

## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

## TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 391/2020, de 22 de mayo de 2020

Sala de lo Social

Rec. n.º 54/2018

## SUMARIO:

**Organización Impulsora de Discapacitados (OID). Pensión de jubilación tras cotizar el trabajador durante años como vendedor de cupones de una lotería declarada ilegal. Efectos de la resolución de la TGSS por la que acordó de oficio declarar indebida la inscripción de la empresa (al carecer de la preceptiva autorización administrativa para realizar su actividad) y de las altas de todos sus trabajadores, reponiendo a la compañía y a sus empleados al momento anterior a su inscripción y alta, respectivamente. Responsabilidad empresarial en orden al pago de la pensión y anticipo de esta por el INSS.** Para la resolución del caso ha de tenerse presente que durante todo el tiempo la empresa abonó al actor su nómina con descuento de las cotizaciones sociales, existiendo un incumplimiento empresarial de obligaciones tanto administrativas (desarrollo de actividad sujeta a autorización, sin obtenerla previamente) cuanto instrumentales de Seguridad Social (inscripción, afiliación, cotización), aunque el incumplimiento de estas fue sobrevenido. Debe partirse también de que existió alta y cotización durante la vigencia de la relación laboral, aunque ya no sea requisito para acceder a la jubilación encontrarse en situación de alta, al pugnar ese dato con la consideración de que el trabajador ha carecido de efectiva vinculación con el sistema. Por otro lado, la ilicitud de la actividad desempeñada no es intrínseca (como sucedería, por ejemplo, con la contratación de una persona para sustraer mercancías o interceptar comunicaciones privadas), sino que puede considerarse como extrínseca al negocio jurídico (esto es, la venta de los cupones en cuestión sería legal si la empresa hubiera obtenido la preceptiva autorización administrativa). Además de ser posible, el objeto del contrato ha de ser lícito (art. 3.1 c) ET) esto es, que no sea contrario a las leyes o a las buenas costumbres en dicción del artículo 1271.3 del CC. Una venerable doctrina del Tribunal Central de Trabajo vino sosteniendo que si las tareas pactadas son perfectamente legales, la ilicitud de la actividad empresarial no se comunica necesariamente al objeto del contrato. En todo caso, las anomalías detectadas son ajenas a la voluntad del beneficiario, que actuó de buena fe, sin que la TGSS en ningún momento pusiera en marcha un procedimiento judicial para restringir los beneficios derivados de una dilatada situación de trabajo y cotización. Todas las precedentes son circunstancias que deben tenerse en cuenta a la hora de aquilatar si existe o no el derecho al anticipo de la pensión de jubilación. Aunque resulta innegable que la ilícita actividad empresarial y la posterior actuación de la TGSS comportan que pueda considerarse que el alta del trabajador no concurría o que lo cotizado era insuficiente, tales anomalías abocan a la atribución de responsabilidad empresarial en orden al pago de la pensión (traducida en la constitución del capital coste), pero no a su ausencia. Todo ello teniendo siempre presente que respecto de la jubilación también juega la regla o principio de anticipo de pensiones a cargo de la Entidad Gestora, sin perjuicio de repetir responsabilidades frente a la empresa.

## PRECEPTOS:

RDLeg 8/2015 (TRLGSS), art. 205.

Decreto 907/1966 (TALSS), arts. 94, 95, 96 y 97.

## PONENTE:

*Don Antonio Vicente Sempere Navarro.*

Magistrados:

Don MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Don MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN  
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO  
Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO  
Don CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

**UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 54/2018**

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 391/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D<sup>a</sup>. Concepción Rosario Ureste García

En Madrid, a 22 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada Sra. Álvarez Moreno, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede en Valladolid), de 19 de octubre de 2017, en el recurso de suplicación nº 818/2017, interpuesto frente a la sentencia dictada el 6 de febrero de 2017 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Salamanca, en los autos nº 704/2016, seguidos a instancia de D. Anselmo contra dicho recurrente, la Tesorería General de la Seguridad Social, Organización Impulsora de Discapacitados (OID) y la Organización de Discapacitados Españoles y Europeos (ONDEE), sobre jubilación.

Han comparecido en concepto de recurridos D. Anselmo, representado por la Procuradora Sra. Alcalde Miras y defendido por Letrado, la Organización Impulsora de Discapacitados (OID) y la Organización de Discapacitados Españoles y Europeos (ONDEE), representadas y defendidas por el Letrado Sr. Muñoz Ríos.

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

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 6 de Febrero de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Salamanca, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que desestimando la demanda deducida por D. Anselmo contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Organización Impulsora de

Discapacitados y Organización de discapacitados Españoles y Europeos, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones deducidas frente a ellos".

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

1º.- El demandante D. Anselmo con DNI nº NUM000 nacido el NUM001 de 1951 prestó servicios para la empresa ORGANIZACIÓN IMPULSORA DE DISCAPACITADOS (OID) con categoría profesional de agente comercial desde el 21 de mayo de 2002 mediante contrato temporal a tiempo parcial de 20h semanales hasta el 20-11-02. Posteriormente suscriben con la empresa dos contratos indefinidos a tiempo parcial uno el 1-9-06 y otro el 1-6-07. Durante este periodo la empresa abonó los salarios al actor descontando las cotizaciones a la Seguridad Social y efectuando las correspondientes cotizaciones.

2º.- Desde el 1 de enero de 2013 el actor comenzó a prestar servicios para la empresa ORGANIZACION NACIONAL DE DISCAPACITADOS ESPAÑOLES Y EUROPEOS (O.N.D.E.E) con categoría profesional de dependiente percibiendo un salario de 24,07€/ día.

3º.- Por Resolución de la TGSS de fecha 30 de octubre de 2006 se acordó de oficio declarar indebida la inscripción de la empresa OID y de las altas de todos sus trabajadores entre ellos el actor, y reponer a la empresa y a sus trabajadores al momento anterior a su inscripción y alta respectivamente. Se interpone recurso de alzada que fue desestimada por Resolución de la TGSS de 11- 12-06 y recurso contencioso administrativo siendo desestimado por sentencia de 5 de junio de 2008 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº1 de Salamanca , autos nº 80/2007 y confirmada en apelación por STSJ de 6-3-09. El motivo de la anulación fue que la empresa realizaba la actividad de venta de cupones careciendo de autorización administrativa siendo "ilegal el ejercicio de una actividad que precisa de la preceptiva autorización administrativa si no se cuenta con ella".

4º.- La empresa O.N.D.E.E procedió al despido por causas objetivas del actor con efectos de 22-3-13 siendo declarado improcedente por sentencia de fecha 26 de julio de 2013 del Juzgado de lo Social nº1 de Salamanca, autos nº 419/2013, condenando a la empresa OID y ONDEE calculando la indemnización con una antigüedad de 21-5-02(folios 13 a 19).

5º.- El 30-7-13 el actor presentó demanda sobre desempleo dando lugar a los autos 705/13 del Juzgado de lo Social nº1 de Salamanca siendo desestimada por falta de acreditación de la cotización por sentencia de 22-1-14 (folios 20 a 23). Interpuesto recurso de suplicación fue estimado por sentencia del TSJ de Castilla y León de 23 de julio de 2014, rec. 801/14, que añade los siguientes hechos probados:

"Durante todo ese periodo OID ha venido deduciendo al actor las cuotas de las cotizaciones sociales, entre ellas por desempleo, tal como se acreditan con las nóminas aportadas". En el fundamento de derecho tercero se establece "Esta Sala parte de que la Juzgadora establece en el fundamento de derecho cuarto, último párrafo que "ha quedado acreditada la existencia de relación laboral en el periodo expuesto en la demanda. Pues bien, en el hecho segundo de la demanda se sostiene por el actor que ha estado trabajando para la OID en el periodo 21 de mayo de 2002 al 22 de marzo de 2013. Esta afirmación queda corroborada por las nóminas obrantes en autos a los folios 93 a 251, así como los descuentos de cuotas de la seguridad Social.....Por tanto, la falta de cotización por "anulación debe entenderse equivalente a la falta de cotización por parte de la empresa o, lo que es lo mismo incumplimiento de la misma (folios 24 a 26). Se da por reproducido el contenido de esta sentencia.

6º.- El 17 de agosto de 2016 el actor presentó solicitud de pensión de jubilación siendo denegada por el INSS en Resolución de 18 de agosto de 2016 porque en la fecha del hecho causante 17/08/2016 tiene 503 días cotizados en los últimos 15 años. No alcanza, por tanto los 694 días necesarios de acuerdo con el art.161.1 de la LGSS aprobada por el RDL 1/1994 de 20 de junio.

7º.- El 17-9-16 el actor interpone reclamación previa siendo desestimada por Resolución del INSS de 30-9-16 (folio 67 y ss).

8º.- Tras la anulación del alta y de las cotizaciones los periodos de alta y cotización que le constan al actor son:

OID: 1-6-07 a 5-12-07

O.N.D.E.E.: 1-1-13 a 23-3-13

Vacaciones retribuidas no disfrutadas: 24-3-13 a 30-3-13

Desempleo parcial: 1-4-13 a 30-3-15

9º.- En caso de estimación de la demanda los datos de la prestación de jubilación son:

Cotización para porcentaje: 12.804 días  
Base reguladora 499,29€  
Porcentaje: 100%  
Pensión inicial 499,29€  
Efectos económicos: 18-8-16"

#### **Segundo.**

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Valladolid), dictó sentencia con fecha 19 de octubre de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de Suplicación interpuesto por D. Anselmo contra la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 2 de Salamanca, de fecha 6 de febrero de 2.017, (Autos núm. 704/2016), sobre jubilación, y en su consecuencia, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, y con estimación de la demanda declaramos el derecho del Sr. Evelio a percibir la prestación contributiva de jubilación interesada, con derecho a percibir una pensión mensual vitalicia equivalente al 100 por cien de una base reguladora de 499,29 euros, y efectos económicos de 18 de agosto 2016; condenando a la mercantil Organización Impulsora de Discapacitados como responsable del pago de la referida pensión, todo ello y sin perjuicio del deber de anticipo de la entidad gestora. Sin costas".

#### **Tercero.**

Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Álvarez Moreno, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, mediante escrito de 30 de noviembre de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Santa Cruz de Tenerife) de 18 de abril de 2008. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 167.3 LGSS, en relación con los arts. 94 a 97 LGSS.

#### **Cuarto.**

Por providencia de esta Sala de 5 de abril de 2018 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

#### **Quinto.**

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

#### **Sexto.**

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 29 de abril actual.

De conformidad con lo previsto en el art. 19.3 y la Disposición transitoria primera 1 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, la deliberación que ha llevado a cabo la Sala para la decisión del presente recurso ha tenido lugar en régimen de presencia telemática.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Antecedentes y términos del debate.

Se discute si el actor tiene derecho a percibir su pensión de jubilación pese a que durante una dilatada etapa prestó servicios, como vendedor de cupones, para la Organización Impulsora de Discapacitados (OID).

#### 1. Hechos relevantes.

Más arriba ha quedado reproducida íntegramente la crónica judicial de lo acaecido, firme tras su paso por el segundo grado jurisdiccional. De ella cabe destacar lo siguiente:

A) El actor prestó servicios para OID con categoría profesional de agente comercial desde el 21 de mayo de 2002 hasta 2012, habiendo estado vinculado mediante sucesivos contratos (a tiempo parcial). Durante todo ese tiempo la empresa abonó los salarios al actor descontando las cotizaciones a la Seguridad Social y efectuando las correspondientes cotizaciones.

B) Mediante su Resolución de 30 de octubre de 2006 la TGSS acordó de oficio declarar indebida la inscripción de la empresa OID y de las altas de todos sus trabajadores, entre ellos el actor, y reponer a la empresa y a sus trabajadores al momento anterior a su inscripción y alta, respectivamente.

C) Desde enero de 2013 el actor comenzó a prestar servicios para la empresa Organización de Discapacitados Españoles y Europeos (ONDEE), con categoría profesional de dependiente.

D) El 30 de julio de 2013 el trabajador presentó demanda por desempleo. Revocando la sentencia de instancia, la STSJ Castilla y León de 23 julio 2014 (rec. 801/2014) entendió que la falta de cotización por anulación debe entenderse equivalente a la falta de cotización por parte de la empresa o, lo que es lo mismo, al incumplimiento de ésta.

E) Mediante Resolución de 17 de agosto de 2016 el INSS deniega la jubilación solicitada, basándose en que solo tiene 503 días cotizados en los últimos 15 años.

#### 2. Sentencia del Juzgado de lo Social.

Mediante su sentencia 31/2017 de 6 de febrero (proc. 704/2016) el Juzgado de lo Social nº 2 de Salamanca desestima la demanda del trabajador después de aclarar que "debemos partir de que existió alta y cotización durante la vigencia de la relación laboral, siendo la cuestión que se plantea determinar los efectos que produce un alta y cotización anulada, en concreto, si no obstante esa anulación cabe entender cumplido el requisito de carencia".

Para cimentar su fallo, la sentencia argumenta que la declaración de nulidad del alta y cotización priva de consecuencias a la cotización pues de otra forma sería irrelevante y se dejaría sin efecto la referida anulación de la TGSS, confirmada judicialmente.

#### 3. Sentencia de suplicación, recurrida.

La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), de 19 de octubre de 2017 (rec. 818/2017), estima el recurso de suplicación interpuesto por el actor y declara su derecho a percibir la prestación contributiva de jubilación; condena a la OID, como responsable del pago de la referida pensión, sin perjuicio del deber de anticipo de la Entidad Gestora.

Subraya que al actor se le ha venido descontando el importe de su cotización a la Seguridad Social y que la Resolución de la TGSS comporta que ha habido una conducta equivalente a "absoluta falta de cumplimiento por parte del empresario de su obligación de tramitar el alta". Los argumentos que sostienen su posición son los siguientes: 1º) El trabajador no debe soportar las consecuencias del incumplimiento empresarial. 2º) El art. 167 LGSS/1994 atribuye a la empresa la responsabilidad por el pago de prestaciones cuando haya mediado su incumplimiento. 3º) La LGSS establece esa consecuencia "cualquiera que sea la prestación de que se trate". 4º) Al trabajador se le descontó mensualmente su aportación a la Seguridad Social.

#### 4. Recurso de casación unificadora y escritos concordantes.

A) Con fecha 30 de noviembre de 2017 la Letrada de la Administración de la Seguridad Social interpone recurso de casación para unificación de doctrina. Expone que se trata de determinar los efectos jurídicos de la nulidad radical del alta como trabajador para una determinada empresa en relación con una prestación, la jubilación. Más en concreto, de si además de la responsabilidad directa de la empresa, cabe algún tipo de responsabilidad del INSS. Sostiene que la nulidad del contrato de trabajo implica que no concurre el requisito de alta, lo que impide atribuir cualquier tipo de responsabilidad al INSS.

B) Con fecha 7 de mayo de 2018, debidamente representado y asistido, el trabajador formula escrito de alegaciones al recurso. Cuestiona el requisito de contradicción entre las sentencias comparadas y defiende la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones.

C) Con fecha 21 de junio de 2018 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS. Advierte que las cuestiones suscitadas en las sentencias

comparadas son distintas, por lo que quiebra el requisito del artículo 219.1 LRJS. Subsidiariamente, considera que, dada la particularidad del caso, el recurso debe proceder pues el caso es diverso al de la empresa que meramente ha incumplido.

#### 5. Sentencia referencial.

Es referencial la STSJ Canarias (Tenerife), de 18 de abril de 2008 (rec. 166/2008). Reconoce el derecho del actor a percibir prestaciones de incapacidad permanente absoluta (IPA) y declara la responsabilidad de la OID, que deberá constituir el capital coste necesario para el abono de las prestaciones.

El actor, trabajador de la OID, permaneció en alta desde enero de 1997, pero en enero de 1998 la TGSS, de oficio, dio de baja los códigos de la OID. Constan otros periodos cotizados, en concreto, el actor tiene cotizados un total de 885 días, y en los diez últimos años, 647.

Por resolución de 16 de mayo de 2005 se desestimó su solicitud de IPA por no llegar al periodo de carencia, ni estar en alta, ni cumplir con el requisito de que al menos un quinto de ese periodo se encuentre comprendido dentro de los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante.

La STSJ concluye que no solo se plantea la falta de cotización, sino la falta de alta, de manera que la empresa ha venido deduciendo siempre de las nóminas del actor su cuota de cotización, por lo que al trabajador no debe afectar la contienda, y en ningún caso resultar perjudicado, y quedar desprotegido por la misma cuando él ha cumplido con sus cotizaciones, debiendo serle abonadas sus prestaciones por la empresa, sobre la que debe recaer esta responsabilidad por todas las circunstancias concurrentes, y ello sin que el INSS tenga obligación de anticipar, dado que la incapacidad deriva de contingencia común.

### Segundo.

#### Análisis de la contradicción.

Además de constituir una exigencia legal expresa, controlable incluso de oficio a fin de evitar que se desnaturalice este excepcional recurso, la contradicción entre las resoluciones contrastadas ha sido cuestionada tanto por la impugnación al recurso cuanto por el Informe del Ministerio Fiscal. Eso redobla la necesidad de que debamos examinarla de inmediato, antes de abordar, en su caso, las infracciones normativas denunciadas.

#### 1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS .

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Pero si bien esta labor "normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata. En ese sentido, por ejemplo, SSTS 09 diciembre 2010 (rec. 831/2010); 30 enero 2012 (rec. 2720/2010), 19 marzo 2013 (rec. 2334/2012), 28 noviembre 2019 (rcud. 3337/2017) y 22 enero 2020 (rcud. 2741/2017).

#### 2. Consideraciones específicas.

Las singularidades del supuesto nos hacen pensar que solo tras un estudio a fondo del asunto podremos concluir si las sentencias comparadas son verdaderamente contradictorias. Es verdad que las prestaciones

reclamadas son distintas (jubilación en la sentencia recurrida; IPA en la referencial), pero, de entrada, consideramos que concurre la suficiente identidad como para examinar la pretensión del INSS, toda vez que:

\* En ambos casos se trata de trabajadores que prestaron servicios para la OID, acreditando haber sido anuladas algunas de sus altas y cotizaciones respecto de dicha empresa por la TGSS.

\* En ambos casos los trabajadores solicitan prestaciones, respecto de las que los periodos no en alta y no cotizados por OID (por decisión de la Entidad Gestora) afectan al reconocimiento del derecho.

\* En ambos casos las sentencias reconocen la prestación reclamada, declarando la responsabilidad empresarial.

\* La discrepancia radica en la responsabilidad del INSS en el anticipo de la prestación, que en la sentencia recurrida se ha considerado concurrente y en la de contraste, no.

Con esa advertencia, procedamos a examinar el tema suscitado. Solo tras una consideración acerca de lo que realmente se discute podemos determinar si realmente estamos en presencia de doctrinas contradictorias que debamos concordar o si, por el contrario, cada una de las sentencias aborda problemas diversos, bien que emparentados. A tal fin resulta necesario comenzar recordando la doctrina que sobre estas cuestiones hemos elaborado en ocasiones anteriores.

### Tercero.

Precedentes relevantes.

Para concordar tanto el enfoque del problema cuanto la solución que acojamos resulta necesario atender a la doctrina que hemos sentado en supuestos emparentados con el presente.

1. Las SSTs de 22 mayo y 29 octubre 2001 ( rcud. 4093/2000 y 146/2001 ).

La STS de 22 mayo 2001 (rcud. 4093/2000) avala que la TGSS pueda de oficio proceder a la anulación de una previa inscripción de la OID y sin necesidad de presentar demanda de revisión ( art. 145 LPL) cuando resulte que la empresa no ha logrado obtener la preceptiva autorización administrativa para realizar su actividad. Tras exponer detalladamente el tenor de las normas aplicables, las conclusiones alcanzadas se resumen así:

a) la cancelación de la inscripción de la empresa recurrente en el RGSS efectuada de oficio por la TGSS, basándose en que la misma no gozaba de la necesaria autorización administrativa para el ejercicio de su objeto social (celebración de sorteos con premios en metálico), no implica, necesariamente y en abstracto, dejar sin efecto "actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios" ni con relación a la propia empresa, pues si bien la inscripción convierte a la empresa en centro de imputación formal de determinadas relaciones jurídicas en el ámbito de la Seguridad Social no le otorga concretos derechos como beneficiaria de la Seguridad Social, ni siquiera con relación a los concretos trabajadores afectados, ya que la "afiliación" implica la incorporación formal de una persona incluida en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, adquiriendo el derecho potencial a la protección dispensada por las Entidades Gestoras, siempre que reúna las demás condiciones legales, pero no les otorga en abstracto concretos derechos como beneficiarios;

b) la Administración de la Seguridad Social debe legalmente controlar "de oficio" el cumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y demás variaciones;

y c) aunque hipotéticamente se entendiera que de la inscripción empresarial surgen derechos concretos en favor de los beneficiarios y que la cancelación de la inscripción pudiera comportar dejar sin efecto "actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios", el fundamento de la concreta resolución administrativa impugnada justifica la actuación de oficio seguida pues, conforme a la doctrina de esta Sala, el motivo existente pudiera calificarse, conforme al art. 62.1 f) de la Ley 30/1992 , "como un supuesto de nulidad de pleno derecho la falta de un requisito esencial en el reconocimiento de una prestación", o, en último extremo, habría concurrido "un hecho nuevo que incida en la situación existente cuando se reconoció el derecho o la prestación", por lo que resultaría conforme a derecho la actuación de oficio de la TGSS ahora cuestionada.

Por su lado, la STS 29 octubre 2001 (rcud. 146/2001) reproduce de manera literal la expuesta argumentación pues ahora aborda "un supuesto fáctico y jurídico sustancialmente idéntico".

2. La STS de 13 mayo 2002 (rcud. 2568/2001 ).

Siguiendo la estela de sus predecesoras, la STS de 13 mayo 2002 (rcud. 2568/2001) vuelve a examinar el tema de si la TGSS puede llevar a cabo la revisión de oficio y, en su caso, la cancelación de la inscripción de la OID,

por no cumplir los requisitos legales para su inscripción, y consiguientemente situar a sus trabajadores en situación de baja de oficio.

La resolución insiste en que la Tesorería puede, de oficio, cursar las bajas y está exenta de acudir a la vía judicial mediante el procedimiento del artículo 145.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, "por estar ante un contrato inexistente ya que nació viciado".

3. Las SSTs 16 y 17 octubre 2012 ( rcud. 4343/2010 y 4339/2010 ).

Las SSTs 16 octubre 2012 (rcud. 4343/2010) y 17 octubre 2012 (rcud. 4339/2010) afrontan el tema de si deben considerarse válidas a efectos de generar prestaciones por incapacidad temporal (IT) las cotizaciones efectuadas por la OID y que fueron anuladas en su día. Como se observa, el problema examinado es muy similar al presente.

Lo que sucede en esas resoluciones de 2012 es que no media contradicción entre las resoluciones comparadas porque resuelven un debate jurídico distinto en el que la posición de las partes no es la misma: en la sentencia recurrida demanda la trabajadora que ve denegada su prestación mientras que en la invocada como contradictoria demanda la empresa a la que se le ha anulado su inscripción. A tales efectos, la Administración de la Seguridad Social había elegido como sentencia referencial, precisamente, la antes mencionada STS 13 mayo 2002 (rcud. 2568/2001).

Además de negar la concurrencia del presupuesto procesal de la contradicción, la STS 16 octubre 2012 entiende que el argumento sobre facultad de la TGSS para anular actos de encuadramiento ilícitos porque no afectan directamente a derechos de los beneficiarios "podría quizás ser aplicable analógicamente a un supuesto como el de autos en el que la "anulación" de las cotizaciones sin su devolución conduce indirectamente a negar una prestación por insuficiencia del período de carencia".

4. Los Autos de inadmisión.

El ATS 4 abril 2002 (rcud. 2226/2001) inadmite el recurso de la OID aplicando la doctrina de la STS de 22 mayo 2001 (rcud. 4093/2000), máxime cuando la sentencia referencial era la misma que en tal caso. El ATS 9 febrero 2003 (rcud. 599/2002) sigue la línea del anterior ya que aborda la "resolución de idéntica cuestión".

Lo mismo sucede con el ATS de 19 mayo 2003 (rcud. 2987/2002), que ya aprecia la falta de contenido casacional en la pretensión que se le traslada. Este es también el contenido básico del ATS 26 febrero 2004 (rcud. 4014/2002), del ATS 8 febrero 2005 (rcud. 4918/2003), del ATS 24 enero 2007 (rcud. 3793/2005).

5. Valoración.

Nuestras sentencias aceptan que la TGSS anule de oficio la inscripción de la OID en la Seguridad Social habida cuenta de que ha realizado una actividad contraria al ordenamiento jurídico. Y precisan que ha podido hacerlo sin necesidad de acudir a la jurisdicción social porque no estamos propiamente ante la anulación de actos declarativos de derechos en favor de los beneficiarios del sistema.

Asimismo analizan de modo escrupuloso la concurrencia de la contradicción, separando los casos en que está en juego la acción protectora de aquellos otros en que se analiza la validez de la conducta empresarial.

#### Cuarto.

Infracciones normativas denunciadas y doctrina concordante.

En su motivo único de recurso, el INSS alega la infracción del artículo 167.3 LGSS de 2015 y de los artículos 94 a 97 de la Ley Articulada de Seguridad Social de 1966.

1. Artículo 167.3 LGSS .

El artículo 167 LGSS ("Responsabilidad en orden al pago de las prestaciones"), en lo que ahora interesa, dispone lo siguiente:

3. No obstante lo establecido en el apartado anterior, las entidades gestoras, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios. El indicado pago procederá aun cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquellas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Igualmente, las mencionadas entidades, mutuas y servicios asumirán el pago de las prestaciones, en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a dicho pago.



[...] Cuando, en virtud de lo dispuesto en este apartado, las entidades gestoras, las mutuas y, en su caso, los servicios comunes se subrogasen en los derechos y acciones de los beneficiarios, aquellos podrán utilizar frente al empresario responsable la misma vía administrativa o judicial que se hubiera seguido para la efectividad del derecho y de la acción objeto de subrogación.

2. Artículos 94 y siguientes de la Ley de Seguridad Social de 1966 .

Mediante Decreto 907/1966, de 21 de abril, se aprobó el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. La remisión al reglamento que las sucesivas Leyes Generales de la Seguridad Social vienen conteniendo, junto con la ausencia efectiva del mismo, han provocado que consideremos subsistentes las previsiones albergadas por los artículos 94 y siguientes de la Ley de Seguridad Social de 1966.

Su artículo 94 ("Imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones") dispone que el empresario responde de las prestaciones devengadas por sus trabajadores cuando medie falta de afiliación o alta, así como falta de ingreso de las cotizaciones. Y el artículo 95 ("Alcance de la responsabilidad empresarial y anticipo de prestaciones), en su número 1, regla cuarta, dispone lo siguiente:

Las prestaciones de vejez y las pensiones y subsidios de invalidez y supervivencia serán a cargo del empresario y se abonarán al trabajador o a sus derecho-habientes a través de la Entidad Gestora correspondiente. A tal efecto, el empresario constituirá en la misma o, en su caso, en el correspondiente Servicio Común de la Seguridad Social, el capital necesario para que se proceda con él al abono de las mencionadas prestaciones. El importe del capital será determinado por la citada Entidad Gestora o Servicio Común, teniendo en cuenta las Tablas que fije el Ministerio de Trabajo. El empresario responsable, así como el alcance total o parcial de su responsabilidad, se determinará con arreglo a lo dispuesto en las normas reglamentarias, en el supuesto de que la obligación de cotización exigida para las prestaciones haya sido incumplida a lo largo del tiempo por uno o varios empresarios.

En concordancia con ello, el apartado 2 del mismo artículo 95 contiene una regla de máxima relevancia para nuestro caso:

Sin perjuicio de lo dispuesto en la norma cuarta del número anterior, cuando reconocido el derecho a una pensión de vejez a un trabajador que estuviese en alta el empresario no se encuentre al corriente en el pago de las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores, la Entidad Gestora anticipará al beneficiario el pago de la pensión. No procederá este anticipo en el supuesto de empresas desaparecidas o que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Si efectuado el anticipo el empresario resultase insolvente, la Entidad Gestora continuará abonando la pensión y conservará frente al mismo, si viniese a mejor fortuna los derechos reconocidos en igual situación al Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

Finalmente, el número 3 del artículo 95 dispone lo siguiente:

Para las pensiones y subsidios de invalidez y supervivencia, las disposiciones reglamentarias establecerán en favor de los trabajadores en alta y de sus derechohabientes beneficios similares a los regulados en el número anterior, teniendo en consideración, cuando proceda, las especialidades que se derivan de las responsabilidades subsidiarias del Fondo de Garantía establecida en la norma cuarta del número 1 de este artículo, de la participación en la gestión de las Mutuas Patronales, prevista en el apartado c) del artículo 199, y de la competencia atribuida en el artículo 144 a las Comisiones Técnicas Calificadoras.

3. Doctrina de la Sala.

Acertadamente recuerda el Ministerio Fiscal que en diversas ocasiones esta Sala ha puesto de relieve las diferencias entre las prestaciones de Seguridad Social que solo pueden causarse desde la condición de alta y las que no requieren ese requisito. La STS 16 diciembre 2009 (rcud. 4356/2008) reconoce el derecho al anticipo en casos en los que, como en la jubilación, ya no se exige esa situación para poder acceder al derecho. Con cita de abundantes precedentes, su Fundamento Tercero dice así:

"Literalmente, ya se ha visto que el número 2 del artículo 95 de la Ley de la Seguridad Social de 1966 exige para ello que el trabajador esté en situación de alta en ese momento del hecho causante, pero esa exigencia debe moderarse ... en el caso de aquellas prestaciones que permiten acceder a ellas desde la situación de no alta, como es el caso de la jubilación, desde la entrada en vigor de la Ley 26/1985. De esta forma, la concesión de la pensión de jubilación en supuestos de responsabilidad empresarial ofrece dos momentos distintos. El primero se contrae en

determinar si tiene el beneficiario derecho a la pensión, y en esa tarea habrá de analizarse si concurren los previstos en el artículo 161 LGSS, edad y cotización de 15 años. Una vez que se obtiene una respuesta positiva a la existencia de esos requisitos, aunque sea declarando la responsabilidad parcial de la empresa que no afilió ni cotizó por el trabajador, deberá examinarse si procede el anticipo. Establecida entonces la existencia del derecho, y sin perjuicio de exigir a la empresa responsable la constitución del correspondiente capital coste necesario para ello, si concurre el supuesto anterior, el INSS deberá proceder al anticipo de la pensión, tal y como establece el artículo 95.2 de la referida Ley de 1966, desde el momento en que la exigencia del alta se correspondía con los requisitos que existían legalmente en esa norma de Seguridad Social, pero no en la actual de 1994. En suma, no siendo exigible la situación de alta para acceder a la pensión de jubilación con declaración de responsabilidad empresarial, tampoco cabe establecer ese requisito para un momento posterior y complementario del percibo que constituye el anticipo como garantía del cobro de la prestación, aunque sea con los límites que introdujo la Ley 24/2001 al modificar el apartado 3 del artículo 126 de la LGSS".

#### Quinto.

Resolución del recurso.

##### 1. Argumentos sustantivos.

Es un dato probado que el trabajador ha venido cotizando a la Seguridad Social y que lo que existe es un incumplimiento empresarial de obligaciones tanto administrativas (desarrollo de actividad sujeta a autorización, sin obtenerla previamente) cuanto instrumentales de Seguridad Social (inscripción, afiliación, cotización), aunque el incumplimiento de éstas fue sobrevenido. En el presente caso "debemos partir de que existió alta y cotización durante la vigencia de la relación laboral", según indica la propia sentencia del Juzgado de lo Social (pese a ser desestimatoria de la demanda). Además de que (insistamos) ya no es requisito para acceder a la jubilación el requisito de alta, ese dato pugna con la consideración de que el trabajador ha carecido de efectiva vinculación con el sistema.

Por otro lado, la ilicitud de la actividad desempeñada no es intrínseca (como sucedería, por ejemplo, con la contratación de una persona para sustraer mercancías o interceptar comunicaciones privadas), sino que puede considerarse como extrínseca al negocio jurídico (esto es, la venta de los cupones en cuestión sería legal si la empresa hubiera contenido la preceptiva autorización administrativa). Además de ser posible, el objeto del contrato ha de ser lícito ( artículo 3.1 c ET) esto es, que no sea contrario a las "leyes o a las buenas costumbres" en dicción del artículo 1271.3 CC. Una venerable doctrina del Tribunal Central de Trabajo vino sosteniendo que si las tareas pactadas son perfectamente legales, la ilicitud de la actividad empresarial no se comunica necesariamente al objeto del contrato [SSTCT de 7 de octubre de 1981 y de 11 de julio de 1973 [RCT 1973, 3253]. En todo caso, las anomalías detectadas son ajenas a la voluntad del beneficiario; la TGSS en ningún momento ha puesto en marcha un procedimiento judicial para restringir los beneficios derivados de una dilatada situación de trabajo y cotización.

Como acabamos de recordar, de la mano de la STS 16 diciembre 2009 (rcud. 4356/2008), respecto de la jubilación también juega la regla o principio de anticipo de pensiones a cargo de la Entidad Gestora, sin perjuicio de repetir responsabilidades frente a la empresa.

Por otro lado, carece de sentido que la remisión reglamentaria de nuestras actuales normas en materia de responsabilidad de prestaciones ( art. 167.3 LGSS) aboque al mantenimiento de un requisito (estar en alta) contemplado en preceptos pretéritos (LSS de 1966) y posteriormente eliminado como tal.

Todas las precedentes son circunstancias que deben tenerse en cuenta a la hora de aquilatar si existe o no el derecho al anticipo de la pensión de jubilación. Porque lo innegable es que la ilícita actividad empresarial y la posterior actuación de la TGSS comportan que pueda considerarse que el alta del trabajador no concurría o que lo cotizado era insuficiente; tales anomalías abocan a la atribución de responsabilidad empresarial en orden al pago de la pensión, pero no a su ausencia.

##### 2. Decisión.

Por los argumentos y razonamientos expuesto consideramos que la sentencia recurrida contiene la buena doctrina cuando se trata de acceder a una pensión de jubilación en las condiciones expuestas: trabajador que durante largo tiempo ve descontada su cotización de los haberes devengados; empresa que cumple con todas sus obligaciones y cuya infracción surge a posteriori a virtud de una resolución administrativa; acceso a una prestación de Seguridad Social que no precisa inexcusablemente el requisito de encontrarse en alta; ausencia de fraude o mala fe en el solicitante; admisión de las cotizaciones por parte de la TGSS, sin que conste su devolución; ausencia de

una demanda ante el Juzgado de lo Social para instar la anulación de los actos declarativos de derechos por parte de las Entidades Gestoras.

En esas condiciones, sin perjuicio de la responsabilidad empresarial (traducida en la constitución del capital coste) debe anticiparse la prestación por la Entidad Gestora, tal y como apuntaba nuestra STS 16 diciembre 2009 (rcud. 4356/2008).

A la vista de lo previsto en el art. 228.3 LRJS ("La sentencia desestimatoria por considerar que la sentencia recurrida contiene la doctrina ajustada acarreará la pérdida del depósito para recurrir. El fallo dispondrá la cancelación o el mantenimiento total o parcial, en su caso, de las consignaciones o aseguramientos prestados, de acuerdo con sus pronunciamientos") debemos confirmar la sentencia de suplicación, sin que sea necesario pronunciamiento adicional alguno. Además, la imposición de costas del artículo 235.1 LRJS opera cuando quien recurre resulta vencido, salvo que, entre otras excepciones, goce de exención. Es el caso de la Entidad Gestora recurrente, que goza del beneficio de justicia gratuita. Por lo tanto no procede realizar imposición alguna ni como consecuencia del presente recurso (que prospera) ni del de suplicación (que interpuso, con éxito, el actor).

### FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada Sra. Álvarez Moreno.

2º) Confirmar la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede en Valladolid), de 19 de octubre de 2017, en el recurso de suplicación nº 818/2017, interpuesto frente a la sentencia dictada el 6 de febrero de 2017 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Salamanca, en los autos nº 704/2016, seguidos a instancia de D. Anselmo contra dicho recurrente, la Tesorería General de la Seguridad Social, Organización Impulsora de Discapacitados (OID) y la Organización de Discapacitados Españoles y Europeos (ONDEE), sobre jubilación, cuya firmeza declaramos.

3º) No realizar declaración imponiendo las costas, siendo de cuenta de cada parte las propias.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.