

TSJ País Vasco, Sala de lo Social, Sec. 1.ª, 1164/2017, de 16 de mayo

Recurso 893/2017. Ponente: JUAN CARLOS ITURRI GARATE.

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:

PRIMERO. Mediante resolución de la Dirección Provincial del INSS de 9/11/12, se reconoció al actor Don Diego , nacido el NUM000 /1954, con DNI NUM001 , pensión de jubilación conforme a un porcentaje del 88% de una base reguladora de 1.839,25 euros.

El porcentaje expresado se obtuvo computando un coeficiente reductor de edad de 5 años.

SEGUNDO. El 19/02/16 el actor presentó solicitud de revisión del porcentaje aplicable a la pensión de jubilación por recálculo del coeficiente reductor de la edad, instando que se computen como periodos en los que ha realizado labores de estiba portuaria los siguientes:

-desde el 1/02/90 hasta el 28/02/93, por cuenta de la empresa BERMEO OFF SHORE, S.A.

-desde el 5/04/93 hasta el 3/06/93, por cuenta de la empresa BERMEO OFF SHORE, S.A.

- desde el 23/11/93 hasta el 10/10/12, por cuenta de la empresa CONSIGNACIONES BERMEO, S.L.

TERCERO. El ISM dictó resolución administrativa el 31/03/16 denegando la solicitud del ahora demandante, que interpuso reclamación previa el 20/04/16 que fue desestimada a través de resolución de 18/05/16.

CUARTO. Obra en el expediente certificado emitido el 30/05/94 por la mercantil BERMEO OFF SHORE, S.A. con el siguiente contenido:

" Que don Diego con DNI nº trabajó en esta empresa desde el 01-02-90 al 28-02-93, realizando tareas de carretillero, almacenero y anotador.

Durante los dos últimos años actuó como gruista de esta sociedad cumpliendo diligentemente con las tareas y responsabilidades asignadas y a plena satisfacción de la gerencia".

QUINTO. Obra en el expediente certificado emitido el 13/10/98 por la mercantil CONSIGNACIONES BERMEO, S.L. con el siguiente contenido:

" Que el trabajador de la empresa arriba mencionada, Don Diego , con número de afiliación a la Seguridad Social NUM002 y con antigüedad en la empresa desde el 28 de Noviembre de 1993, con contrato fijo y con categoría de Oficial de 1ª, está desarrollando labores varias, principalmente manejo de carretillas elevadoras con una gran profesionalidad".

SEXTO. Obra en autos como documento nº 1 de BERMEO OFF SHORE, S.A., escritura pública de fusión de sociedades de 30/04/10, que constata que BERMEO OFF SHORE, S.A. y CONSIGNACIONES BERMEO, S.L se fusionaron mediante la absorción de ésta por aquélla.

SÉPTIMO. Para el caso de estimarse la demanda en cuanto a la totalidad de periodos discutidos, no se discute que el porcentaje de aplicación a la pensión de jubilación sería del 100% de la base reguladora.

Para el caso de estimarse la demanda en cuanto a los periodos trabajados por cuenta de BERMEO OFF SHORE, S.A., no se discute que el porcentaje de aplicación a la pensión de jubilación sería del 93,5% de la base reguladora.

En ambos casos con efectos al 19/11/15.

OCTAVO. Se tiene por reproducido el expediente administrativo.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: " Que desestimando la demanda promovida por Diego contra el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, BERMEO OFF SHORE S.A., la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y CONSIGNACIONES BERMEO S.L. debo absolver libremente a las demandadas de las pretensiones frente a ellas sostenidas. "

TERCERO.- Don Diego formalizó en tiempo y forma recurso de suplicación contra tal resolución, recurso que fue impugnado por el Instituto Social de la Marina, también en tiempo y forma.

CUARTO.- En fecha 20 de abril de 2017 se recibieron las actuaciones en esta Sala, dictándose providencia el día 27 de abril, acordándose -entre otros extremos- que se deliberara y se decidiera el recurso el día 9 de mayo de 2017. Y siendo que tal día el ponente tenía concedida licencia por razón de curso de formación, se deliberó el asunto al terminar la misma, dictándose sentencia seguidamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Don Diego formula recurso de suplicación contra la sentencia que desestima la demanda en la que reclamaba que se le incrementase la pensión de jubilación reconocida en el año 2012.

En la misma, se le reconocieron cinco años de coeficiente reductor de edad, por concreta actividad profesional desarrollada durante cinco años y por la que cotizó en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Se le fijó la pensión considerando la base reguladora mensual de 1839,25 euros y en un percentil del ochenta y ocho por ciento.

Con la demanda rectora de este proceso, se pretendía el incremento de la pensión, por entender que la misma debiera abarcar el cien por cien de tal base reguladora, pues había desarrollado actividad profesional para dos empresas entre los años 1990 y 1998 y entendía debían considerarse como periodos que también debían beneficiarse de aquel coeficiente reductor, lo que la entidad gestora no asumió.

De lo allí afirmado, en la sentencia recurrida se considera la actividad en las citadas dos empresas de la siguiente forma:

1.- Para Bermeo Off Shore, S.L el señor Diego trabajó entre el 1 de febrero de 1990 y el 29 de febrero de 1993, prestando actividad como carretillero, anotador y almacenero, aunque en los últimos años hizo de gruista en el puerto de Bermeo.

2.- Para Consignaciones Bermeo, S.L. también trabajó entre el 28 de noviembre de 1993 y el 13 de octubre de 1998. En este caso como oficial de primera, desarrollando labores varias, principalmente de manejo de carretillas elevadoras, también en el puerto de Bermeo.

Esta última sociedad absorbió a la otra en el año 2010 y las partes están de acuerdo en que, si se consideran trabajos incluidos en el ámbito que abarca el citado coeficiente de ese régimen especial (0,30) la pensión debiera fijarse en el ciento por ciento de aquella base reguladora. Si solo se considera la actividad para con Bermeo Off Shore, S.L. la pensión sería del noventa y tres con cincuenta por ciento, existiendo también conformidad entre las partes en este punto. La fecha de efectos para tal cobro de la pensión incrementada sería el día 19 de noviembre de 2015 en ambos casos.

La discrepancia del recurrente con la sentencia viene determinada en que el Magistrado autor de la sentencia considera que el tipo de actividad desplegada para ambas demandadas, si bien forma parte del proceso de estiba y desestiba de carga de buques en puerto y viceversa, como quiera que no asumía el señor Diego trabajos que físicamente le supusieran carga o descarga de mercancías o desplazar la carga dentro del buque, entiende que son casos excluidos de tal coeficiente reductor, en razón del decir del artículo 2, apartados a y e Del Real Decreto Ley 2/1986, de 23 de mayo , sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques (publicado en el Boletín Oficial del Estado de 27 de mayo de 1986) y del artículo 130, número 3, letra e del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (Boletín Oficial del Estado de 20 de octubre de 2011).

El recurrente plantea su discrepancia en el escrito de formalización del recurso en un solo motivo de impugnación, enfocado por la vía prevista en el apartado c del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social (Ley 36/ 2011, de 10 de octubre) y aduce la infracción de tal normativa, citando varias sentencias recientes de esta Sala.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social presenta un escrito de impugnación en el que muestra su conformidad con la argumentación de la sentencia recurrida, añadiendo que ninguna de esas dos empresas era empresa estibadora incluida en la lista administrativa correspondiente y que, además, el puerto de Bermeo depende la comunidad autónoma vasca y que por ello no es puerto de interés general. Termina pidiendo que se desestime el recurso y se confirme la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Estimamos el recurso en su integridad, pues el tipo de actividad realizada entendemos que encaja en el del ámbito de tal coeficiente reductor, siendo una relación laboral ordinaria la que tuvo el demandante con aquellas empresas y sin que sea relevante el que no se trate de una de aquellas empresas incluidas en la mencionada lista o qué Administración tiene competencias sobre tal puerto.

Con ello, no hacemos mas que seguir lo que es el claro criterio marcado por esta Sala en varias sentencias recientes, cuales son las de 8 de noviembre y 5 de abril de 2016 , 13 de octubre , 23 de junio y 18 de enero de 2015 (recursos 2046/2016 , 473/2016 , 1627/2015 , 962/2015 y 2238/2014) debiendo destacarse que esta última se refiere también al concreto caso de actividad de gruista.

A su vez, en ella se citan precedentes previos.

La de 5 de abril de 2016 se refiere a la actividad de oficial de manipulación de medios mecánicos, actividades ambas que ha realizado el demandante en esas dos empresas.

Algunas de esas sentencias también se refieren a casos en que la empresa no estaba apuntada en aquella lista y también a casos de empresas privadas y no concesionarios de concretos servicios en puerto, no distinguiéndose entre puertos.

A.- Históricamente, el encuadramiento en el régimen especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (en adelante, REM) vino ordenado por el artículo 2 de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre . Allí no se describía el tipo de trabajo de los que allí se encuadrasen.

Ello era debido a que, de forma casi concomitante, en fecha 5 de diciembre de 1969, es decir, escasos días antes dentro del mismo mes, se promulgó la Ordenanza de Trabajo de estibadores portuarios. De hecho, el título de la Ordenanza era similar al del epígrafe de aquel artículo 2 de la Ley promulgada casi al final de tal mes, la citada Ley 116(1969.

El artículo 1 de tal Ordenanza incluía las siguientes labores: a) las de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías; b) las de suministros de carbón; c) la descarga y arrastre de pescado hasta lonja o almacén; d) la carga y descarga en vehículos y ferrocarriles, y manipulado para la recepción, clasificación, recuento y entrega de mercancías en las zonas portuarias; e) la guardería de mercancías, cuando ésta se establezca por las empresas con autorización de la dirección del puerto, y no se encuentren comprendidas en la excepción prevista en el artículo 2, letra d); f) aquellas otras labores similares o complementarias que se efectúen en los buques y en dichas zonas.

A su vez, en el artículo 2 se señalaban un buen número de trabajos excluidos de esa Ordenanza, que en general abarcaba supuestos en los que ese tipo de labores se hacía por la propia tripulación de los buques, por personal de las Juntas de Puertos, de Correos, militar o de empresas titulares de autorizaciones o concesiones administrativas para realizar labores en las zonas portuarias, en tanto estuviesen sujetos a otras Ordenanzas laborales, así como el embarque y desembarque de vehículos realizado por los propios conductores, y la labor del operario que maneje grúas, palas y demás material mecánico, dependiente de sus propietarios, y lo haga de manera absolutamente esporádica.

Interpretando esta normativa, dijimos en la sentencia de 18 de enero de 2015 ya citada: " Resulta extremadamente útil para comprender el tipo de labores portuarias la regulación que dicha Ordenanza efectuaba de los grupos profesionales en su art. 17 , clasificándolos en cuatro (encargados, profesionales portuarios, guardería y servicios especiales), con inclusión de categorías profesionales, en el primero de ellos, como capataces generales y capataces de operaciones dentro del subgrupo de encargados de faenas portuarias, y las de sobordistas, apuntadores o confrontadores, clasificadores, pesadores o basculeros y pagadores en el subgrupo de encargados de servicios auxiliares; en el grupo de profesionales portuarios, las categorías de jefes de grupo, amanteros, maquinilleros, gruistas, conductores y mecánicos en el subgrupo de

especialistas, y las de estibadores, arrumbadores, gabarreros, osteros, arrastradores de cajas de pescado y escaladores en el subgrupo de cargadores-estibadores; las de encargados de guardería y guardas en el grupo de guardería; por último, las de aguadores, cosedores, empacadoras y reparadores de envases en el grupo de servicios auxiliares. La lectura de la descripción de esas categorías, contenida en los arts. 22 a 28 , ayuda a comprender el tipo de trabajo regulado en esa Ordenanza y, en definitiva para lo que ahora nos interesa, a los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del régimen de trabajadores del mar. Merece la pena destacar que, en el art. 25 , describe al gruista como aquél que manipula las grúas o palas cargadoras propiedad de las empresas, y al conductor, como al que dirige, conduce o acciona tractores, carretillas y demás vehículos mecánicos, propiedad de la empresa, dentro de la zona portuaria.

Que tal interpretación sobre la comprensión de lo que, a efectos de encuadramiento, supone el trabajo de estibadores portuarios es la buena queda ratificada por el hecho de que el Decreto 2309/1970, de 23 de julio , dictado en desarrollo del art. 37-4 de la Ley 116/1969 , incluya dentro de las actividades sujetas a coeficiente reductor en la determinación de la edad mínima de jubilación los trabajos correspondientes a concretas categorías profesionales de esa Ordenanza Laboral (art. 1-C), con inclusión de todas las del grupo de profesionales portuarios (salvo la de mecánicos) y algunas del grupo de encargados (capataces generales, capataces de operaciones y clasificadores).

Antes de proseguir, destaquemos un dato de interés: el art. 2 de la Ley 116/1969 incluía esa actividad mencionándola como el trabajo de estibadores portuarios, sin la más mínima referencia a que fuese sólo aquél que se hiciese sujeto a la específica regulación laboral de esa actividad realizada por la Ordenanza en cuestión o vigente en cada momento."

Resaltábamos también en la sentencia de 23 de junio de 2015 (recurso 962/2015 cómo el artículo 37 número 4 de aquella Ley 116/1966 facultaba al Gobierno para reducir la edad mínima para causar la pensión de jubilación en aquellas actividades profesionales de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre, en las que se acusasen elevados índices de morbilidad o siniestralidad, así como en aquellas otras cuya realización implicase una continua separación familiar y alejamiento del hogar.

Y también entonces dijimos cómo en uso de esa autorización, se aprobó el Decreto 2309/1970, de 23 de julio, en el que se enumeraban las actividades que merecían tal consideración.

Entre ellas, el apartado C) del artículo 1 incluyó los trabajos de estiba portuaria "correspondientes a las categorías profesionales de Capataces generales, Capataces de operaciones, Jefes de grupo, Amanteros, Maquinilleros, Gruistas, Conductores, Estibadores, Gabarreros, Osteros, Escaladores, Clasificadores, Arrumbadores y Arrastradores de cajas de pescado" .

Se dispuso, asimismo, que la reducción de la edad de jubilación se llevaría a cabo mediante el establecimiento de unos coeficientes aplicables al tiempo de trabajo efectivamente realizado en aquellas que hicieran posible en cada caso (una vez cumplidos los demás requisitos legales) la percepción de la pensión con anterioridad al cumplimiento de la edad exigida con carácter general, coeficientes que fueron modificados por la disposición adicional octava del Real Decreto 863/1990, de 6 de julio , que dió nueva redacción a los apartados A) y B) del artículo 1 del Decreto 2309/1970 .

B.- Con respecto a los cambios habidos en el año 1974, en tal sentencia expresamos una valoración que reiteramos ahora. Dijimos: "En 1974 se producen dos pequeños cambios normativos en esa regulación que, sin embargo, no modifican lo esencial de su régimen jurídico.

De una parte, se promulga el Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, que aprueba el texto refundido de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre , y la Ley 24/1072, de 23 de junio , sin que introduzca cambios en la ordenación del campo de aplicación del régimen de trabajadores del mar, como es lógico, por lo demás, al tratarse de un simple texto refundido, carente de capacidad para innovar.

Poco antes, el 1 de abril de 1974, había iniciado su vigencia la nueva Ordenanza de Trabajo de estibadores portuarios, aprobada por OM de 29 de marzo de 1974 que, con algunos matices, mantiene en lo sustancial la descripción de las labores portuarias (art. 2) y de las actividades excluidas de su ámbito de aplicación (art. 8). Sí conviene reseñar que da una descripción general de las labores portuarias (las de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías de todas clases relacionadas con los buques), a las que añade algunas específicas, en su mayor parte contenidas en la Ordenanza de 1969, aunque con alguna novedad (por ejemplo, labores de colocación de calzos, caballetes y manipulaciones de manivelas u otros utensilios en operaciones en buques especiales). Algo mayores fueron los cambios en la configuración de los grupos y categorías profesionales (art. 18), aunque subsistiendo la de gruista (de la que extrae al que maneja la pala cargadora) y configurando como una sola, la de conductores y manipuladores de medios mecánicos, en la que incluye a los que conducen tractores, palas, cargadores, carretillas elevadoras, cabezas tractoras, camiones remolques, trailers y demás vehículos rodantes y aparatos mecánicos auxiliares para la realización de las operaciones portuarias (Anexo I). Novedad de esta Ordenanza respecto a la anterior lo constituye, entre otras, la inclusión de un precepto específico, como es su art. 149 , en el que se da por hecho que a los trabajadores sujetos a la misma se les aplica el régimen de trabajadores del mar, en norma que viene a disipar la duda que pudiera suscitarse en orden a conocer si las nuevas actividades incluidas en la Ordenanza quedaban o no incluidas en el campo de aplicación del régimen especial."

C.- Este sistema experimentó un cambio sustancial nuevamente como consecuencia de la entrada en vigor, el 2 de marzo de 1995, del Acuerdo de 14 de diciembre de 1994, sobre Clasificación Profesional de las Sociedades de Estiba y Desestiba, aprobado por

Resolución de 2 de enero de 1995 y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de febrero del mismo año, que ateniéndose a las pautas marcadas por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, agrupó las funciones portuarias de los estibadores en cuatro grupos profesionales ¿ Estibador, Oficial Manipulante, Controlador de Mercancías y Capataz -, regulación que tuvo continuidad en los artículos 10 y 11 del III Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de diciembre de 1999 .

Como decíamos en la sentencia de 23 de junio de 2015 , con este nuevo sistema no sólo desaparecieron las antiguas categorías profesionales, sino que se autorizó la movilidad funcional dentro y fuera del grupo, en régimen de polivalencia, con la consiguiente imposibilidad de diferenciar las distintas actividades a efectos de la aplicación de los coeficientes reductores. Ello conllevó que se aplicasen los coeficientes reductores a todos los grupos profesionales.

D.- Y se promulga y entre en vigor seguidamente aquel Real Decreto Ley 2/1986, de 23 de mayo que entendemos que tenía ámbito y contenido diverso del considerado en la sentencia recurrida.

Nos remitimos nuevamente a la sentencia de 18 de enero de 2015 : " La finalidad de esta norma no fue ordenar el campo de aplicación del régimen de trabajadores del mar y ni tan siquiera la completa regulación de la actividad portuaria, sino únicamente lo que se deriva de su título: el servicio público de estiba y desestiba. Servicio público que no asigna a la totalidad de las actividades de estiba y desestiba, aunque sí al grueso de ellas, excluyendo del mismo esas actividades en puertos que no tengan la consideración de interés general y en los que no viniera ejerciendo sus funciones la Organización de Trabajos Portuarios.

En cualquier caso, a efectos de saber qué tipo de actividades integran dicho servicio, su art. 2 menciona las labores de carga, descarga, estiba y desestiba y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo en los buques y dentro de la zona portuaria, si bien exceptúa luego a algunas, que vienen a ser, en su mayor parte, las mismas actividades anteriormente excluidas del campo de la Ordenanza Laboral de estibadores portuarios.

Cierto es que en la ordenación de la parcela de esa actividad tildada de servicio público (que no en la que no lo es), la colocación y contratación de trabajadores se sujeta a determinados requisitos, entre los que se incluye la inclusión en un registro especial de trabajadores portuarios (art. 9), aunque su contratación puede hacerse por las sociedades estatales de estiba o desestiba (que pueden cederlos a empresas estibadoras) o, directamente, por éstas, si bien en este caso sólo cuando aquéllas no les suministren el personal preciso, siendo común la relación laboral en este caso, y especial en el primero (art. 10), cuyo concreto régimen jurídico se contiene en los arts. 13 a 19 .

Norma que no ha introducido cambios en el campo de aplicación del régimen de trabajadores del mar, toda vez que: a) no contiene regla alguna que expresamente lo disponga así o, al modo del art. 149 de la Ordenanza laboral de 1974, lo presuponga; b) la ordenación específica de ese campo de aplicación contenida en el art. 2 -a)- 6ª del vigente texto refundido del régimen de trabajadores del mar no remite a la actividad sujeta a la regulación legal del trabajo de los estibadores portuarios; c) la función del R. Decreto-Ley 2/1986 se contrae a la regulación de una parte de la actividad de estiba y desestiba portuaria, como es únicamente la que constituye servicio público, sin que su objeto sea ordenar todo el trabajo de los estibadores portuarios, de tal forma que queda fuera de su ámbito de aplicación el trabajo de éstos que no constituye servicio público; d) la razón de la inclusión del trabajo de los estibadores portuarios en el régimen especial no estriba en el hecho de que sea un servicio público, por lo que no hay base para excluir del mismo el trabajo de estibador portuario que no lo sea o que, siéndolo, no se desarrolle conforme al régimen jurídico establecido en ese R. Decreto -Ley.

En definitiva, el demandante ha venido prestando unos servicios por cuenta de empresa estibadora que, materialmente, son propios de las labores de estiba portuaria, lo cual es suficiente para su inclusión en el campo de aplicación del régimen de trabajadores del mar, que no exige que se hagan por quien esté vinculado a una sociedad estatal con relación laboral especial de estibador portuario.

Conclusión en línea con otros casos resueltos por la Sala anteriormente, entre los que cobra singular significación la sentencia de 7 de mayo de 2002 (rec. 608/02), ya que confirmamos la inclusión en ese régimen especial (no cuestionada en el litigio), pero como trabajador de estiba y desestiba (no aceptada por la TGSS), de quienes prestaban sus servicios a otra empresa de estiba y desestiba privada, desde hacía más de veinticinco años, como clasificador en un caso y como jefe de grupo en otro. Poco antes (sentencia de 26 de marzo de 2002, rec. 565/02), habíamos confirmado la inclusión en el régimen especial (y no en el general, en el que se les había encuadrado) de ocho trabajadores que realizaban labores de estiba y desestiba a distintas empresas estibadoras portuarias. Igual solución dimos el 11 de junio de 2002 (JUR 224.791) en el caso de 5 trabajadores que, sobre muelle, efectuaban labores administrativas de organización, dirección y control de la actividad de estiba por cuenta de empresas privadas, y el 15 de octubre de 2002 (rec. 1844/02) en el de otros 9 trabajadores en situación similar. En el caso de la sentencia de 11 de noviembre de 2003 (JUR 42812/2004), confirmamos la inclusión en el régimen del mar (y no en el general en el que se le tenía encuadrado), y como trabajador de estiba y desestiba, de quien prestaba sus servicios en labores de estiba y desestiba, como capataz general, a varias empresas de esa actividad, pero revocamos esa inclusión, en cambio, respecto a períodos en los que su labor la hizo por cuenta de empresas consignatarias. Esa misma exclusión del régimen especial por prestar servicios a empresa consignataria, aunque fuesen en labores de control de la actividad de estiba y desestiba, fue lo que pronunciamos en sentencia de 6 de mayo de 2003 (AS 2338). En sentencia de 11 de mayo del año en curso

(rec. 433/04) hemos reconocido el encuadramiento en el régimen especial, en contra de lo resuelto por la TGSS y el Juzgado de lo Social, en el caso de dos mecánicos de taller que realizaban sus funciones en limpieza de bodegas, peonaje, arreglos y participación en la estiba y desestiba. Finalmente, en la sentencia de 2 de noviembre de 2004 hemos ratificado la sentencia que incluyó en el régimen del mar (y no en el general, en el que estaba encuadrado) a quien trabajaba como clasificador para empresa estibadora sin relación laboral especial, declarando también que se trataba de actividades portuarias de estiba y desestiba.

Cierto es que esa línea de la Sala no es unívoca, ya que tres recientes sentencias se han pronunciado en sentido contrario (de 9 de febrero , 29 de abril y 25 de mayo de 2004 , recs. 2637/03 , 437/04 y 406/04), en casos de trabajadores que, sobre muelle, hacían labores de taller-reparación (la segunda) o de control de la actividad portuaria (las otras dos) por cuenta de empresas estibadoras, pero son decisiones aisladas, que no responden a un cambio de criterio adoptado por la Sala con carácter general, debiendo mantener el criterio tradicional de la Sala, en atención a las razones expuestas, cuya aplicación en el caso de autos nos lleva a confirmar la sentencia recurrida, que no ha incurrido en la infracción denunciada en el recurso.

B) Conviene añadir que la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 15 de abril de 2003 (Ar. 3812) ha sentado doctrina en el sentido de estimar que está incluida en el régimen de trabajadores del mar la labor de estiba (en el caso, gruistas) realizada por cuenta directa de empresas estibadoras privadas (sujetas, por tanto, a relación laboral común), de tal forma que la inclusión en el campo de aplicación del trabajo de estibador portuario no exige que se haga por cuenta de las sociedades estatales de estiba y desestiba (relación laboral especial). De ahí, el nuevo error del recurso al señalar como infringido el art. 13-3 del citado R. Decreto-Ley . Aún más, repárese en que dicho precepto se encarga de precisar que la noción de trabajadores portuarios que da es a efectos de la presente norma, en nítida muestra de que excluye su aplicación a efectos distintos a los de determinación del ámbito de aplicación de la relación laboral especial de los estibadores portuarios (como es, por ejemplo, el campo de aplicación del régimen de trabajadores del mar)."

E.- En aquella sentencia también se valoró el III acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector público (Boletín Oficial del Estado de fecha 10 de diciembre de 1999), cuya vigencia inicial era de cinco años (artículo 4). El mismo limita su ámbito funcional (artículo 3) a las relaciones laborales, especial o común, entre empresas estibadoras (incluyendo como tal igualmente las sociedades de estiba y desestiba) y estibadores portuarios que intervengan en la realización de determinadas actividades portuarias (concretamente, las constitutivas del servicio público de estiba y desestiba, excluyendo así de su ámbito las que no integren dicho tipo de servicio). Incluso en tal caso, incluye entre los grupos profesionales propios de los estibadores portuarios a los oficiales manipulantes, definiéndolos como los profesionales portuarios

manipulantes de maquinaria que, con conocimiento de mecánica, hidráulica y electricidad, conduce y manipula los diferentes vehículos empleados en la operativa portuaria y en cualquier otra manipulación o desplazamiento de mercancía dentro de las instalaciones portuarias, describiendo seguidamente una amplia variedad de maquinaria a título meramente indicativo, entre las que incluye varios tipos de grúas (artículo 12).

F.- en la de 23 de junio de 2015 y en otras posteriores también hemos analizado el Real Decreto 2380/2004, de 30 de diciembre, que sustituyó aquel 2309/1970, así como el Real Decreto 1311/2007, de 5 de octubre, por el que se establecen nuevos criterios para determinar la pensión de jubilación en el REM y que derogó tal Real Decreto 2380/2004.

En cuanto a este último, dijimos: "Esta misma conclusión se alcanza si se examina el contenido del Real Decreto 2390/2004, de 30 de diciembre, sobre reducción de la edad mínima para causar pensión de jubilación en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, que sustituyó al Decreto 2309/1970. Entre las actividades afectadas por la reducción mínima establecida para la percepción de la pensión de jubilación, el artículo 1 c) incluyó los trabajos correspondientes a las actividades de estiba y desestiba, sin establecer distinción alguna, lo que supone que quedaban comprendidos los trabajos correspondientes a los distintos grupos profesionales enumerados en la norma laboral sectorial. A ello se suma la previsión contenida la disposición transitoria segunda, en virtud de la cual y para las actividades de estiba y desestiba desarrolladas con anterioridad al 2 de marzo de 1995, únicamente se reconocerán coeficientes reductores de la edad de jubilación cuando se acrediten trabajos correspondientes a las categorías profesionales de capataces generales, capataces de operaciones, jefes de grupo, amanteros, maquinilleros, gruístas, conductores, estibadores, gabarreros, oesteros, escaladores, clasificadores, arrumbadores y arrastradores de pescado.

Y en cuanto al Real Decreto 1311/2007, actualmente vigente, dijimos: "¿podría llevar, en una primera aproximación, a pensar que su aprobación supuso una modificación sustancial de la regulación anterior, en tanto que, de un lado, en el párrafo segundo del citado precepto se considera estibador portuario "al trabajador que preste sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de una empresa estibadora (¿), cuando realice los trabajos que integran el servicio portuario básico de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías relacionadas en el artículo 85.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, o en el correspondiente de la legislación vigente en cada momento", - en la actualidad el artículo 130 de la Ley Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y, de otro, la norma a la que reenvía

Y ello, por cuanto que la norma de remisión considera integradas en ese servicio portuario las actividades de carga, estiba, desestiba, carga y transbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte, estableciendo que las mismas comprenden: a) La recogida de la mercancía del puerto y el transporte horizontal de la misma hasta el costado del buque en operaciones relacionadas con la carga del mismo. b) La aplicación de gancho, cuchara, spreader o cualquier otro dispositivo que permita izar o transferir la mercancía directamente desde un medio de transporte, o desde el muelle, previo depósito en el mismo o apilado, al costado del buque. c) El izado o transferencia de la mercancía y su colocación en la bodega o a bordo del buque. d) El embarque de la mercancía por medios rodantes en el buque. e) La estiba de la mercancía en bodega o a bordo del buque; y que las actividades de desestiba y descarga incluyen: a) La desestiba de mercancías en la bodega del buque, comprendiendo todas las operaciones precisas para la partición de la carga y su colocación al alcance de los medios de izada o transferencia. b) La aplicación de gancho, cuchara, spreader o cualquier otro dispositivo que permita izar o transferir la mercancía. c) El izado o transferencia de la mercancía y su colocación en un medio de transporte o en el muelle al costado del buque. d) El desembarque de la mercancía del buque por medios rodantes. e) Descarga de la mercancía directamente, bien sobre vehículos de transporte terrestre, bien sobre muelle para su recogida por vehículos o medios de transporte horizontal directamente al exterior del puerto o a zona de depósito o almacén dentro del mismo, y el depósito y apilado de la mercancía en zonas portuarias. f) El desplazamiento de la mercancía, previa su recogida cuando proceda desde el costado del buque hasta otra ubicación en la zona de usos portuarios comerciales y su depósito y apilado dentro de la misma zona.

Ciertamente, de la lectura aislada del precepto podría inferirse que la aplicación de los coeficientes reductores ha quedado reservada a los trabajadores que realizan las actividades descritas en la norma de remisión, entre las que aparentemente no encuentra encaje las que llevan a cabo los clasificadores y los demás categorías de trabajadores anteriormente incluidas que llevan a cabo tareas de coordinación y control y de carácter auxiliar o complementario. Sin embargo si esa previsión se analiza en el contexto de la norma que la contiene se observa que su disposición transitoria segunda hace referencia a actividades de estiba y desestiba desarrolladas antes del 2 de marzo de 1995, esto es realizadas por trabajadores que ostentan la condición de estibador y se benefician de los coeficientes reductores, reconociendo como tales a los que efectúan trabajos propios de n aquellas categorías profesionales que, dentro de las actividades de estiba y desestiba, se recogían en el apartado C) del art. 1 del Decreto 2309/1970 , esto es, capataces generales, capataces de operaciones, jefes de grupo, amaneros, maquinilleros, gruistas, conductores, estibadores, gabarreros, osteros, escaladores, clasificadores , arrumbadores y arrastradores de pescado¿.

¿.Podemos añadir tres argumentos más para reforzar la tesis expuesta: el primero es que, según se especifica en su Preámbulo el designio del Real Decreto 1311/2007 es

sustituir el criterio para la aplicación de un determinado corrector en la Marina Mercante, amén de unificar los criterios en orden a su aplicación en las actividades de pesca, sin que en el Prefacio de la norma reglamentaria se haga mención alguna al tema que nos ocupa, como cabría esperar si pretendiese introducir una variación tan sustancial en el mismo. En segundo lugar, y desde la perspectiva de la finalidad de protección, los trabajos característicos de las restantes categorías señaladas también son penosos en cuanto que quienes los realizan tienen que adaptar sus jornadas y demás condiciones de trabajo a las de los estibadores, y están sujetos a similares circunstancias de peligrosidad y toxicidad, lo que justifica su consideración como estibadores en orden a la aplicación de los coeficientes reductores. Finalmente, cabe traer a colación el principio «pro beneficiario» que, según advierte la sentencia de 28 de octubre de 2009 (RJ 67/10), de la Sala lo Social del Tribunal Supremo , es característico del Derecho de la Seguridad Social, y, en último término, el principio de interpretación conforme a la Constitución, que orienta en la dirección de no privar al demandante, sin razón suficiente para ello, del derecho a acceder a la pensión de forma adelantada, en razón de una interpretación cuestionable de una norma de carácter reglamentario."

TERCERO.- Dado el contenido estimatorio del recurso, no procede pronunciamiento condenatorio en materia de costas del recurso, pues así lo consideró el Tribunal Supremo en estos casos, interpretando el derogado artículo 233, número 1 de la Ley de Procedimiento Laboral , cuyo contenido era similar al actual y vigente artículo 235, número 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social . Por todas, sentencias de la Sala Cuarta de 21 de enero de 2002 y 17 de julio de 1996 (recursos 176/2001 y 98/1996).

VISTOS : los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación formulado en nombre de don Diego contra la sentencia de fecha diez de febrero de dos mil diecisiete, dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de los de Bilbao en los autos 436/2016 seguidos ante el mismo, en los que también son partes el Instituto Social de la Marina, la Tesorería General de la Seguridad Social, Consignaciones Bermeo, S.L. y Bermeo Off Shore, S.L.

En su consecuencia, con revocación de la misma, estimamos la demanda, declarando que la pensión de jubilación del demandante debe ser de ciento por ciento de su base reguladora de la prestación, 1.839,35 euros, con efectos desde el día 19 de noviembre de 2015, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y al Instituto Social de la Marina y la Tesorería General de la Seguridad Social al pago de esa prestación en tales términos.

Cada parte deberá abonar las costas de su recurso.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.