos económicos desde los cinco años anteriores a la fecha de solicitud de revisión, con solución de la Tesorería General de la Seguridad Social."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados se declaran los siguientes:"PRIMERO.- La demandante Doña Adriana tiene reconocida desde junio de 1996 una pensión de jubilación -tras haber cotizado en España y en Alemania- sobre una base reguladora de 9#24 #, un porcentaje del 60%, con prorata temporis de España del 5#59 %, con cuantía inicial de 0'31#./ SEGUNDO.- El 22 de marzo de 2008 la demandante interesó la revisión de su prestación conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en torno a la aplicación de las bases medias. El 15 de abril de 2008 el Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó resolución administrativa estimando la revisión interesada aumentando la base reguladora hasta los 764#99 #, la prorata temporis hasta el 19#60%, pasando la cuantía inicial a 89#96 # a la fecha del hecho causante y en la actualidad a 128#86 # (anteriormente era de 16'20 #) . TERCERO.- La Entidad Gestora reconoció las diferencias de los tres meses anteriores a la fecha de la revisión./ CUARTO.- Ha sido agotada la vía administrativa previa."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó Sentencia con fecha 26 de septiembre de 2012 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que con desestimación del recurso interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, confirmamos la sentencia que con fecha 27/02/09 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Vigo , a instancia de Doña Adriana y por la que se acogió la demanda formulada."

CUARTO.- Por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por el Tribunal Supremo en fecha 22 de septiembre de 2009 en el Recurso núm. 3849/2008 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido la Excm. Sra. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de septiembre de 2013, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La trabajadora solicitó y obtuvo con efectos de junio de 1996 pensión de jubilación al amparo de los Reglamentos Comunitarios. Instada la revisión de la base reguladora el 22 de marzo de 2008, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL accedió a lo pedido retrotrayendo los efectos económicos a los tres meses anteriores a la fecha de revisión. En la vía jurisdiccional la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo estimó la demanda extendiendo los efectos de la revisión a los cinco años anteriores a la solicitud de aquella, en resolución confirmada en suplicación.

Recorre el INSS en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 22 de septiembre de 2009 (R.C.U.D. 3849/2008) dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

En la sentencia de comparación se resuelve acerca de la pretensión consistente en que, solicitada la revisión de la base reguladora de una pensión de jubilación. La sentencia referencial estima el recurso formulado por el INSS, limitando la retroacción de los efectos los últimos tres meses. Concorre entre ambas resoluciones la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la Ley de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO.- La parte recurrente alega la infracción del artículo 43.1, segundo párrafo y del artículo 164 ambos de la Ley General de la Seguridad Social. La cuestión que se suscita, plazo de retroacción de los efectos económicos revisión del importe de la base reguladora en una prestación de jubilación, ya ha sido resuelta, entre otras, en la resolución que se ofrece de contraste, cuyo fundamento de Derecho SEGUNDO reproducimos a continuación: *"SEGUNDO 1.- La doctrina de la Sala en orden al plazo de prescripción de las diferencias económicas en caso de reclamación por error de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación imputable a la Entidad Gestora, era el de que no operaba la retroactividad general de tres meses previsto en el art. 164 LGSS para los efectos de la solicitud inicial de la prestación, sino el de cinco años previsto en el art. 43 para el reconocimiento de prestaciones [no el de cuatro años del art. 45.3, para el reintegro de prestaciones], extendiéndose hasta la fecha de reconocimiento del derecho (así, desde las más antiguas SSTs de 25/03/93 -rcud 690/92 - y 07/07/93 -rcud 1193/92 -, hasta las más modernas de 26/02/07 -rcud 4281/05-; 18/06/07 -rcud 2189/06-; 29/06/07 -rcud 1345/06-, apreciando falta de contenido casacional; 20/11/07 -rcud 3453/06-; 17/12/07 -rcud 4715/06-; y 22/01/08 -rcud 3444/06-).*

Y en justificación de ello se argumentaba que «La jubilación, en nuestro derecho, tiene carácter irreversible y si el contenido económico de la prestación por un error inicial de la entidad gestora -que está en condiciones más favorables que el propio beneficiario para su adecuada determinación- quedó minusvalorado, [...] es lógico mantener -a falta de norma expresa de sentido contrario- que sus efectos deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, afectando en su contenido económico de error, [...] y ello independientemente de la prescripción que, en su caso, pudiera operar frente a las concretas percepciones de la prestación económica [...], la limitación establecida por el art. 156 de la Ley General de la Seguridad Social se asienta en un principio razonable; evitar que lucre la prestación de jubilación, quien con su actuación omisiva y a pesar de reunir los requisitos legales retrasa la petición de reconocimiento de su derecho, máxime cuando tal conducta impediría o dificultaría a la entidad gestora el control sobre si, efectivamente, el beneficiario ha cesado en su actividad laboral, [...] Ello no sucede cuando lo que se reclama es la modificación de la cuantía, pues en tal caso -firme, ya, el reconocimiento del derecho- la nueva declaración [...] sobre su contenido económico trata de corregir un error de origen».

2.- En todo caso, ya la jurisprudencia dictada más recientemente hacía la observación de que en el caso suscitado mantenía el planteamiento tradicional, porque -en función de la fecha en que la solicitud revisoria se había efectuado- resultaba cronológicamente inaplicable la DF Tercera Ley 42/2006, que modificó el art. 43 LGSS y fijó los efectos económicos de la nueva cuantía de una pensión revisada a tres meses -como máximo- de la solicitud de revisión (así, SSTs 31/01/07 -rcud 2633/05, para jubilación; 28/11/07 -rcud 5083/06, para Viudedad; 22/01/08 -rcud 3444/06-, para Jubilación; y 10/02/09 -rcud 1318/08 -, para IPA). Así, la indicada DF prescribe «con efectos de 1 de enero de 2007 y vigencia indefinida» la modificación del art. 43 LGSS, añadiéndole un párrafo expresivo de que «Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud.

Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 45».

3.- Ciertamente ha de reconocerse que las argumentaciones -básicamente finalísticas y de equidad- que determinaban a la conclusión tradicional siguen teniendo fuerza dialéctica, pero ello únicamente es sostenible en ausencia de solución expresa del legislador, pues ésta obsta cualquier otra que no sea la prevista en la norma, dado el sometimiento de los órganos jurisdiccionales al imperio de la ley (arts. 117 CE y 1 LOPJ)." . En el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2012 (R.C.U.D. 176/2012), y de 23 de noviembre de 2011 (R.C.U.D. 151/2011) cuyo Fundamento de Derecho primero y único dice lo siguiente: " La cuestión que se suscita en este recurso es únicamente la relativa a la fecha de efectos económicos de la revisión del importe de una pensión de jubilación anticipada reconocida el 22 de junio de 2005 con efectos de 20 de junio de 2005, cuando la revisión de la cuantía, por aplicación del porcentaje y del coeficiente reductor, se solicitó el 1 de abril de 2008. La sentencia recurrida ha confirmado la de instancia que ha fijado la retroactividad de la revisión de la cuantía a partir del 20 de junio de 2005 . La revisión se produce como consecuencia de una discrepancia sobre el carácter del cese. La sentencia de contraste, que es la de esta Sala de 22 de diciembre de 2009 , se pronuncia sobre un trabajador de la ONCE, al que se le reconoció una pensión de jubilación con efectos de 1 de enero de 2005, pensión que fue revisada por el INSS en su cuantía a petición del autor, debatiéndose sobre el alcance temporal de la revisión, que la sentencia fija en 1 de noviembre de 2006 , tres meses antes de la solicitud por aplicación de la disposición final 3ª de la Ley 42/2006 , norma que modificó, con efectos de 1 de enero de 2007 y vigencia indefinida el art. 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social para establecer que "si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud", añadiendo que "esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 45". La sentencia de contraste razona que no se trataba de un error material, de hecho o aritmético, sino ante una discrepancia sobre los criterios de cómputo de la pensión.

La contradicción ha de aceptarse, sin que pueda acogerse la objeción que formula la parte recurrida en orden a las distintas causas de las revisiones aplicadas en los dos supuestos comparados, porque la identidad que exige el art. 217 de la LPL no es la absoluta, sino la sustancial y en ambos casos estamos ante divergencias que no pueden calificarse de meros errores aritméticos, materiales o de hecho, pues no se trata de desviaciones de cálculo o simples "equivocaciones elementales" en la constatación y no en la representación de la realidad. En este sentido se pronunció ya nuestra sentencia de 13 de octubre de 1994 (recurso 745/1994), que señaló que este tipo de errores enlaza con la regulación de su rectificación en el procedimiento administrativo como categoría distinta a la revocación y la jurisprudencia contencioso-administrativa ha precisado, en la interpretación del art. 105.2 de la LRJAPC, que "el objeto de la enmienda" han de ser "simples equivocaciones elementales (nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos), apreciadas gracias a los datos que constan en el expediente y que se manifiesten de manera clara, patente y ostensible, evidenciándose por sí solas sin necesidad de mayores razonamientos ni, por supuesto, de operaciones valorativas sobre normas jurídicas" (sentencia de la Sala 3ª de este Tribunal de 16 de febrero de 2009 , recurso 6092/2005 y las que en ella se citan).

Pues bien, no estamos en las sentencias comparadas ante errores simples de esta clase. En la sentencia de contraste por las razones que ella misma aporta en su fundamento jurídico tercero ante la existencia de un problema jurídico en el cálculo de la base reguladora derivado de la previa calificación de la naturaleza de la relación laboral de los trabajadores de la ONCE afectados por tal calificación. En la sentencia recurrida porque se trata también de una cuestión que excede de un mero error material elemental. Lo que se debate es una divergencia jurídica en orden a la voluntariedad del cese que exige la interpretación de lo establecido en la disposición transitoria 3ª.1 de la LGSS en relación con la regulación del cese por jubilación en el convenio aplicable. " .

Dada la identidad de supuestos y por razones de homogeneidad y seguridad jurídica, la anterior doctrina es de aplicación al presente supuesto, por lo que de conformidad con el Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso y en consecuencia casar y anular la sentencia y en su lugar dictar otra que resolviendo el debate de suplicación y con estimación del recurso de igual clase, revocar la sentencia del Juzgado de lo Social, desestimado la demanda, sin que haya lugar a la imposición de costas, en aplicación del artículo 233 de la Ley de la Jurisdicción Social.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia de fecha 26 de septiembre de 2012, en el recurso de suplicación 2238/2009 , frente a la sentencia dictada en fecha 27 de febrero de 2009, en autos núm. 686/2008 , seguidos a instancia de D^a Adriana frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre JUBILACIÓN. Casamos y anulamos la sentencia y en su lugar dictamos otra que resolviendo el debate de suplicación y con estimación del recurso de igual clase, se revoque la sentencia del Juzgado de lo Social, desestimado la demanda, sin que haya lugar a la imposición de costas, en aplicación del artículo 233 de la Ley de la Jurisdicción Social.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.