

Id Cendoj: 15030340012010103978
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Coruña (A)
Sección: 1
Nº de Recurso: 1784/2007
Nº de Resolución: 3987/2010
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: ANTONIO JESUS OUTEIRIÑO FUENTE
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

JUBILACIÓN

RECURSO DE SUPPLICACIÓN Nº **1784/2007** BC

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS D.

ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO

A CORUÑA, catorce de septiembre de dos mil diez.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación número 0001784 /2007 interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL,

TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y D^a. Pilar contra la sentencia del JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de OURENSE siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D^a. Pilar en reclamación de JUBILACION siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y ORGANIZACION DE CIEGOS ESPAÑOLES (ONCE). En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 0000812 /2006 sentencia con fecha cinco de Diciembre de dos mil seis por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:
PRIMERO.- La actora D^a Pilar , solicitó en fecha 16 de Octubre de 1996 pensión de Jubilación que le fue reconocida por resolución de 28 de octubre de 1996 en cuantía del cien por Cien de su Base Reguladora de 1.000'96 euros, con efectos del 11 de octubre de 1996./ SEGUNDO.- La actora solicitó en fecha 16 de Febrero de 2006 la revisión de su pensión, dictando resolución el Instituto Nacional de la Seguridad Social en fecha 16 de Junio de 2006 que fijó la Base Reguladora de la pensión en 1.359'43 euros, fijando los efectos económicos de la revisión en fecha 16 de Noviembre de 2005./ TERCERO.- Formulada reclamación previa en fecha 21 de Julio de 2006, se dictó resolución por el Instituto Nacional de la Seguridad Social el 30

de Agosto de 2006 por la cual se desestimó la pretensión de 1 actora y se modificó la Base Reguladora de la prestación dejándola en 1.276'38 euros./ CUARTO.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social por resolución de 15 de Septiembre de 2006 y en base al error cometido, al haber percibido por el periodo de 16 de Noviembre de 2005 ala 31 de Agosto de 2006, 19.981'83 euros, que le correspondería percibir 18.761'04 euros, la reclama una deuda de 1.220'79 euros./ QUINTO.- La actora presentó demanda ante el Decanato el 2 de Noviembre de 2006.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por D^a Pilar contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y la ORGANIZACION NACIONAL DE CIEGOS ESPAÑOLES (O.N.C.E.), debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir una pensión de Jubilación en cuantía del cien por cien de su Base Reguladora de 1.276'30 euros, más las revalorizaciones e incrementos que legalmente correspondan, con efectos económicos del 16 de Febrero de 2002, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, a que le abonen la misma, pudiendo descontar las cantidades ya abonadas, y con absolución de la presente demanda a la ORGANIZACION NACIONAL DE CIEGOS ESPAÑOLES (O.N.C.E.).

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante y demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima en parte la demanda, declara el derecho de la actora a percibir la pensión de jubilación que ya tenía reconocida en la cuantía del 100% de la nueva base reguladora de 1.276'30 euros, con efectos económicos del 16 de Febrero de 2002, y condena a los demandados INSS y Tesorería a que le abonen la misma, pudiendo descontar las cantidades ya abonadas, todo ello con absolución de la también demandada Organización Nacional de Ciegos Españoles (O.N.C.E.). Y contra este pronunciamiento recurren las Entidades Gestoras demandadas articulando un único motivo de suplicación, al amparo del *art. 191. c) de la L.P.L .*, en el que denuncia infracción, por inaplicación, del *art. 43.1 LGSS* , por entender, en síntesis, que la fecha de efectos de la nueva cuantía de la pensión de jubilación reconocida a la actora, no deba retrotraerse a la fecha de 16-02-2002, es decir, a los últimos 4 años por aplicación del *art. 45 LGSS* , sino a los 3 meses anteriores a la solicitud de revisión, y ello en base a que no se trata de un error inicial de la Entidad Gestora, sino de un nuevo criterio legal y jurisprudencial, tal como, a su juicio, resulta de la doctrina de suplicación que cita.

SEGUNDO.- La cuestión central del recurso se concreta a resolver si los efectos de la revisión de la cuantía -por modificación de la base reguladora- de la pensión de jubilación que la actora tenía reconocida, deben retrotraerse a los últimos 4 años -tesis de la sentencia de instancia-, o por el contrario, dicha retroacción debe extenderse sólo a los 3 meses anteriores a la solicitud de revisión, tal como sostienen las Entidades Gestoras recurrentes. Y la respuesta que debe darse a la pretensión de recurso, debe ser de contenido semejante a lo razonado por la sentencia de instancia, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1.- Contra acreditado y así se desprende del relato fáctico, que la actora solicitó, en 16 de Octubre de 1996, pensión de jubilación que le fue reconocida por resolución de 28 de octubre de 1996, en cuantía del cien por 100% de su Base Reguladora de 1.000'96 €, y con efectos del 11 de octubre de 1996. Consta igualmente acreditado que, en fecha 16 de Febrero de 2006, solicitó la revisión de su pensión, dictándose resolución por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en fecha 16 de junio de 2006, en la que fijó la Base Reguladora de la pensión en 1.359'43 euros, y los efectos económicos de la revisión en fecha 16 de noviembre de 2005.

2.- Sentado lo anterior, debe tenerse presente que no resulta aplicable al caso enjuiciado, por evidentes razones temporales, la *disposición final tercera de la Ley 42/2006 (RCL 2006\2324 y RCL 2007, 418)*, que modificó el *artículo 43 LGSS* fijando los efectos de la nueva cuantía de una pensión revisada a los tres meses anteriores, como máximo, de la solicitud de revisión. En consecuencia, debe resolverse el caso conforme a la reiterada doctrina unificada de la Sala IV del TS (SSTS de 18 y 29 de junio de 2007. RJ 2008\748 y RJ 2007\6988; rec. 2189/2006 y 1345/2006, y de 17 de diciembre de 2007. RJ 2008\1285, rec. 4715/2006), que razona en el sentido de que dicho límite de tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud se aplica únicamente a los efectos económicos derivados del reconocimiento de la pensión, pero no si al trabajador se le hubiera calculado la pensión, por error,

aritmético o de otro tipo, en cuantía inferior a la debida, para cuya rectificación procede recalcular la cuantía desde su percepción inicial. Así se estableció en la sentencia -de Sala General- de 7 de julio de 1993 (Rec. 1193/92 [RJ 1993\5967]), que se reitera en otras posteriores como las de 22 de noviembre de 1996 (Rec. 3348/95 [RJ 1996\9451]), de 7 de febrero de 2002 (Rec. 2129/01 [RJ 2002\3505]), de 26 marzo de 2001 (Rec. 4196/00 [RJ 2001 \4114]), y de 24 de julio de 2003 (Rec. 4607/02 [RJ 2003\7112]), sentando el referido criterio que la citada sentencia de 7 de julio de 1993 resume así:

"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, corrigiéndose ello más tarde por sentencia firme que estimó la pretensión del trabajador beneficiario, es lógico mantener -a falta de norma expresa de contenido contrario- que sus efectos deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, afectado por error en su contenido económico, sin que sea válido deducir, de una norma que consagra... su retroacción máxima a tres meses, la misma limitación en cuanto al contenido económico del derecho ya reconocido anteriormente en cuantía inferior, y ello independientemente de la prescripción que, en su caso pudiera operar frente a las concretas percepciones de la prestación económica".

A este respecto es irrelevante que el reconocimiento de una cuantía inferior a la procedente al efectuar la revisión, se deba a un error del INSS, o venga determinada por un cambio en la interpretación jurisprudencial, porque en uno y otro caso existe el error en la fijación del importe y, como sigue diciendo la referida sentencia: "Los jueces no crean derecho nuevo, sino que lo aplican, de forma que sus sentencias tienen por naturaleza la condición de declarativas y retroactivas, a diferencia de las leyes y el resto de normas, que tienen, salvo que dispongan otra cosa, efectos sólo prospectivos (no retroactivos) por su condición de fuentes de creación del derecho...". Por lo tanto el error de cálculo del INSS, derivado de una determinada interpretación de aquel *artículo se produjo en 1996* aunque sólo se descubriera, en este caso a partir de una nueva interpretación por la STS de 7 de octubre de 2004 , que cita la parte demandante.

Por ello, como señala también la STS de 17 de diciembre de 2007 (RJ 2008\1285, rec. 4715/2006), en estos supuestos en que se produce una modificación y se eleva el importe de la pensión originariamente reconocida al pensionista, los efectos de esa modificación han de retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, no operando la limitación de tres meses prevista en el *art. 43 LGSS* . No obstante, ello ha de entenderse sin perjuicio de que opere el mecanismo de la prescripción del número 1 del citado artículo 43, que fija en cinco años la prescripción del derecho al reconocimiento de prestaciones, no el de cuatro años contenido en el *artículo 45.3 LGSS* , previsto para el reintegro de prestaciones indebidas. La conclusión, por tanto, ha de ser la desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia. Por lo expuesto,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por los demandados Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada en los presentes autos por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense, tramitados a instancia de la actora Dña. Pilar frente a las Entidades Gestoras recurrentes, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 218 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral* . Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

-La cantidad objeto de condena en la c/c de esta Sala en el Banco Banesto, nº 1552 0000 80 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

-El depósito de 300 euros en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 35 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

