

TSJ Baleares, Sala de lo Social, Sec. 1.ª, 13/2013, de 22 de enero

Recurso 563/2012. Ponente: ANTONIO OLIVER REUS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1.- El demandante, D. Estanislao, con Documento Nacional de Identidad número NUM000, presentó solicitud ante el ISM de estudio de jubilación, la cual fue admitida por el citado Instituto mediante resolución de fecha 3 de diciembre de 2009, incoándose expediente número NUM001 .

2.- Mediante resolución dictada por el ISM el 25 de marzo de 2010 se acordó denegar la referida solicitud "por no acreditar la edad legal de jubilación exigida según el art. 77 del Decreto 1867/1970, de 9 de julio (B. O. E. 11-07-70) una vez aplicados los coeficientes reductores de edad de jubilación a que se refiere el art 37-4 de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, por la que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. Por otra parte tampoco cabe la anticipación de la edad legal de jubilación según lo dispuesto en la Orden de 3 de enero de 1977 (B. O. E. 28-01-1977), que desarrolla la norma 2ª de la Disposición Transitoria Tercera del Decreto 1.867/1970, de 9 de julio, por no haber estado afiliado al Montepío Nacional con anterioridad al 1 de agosto de 1970".

3.- Por la parte actora se formuló reclamación previa contra la citada resolución mediante escrito presentado en 6 de mayo de 2010, alegando, en síntesis, la procedencia del cómputo de los períodos cotizados y trabajados en funciones de Presidente del Sindicato Español de Oficiales de la Marina Mercante, relativos a los períodos del 1-11-1983 a 31-1-1986 y del 1-2-1987 a 12-9- 1988. Dicha reclamación fue desestimada por resolución dictada por la Dirección Provincial del ISM con fecha de

registro de salida 11 de junio de 2010, en la que se manifiesta lo siguiente: (...) Quinto.- Según se desprende del informe de vida laboral, figuran los siguientes movimientos referidos a los periodos por Vd. Alegados:

- 15.09.1977 a 31.10.1983 Régimen Especial del Mar. Cía. Trasmediterránea. Grupo de Cotización 02.
- 23. 01.1984 a 31.01.1986 Régimen General. Sindicato de oficiales de la marina mercante. Grupo de cotización 01.
- 01.02.1986 a 31.01.1987. Régimen Especial del Mar. Cía. Trasmediterránea. Grupo de Cotización 02.
- 01.02.1987 a 31.03.1987. Régimen General. Sindicato de oficiales de la marina mercante. Grupo de cotización 01.
- 31.03.1987 a 15.12.1987. Régimen Especial del Mar. Sindicato de oficiales de la marina mercante. Grupo de cotización 01.
- 16.12.1987 a 12.09.1988. Régimen Especial del Mar. Sindicato de oficiales de la marina mercante. Grupo de cotización 01.

Sexto.- El certificado de empresa que acompaña a su solicitud, figura que el 01/11/1983 inicia un periodo de excedencia sindical; de 01.02.1986 a 31.01.1987 en Sección sindical de la empresa; de 01.02.1987 a 12.09.1988, excedencia sindical y de nuevo de 13.09.1988 a 05.09.1992 en sección sindical de la empresa Cía. Trasmediterránea.

Séptimo.- que de conformidad con los datos obrantes en la Libreta de Inscripción Marítima y en el certificado emitido por la empresa Cía. Trasmediterránea, el último embarque realizado antes del inicio del periodo de excedencia sindical, lo fue de 4.11.1981 a 03.01.1982 como segundo oficial de máquinas en el buque Santa Cruz de la Palma.

Octavo.- En el caso de la excedencia por motivos sindicales que ha disfrutado Don. Estanislao , se produce una baja en la empresa y un alta posterior en otro código de cuenta de cotización distinto, incluso en otro régimen de Seguridad Social.

La excedencia es una causa de suspensión del contrato de trabajo, lo que quiere decir que exonera a ambas partes de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar.

Por lo que no resulta de aplicación lo previsto en la Resolución de 24 de octubre de 1989 de la Dirección General de Trabajo que define el especial estatuto de representante sindical "liberado" que mantiene su vinculación con la empresa al no suspenderse ni total ni parcialmente el contrato de trabajo que produce todos sus efectos entre las partes manteniendo, asimismo, la cotización a la Seguridad Social.

5.- El actor permaneció en situación de excedencia sindical durante los períodos comprendidos entre el 1 de noviembre de 1983 y el 31 de enero de 1986, y entre el 1 de febrero de 1987 al 12 de septiembre de 1988.

6.- El actor consta de alta en el sistema de Seguridad Social, por lo que se refiere al presente procedimiento, durante los siguientes períodos y en las condiciones que se expresan:

- por cuenta de la empresa Transmediterránea, en el Régimen del Mar, durante el período comprendido entre el 15 de septiembre de 1977 y el 31 de octubre de 1983, grupo de cotización 2;

- por cuenta del Sindicato de Oficiales de la Marina Mercante, en el Régimen General, durante el período comprendido entre el 23 de enero de 1984 y el 31 de enero de 1986, grupo de cotización 1;

- por cuenta de la empresa Transmediterránea, en el Régimen del Mar, durante el período comprendido entre el 1 de febrero de 1986 y el 31 de enero de 1987, grupo de cotización 2;

- por cuenta del Sindicato de Oficiales de la Marina Mercante, en el Régimen General, durante el período comprendido entre el 1 de febrero de 1987 y el 31 de marzo de 1987, grupo de cotización 1;

- por cuenta del Sindicato de Oficiales de la Marina Mercante, en el Régimen del Mar, durante el período comprendido entre el 31 de marzo de 1987 y el 15 de diciembre de 1987 y entre el 16 de diciembre de 1987 y el 12 de septiembre de 1988, grupo de cotización 1.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

DESESTIMAR la demanda interpuesta por D. Estanislao contra el ISM, ABSOLVIENDO a la parte demandada de las peticiones deducidas en su contra.

TERCERO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por el Letrado Sr. D. Francisco Carbonell Rodríguez, en nombre y representación de D. Estanislao , que posteriormente formalizó y que fue impugnado por la representación de Instituto Social de la Marina; siendo admitido a trámite dicho recurso por esta Sala, por Providencia de fecha doce de noviembre de dos mil doce.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. La parte demandante y ahora recurrente formula contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social un único motivo de recurso por la vía del artículo 193 c) LRJS para denunciar infracción del artículo 28.1 de la Constitución Española y la doctrina constitucional contenida en las SSTC 336/2005 , 90/2008 y 151/2006 .

Se sostiene, en síntesis, que la entidad gestora ha vulnerado el derecho a la libertad sindical del demandante al no aplicar coeficientes reductores por razón de la edad al tiempo durante el cual desempeñó funciones sindicales en el Sindicato Español de Oficiales de la Marina Mercante, siendo esta la causa por la que se le denegó el derecho a la pensión de jubilación por no alcanzar la edad necesaria.

Efectivamente, la entidad gestora no ha aplicado coeficientes reductores de la edad de jubilación por los períodos en que el demandante desempeñó las mencionadas funciones sindicales, estando durante parte de ese tiempo en situación de excedencia especial.

Como señala la STC 95/1996 la vertiente individual del derecho fundamental de libertad sindical comprende principalmente el derecho a constituir sindicatos, el de afiliarse al de su elección (teniendo en cuenta que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato) y a que los afiliados desarrollen libremente su actividad sindical (STC 197/1990), sin que nada de lo anterior pueda implicar perjuicio alguno para los trabajadores, naturalmente si se cumplen los requisitos legalmente establecidos. En consecuencia, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda "perjudicado" por el "desempeño legítimo de la actividad sindical" (STC 17/1996 , en igual sentido la STC 44/2001, 12-2-2001 .

En el presente caso, nos encontramos ante una situación peculiar como es la de que por una misma actividad el demandante ha estado encuadrado sucesivamente en dos regímenes distintos de la Seguridad Social, primero en el régimen general y después, a partir del 1 de abril de 1987 y sin solución de continuidad, en el régimen especial de trabajadores del mar, habiendo admitido tales encuadramientos la TGSS y sin que por el INSS se alegue defecto alguno en relación al encuadramiento del demandante, aunque no se explica a qué se debió ese cambio de encuadramiento admitido plenamente por la TGSS. Además, visto el contenido de la resolución administrativa parece que no se aplican coeficientes reductores ni siquiera a los períodos en que durante su actividad sindical el demandante estuvo de alta en el régimen especial de trabajadores del mar.

La parte demandante, en cambio, sostiene que el 31 de marzo de 1987 la TGSS acogió el criterio de aceptar el encuadramiento en el régimen especial de trabajadores del mar

de los empleados o al menos de los cargos sindicales de los sindicatos de trabajadores del mar, lo cual no se había llevado a cabo con anterioridad dado que la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical era muy reciente y el encuadramiento de estos trabajadores no se había adaptado todavía a la nueva normativa. Esta explicación parece plausible y además es la única que se ofrece a la sala, pues aunque no consta ninguna resolución por la que se aceptase el encuadramiento de estos cargos sindicales en el régimen especial de trabajadores del mar, esta se produjo a partir del 31 de marzo de 1987. Tampoco se sostiene incumplimiento alguno del sindicato en orden al encuadramiento del demandante. En tales circunstancias, parece lo más acorde a la doctrina constitucional que arriba se ha reproducido aplicar los coeficientes reductores del régimen especial de trabajadores del mar a todos los periodos cotizados por el demandante mientras desempeñó su actividad sindical en el Sindicato Español de Oficiales de la Marina Mercante estando suspendida la relación laboral por excedencia especial y ello con independencia de que en alguno de esos periodos apareciese encuadrado en el régimen general por lo que parece ser un error de encuadramiento del que no pueden derivarse consecuencias negativas para el demandante.

El criterio invocado por la entidad gestora demandada y aplicado en la sentencia recurrida no contempla la situación del demandante, pues durante casi todo el período de excedencia especial el demandante siguió cotizando, aunque encuadrado en el régimen General, por lo que no estamos ante un periodo no cotizado. A diferencia de los supuestos a que se refiere el criterio mencionado, aquí sí había retribución y cotización por tal retribución, no tratándose por tanto de un período no cotizado, sino de un periodo cotizado al régimen general por un error de encuadramiento. Y si se habla de error de encuadramiento es porque una determinada actividad no es encuadrable en dos regímenes de la seguridad social a la vez y, por tanto, debe establecerse cuál es el encuadramiento correcto de los cargos sindicales de sindicatos de trabajadores del mar. El hecho de que el demandante no estuviese embarcado y que durante ese tiempo su actividad no se desarrollara a bordo de una embarcación, no impide el encuadramiento en el régimen especial de trabajadores del mar, pues en el Decreto 2864/1974 de 30 de agosto se incluyen trabajos y actividades como las de carácter administrativo, técnico y subalterno de empresas dedicadas a marina mercante, pesca marítima o tráfico interior y al personal al servicio de "Cofradías Sindicales de Pescadores y sus federaciones", en relación a las cuales la mencionada norma utiliza una terminología preconstitucional acorde con la fecha en que fue dictada y tras la Ley Orgánica 11/195 de Libertad Sindical parece que tal inclusión debe extenderse a los sindicatos de trabajadores del mar. Y además, este parece que fue el criterio seguido por la TGSS a partir de 1 de abril de 1987, fecha a partir de la cual el demandante pasa a estar encuadrado en el régimen especial de trabajadores del mar. Por tanto, no se trata de un trabajador que ve suspendido su contrato de trabajo para desarrollar actividades sindicales, sin percibir retribución durante las mismas ni causar cotizaciones a la Seguridad Social, sino de un trabajador en situación de excedencia especial para el ejercicio de una actividad sindical que en un

primer momento quedó mal encuadrada en el régimen general por causas no imputables al demandante y durante la cual se ingresaron las correspondientes cotizaciones, admitidas sin reparo por la TGSS. Una interpretación del mencionado Decreto 2864/1974 adaptada a lo establecido en el artículo 28 de la Constitución y al cambio de encuadramiento operado el 31 de marzo de 1987 debe llevar a la aplicación de los coeficientes reductores propios del régimen especial de trabajadores del mar a todo el período durante el cual el demandante estuvo de alta y cotizando en el Sindicato Español de Oficiales de la Marina Mercante, al margen de que en un primer momento y hasta el 31 de marzo de 1987 estuviera erróneamente encuadrado en el régimen General, pero causando en todo caso las correspondientes cotizaciones.

Existe, sin embargo, un período inicial desde el 1 de noviembre de 1983 hasta el 22 de enero de 1984 en que el demandante, teniendo suspendido su contrato de trabajo y sin percibir retribución alguna, no estuvo de alta en ningún régimen de la Seguridad Social y, por tanto, no hay base para computar ese período como tiempo cotizado y menos todavía para aplicar coeficientes reductores, sin que durante ese tiempo el demandante fuera un "liberado" sindical por acumulación de crédito horario y es plenamente aplicable el criterio de la Seguridad Social al que se hecho referencia más arriba. En todo caso, para poder computar ese período se habría tenido que dirigir la demanda contra el Sindicato Español de Oficiales de la Marina Mercante, que habría incumplido las obligaciones de alta y cotización durante el mismo.

Por tanto, sin necesidad de entrar a resolver el último de los motivos que inciden nuevamente en lo ya dicho, se estima en parte el recurso de suplicación y se revoca la sentencia recurrida, la cual se deja sin efecto y en su lugar, se estima la demanda y se declara el derecho del demandante a que se le apliquen los coeficientes reductores de la edad a efectos de la pensión de jubilación solicitada durante los períodos de 23 de enero de 1984 a 31 de enero de 1986 y de 1 de febrero de 1987 a 12 de septiembre de 1988. En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Se estima en parte el recurso de suplicación formulado por don Estanislao contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número uno en esta ciudad el 31 de diciembre de 2011 (autos 814/2010) la cual se revoca y deja sin efecto y en su lugar, se estima la demanda presentada por don Estanislao contra el Instituto Social de la Marina (INSS) y se declara el derecho del demandante a que se le apliquen los coeficientes reductores de la edad para la pensión de jubilación solicitada previstos en el régimen especial de trabajadores del mar durante los períodos de 23 de enero de 1984 a 31 de enero de 1986 y de 1 de febrero de 1987 a 12 de septiembre de 1988 y se condena al instituto demandado a estar y pasar por la anterior declaración de las consecuencias derivadas de la misma.