**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA**

Sentencia 1894/2013, de 26 de marzo de 2013

Sala de lo Social

Rec. n.º 2407/2010

SUMARIO:

Jubilación parcial y contrato de relevo. Reintegro de prestaciones indebidas. El acceso por el jubilado parcial a la situación de excedencia para cuidar durante dos meses de su madre enferma, no implica suspensión del abono de la prestación de jubilación, ya que se considera efectivamente cotizado, a los efectos de la prestación indicada, el primer año del período de excedencia en razón del cuidado de familiares.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 46.3.

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 166 y 180.

RD 1131/2002 (Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial), art. 16 d).

PONENTE:

Doña María Antonia Rey Eibe.

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA SECRETARIA SR. GAMERO CG

-

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 36057 44 4 2009 0006583

402250

TIPO Y N.º DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002407 /2010

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0001153 /2009 JDO. DE LO SOCIAL n.º 001 de VIGO

Recurrente/s: Eva

Abogado/a: JAVIER DE COMINGES CACERES

Procurador/a: JOSE ANTONIO CASTRO BUGALLO

Graduado/a Social:

Recurrido/s: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, COLEGIO SAN JOSE HERMANAS CARMELITAS DE LA CARIDAD

Abogado/a:,,

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMO. SR. D. MANUEL DOMÍNGUEZ LÓPEZ

ILMA. SRA. D^a. M^a ANTONIA REY EIBE

ILMA. SRA. D^a. ISABEL OLMOS PARÉS

En A CORUÑA, a veintiséis de Marzo de dos mil trece.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002407 /2010, formalizado por D^a Eva, contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de VIGO en el procedimiento DEMANDA 0001153 /2009, seguidos a instancia de D^a Eva frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, COLEGIO SAN JOSE HERMANAS CARMELITAS DE LA CARIDAD, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a M^a ANTONIA REY EIBE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

D/D^a Eva presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, COLEGIO SAN JOSE HERMANAS CARMELITAS DE LA CARIDAD, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha doce de Marzo de dos mil diez que desestimó la demanda.

Segundo.

Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

Primero. La demandante D^a Eva, mayor de edad y con D.N.I. número NUM000, viene percibiendo con cargo al Instituto Nacional de la Seguridad Social pensión de jubilación parcial desde el día 1 de septiembre de 2.005, para lo que la empresa Colegio San José Hermanas Carmelitas de la Caridad suscribió el correspondiente contrato de relevo por la jornada dejada de hacer por la actora y contrato a tiempo parcial con ésta. Segundo- Por dicha prestación la demandante percibió del 27 de abril al 27 de junio de 2.009 la cantidad de 3.293'39 euros. Tercero- El 10 de julio de 2.009 el Instituto Nacional de la Seguridad Social notificó a la demandante que su contrato a tiempo parcial se había suspendido entre el 27 de abril y el 27 de junio de 2.009 y por ello procedía suspenderle el abono de la pensión de jubilación y que debía reintegrar la cantidad de 3.293'39 euros, dándole 15 días para efectuar alegaciones, que la trabajadora presentó, resolviendo dicho Instituto el día 14 de septiembre en el sentido de la propuesta inicial y, presentada por la actora reclamación previa, le fue desestimada por resolución de fecha 30 de octubre. Cuarto- La madre de la actora permaneció ingresada en POVISA del 7 al 25 de abril de 2.009 por fractura de cadera izquierda y del 5 al 14 de mayo por sepsis de origen urinario y la demandante solicitó a la empresa demandada una excedencia de 2 meses del 27 de abril al 27 de junio para cuidar a su madre, excedencia que le fue concedida.

Tercero.

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

FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por Da. Eva frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Colegio San José Hermanas Carmelitas de la Caridad, debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contra ellos deducidas.

Cuarto.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda interpuesta por el actor sobre "reintegro de prestaciones indebidas", recurre en suplicación dicha demandante, solicitando en primer término, con amparo procesal en el art 191, b de la LPL revisión de hechos probados en concreto del hecho de prueba cuarto a fin de que se le añada el siguiente tenor "La madre nacida el 3-1-1916, según consta en informe de traumatología padecía como otros diagnósticos: demencia vascular. Según informe de Traumatología de fecha 25-4-09 se le pautaron las siguientes recomendaciones terapéuticas: movilización en silla de ruedas y deambular con andador".

La revisión no se acepta, pues el recurso de suplicación es un recurso extraordinario, y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor probatoria llevada a cabo por el magistrado de instancia, y que a tales efectos sólo son invocables documentos y pericias en tanto que tales pruebas, documentos y pericias evidencien por sí mismo el error sufrido en la instancia de manera que, por ello, a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente, hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un medio hábil revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así S TSJ Galicia, 3-3-00, 14-4-00, 12-4-0-02, entre otras). Y en el supuesto de autos, lo modificación que pretende el recurrente, resulta innecesaria al no tratarse de un hecho controvertido ni discutido, sino expresamente admitido por las partes.

Segundo.

En sede jurídica, y con amparo procesal en el art 191, c de la LPL denuncia la recurrente infracción del art 166 de la L.G.S.S y aplicación indebida de art 16,D) del Real Decreto 1.131/2002 . Muestra su disconformidad la recurrente con la resolución impugnada en cuanto que el magistrado de instancia aplica dicho precepto legal de un modo análogo aplicando una medida restrictiva prevista para un supuesto que no es del de autos, porque a la actora no se le extinguió el contrato a tiempo parcial sino que simplemente se le suspendió, al tratarse de una excedencia especial por cuidado de un familiar en este caso su madre, que por razones de edad enfermedad o discapacidad no puede valerse por sí misma, es decir, no se trata de una excedencia voluntaria sino de una suspensión temporal del contrato por necesidad de atender al cuidado de su madre, lo que ha de ser considerado legalmente como una excedencia especial, por lo que el período en el que la recurrente se mantuvo en dicha situación ha de considerarse con los efectos propios de la excedencia forzosa.

Así las cosas, para la solución de la cuestión sometida a debate hay que partir del inalterado reato fáctico de la sentencia de instancia a cuyo tenor: 1.º) "La demandante viene percibiendo con cargo al INSS una pensión de jubilación parcial desde el 1-9-05, para lo que la empresa Colegio San José Hermanas Carmelitas de la Caridad suscribió el correspondiente contrato de relevo por jornada dejada de hacer por la actora y contrato a tiempo parcial con ésta. Por dicha prestación la actora percibió del 27 de abril al 27 de junio de 2009 la cantidad de 3.293,94 Euros". 2.º) "El 10 de julio de 2009 el INSS notificó a la demandante que su contrato a tiempo parcial se había suspendido entre el 27 de abril y el 27 de junio de 2009, y por ello, procedía suspenderle el abono de la prestación de jubilación y que debería reintegrar la suma de 3.299,39" y 3.º) La madre de la actora permaneció ingresada en Povisa del 7 al 25 de abril de 2009 por fractura de cadera izquierda y del 14 de mayo por sepsis de origen urinario y la demandante solicitó a la empresa un excedencia de 2 meses del 27 de abril al 27 de junio, para cuidar a su madre, excedencia que le fue concedida".

Y de lo expuesto se llega a la conclusión que en efecto, no es de aplicación la normativa recogida en la resolución impugnada, al no venir recogida la suspensión de prestación de la jubilación parcial en la norma citada, no pudiendo aplicarse análogamente cuando comporta un perjuicio para el beneficiario en detrimento del principio de legalidad que rige en materia de seguridad social. Nos encontramos pues, debido a las circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa ante una situación de suspensión del contrato regulada en el art 46,3 del

ET "excedencia para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, o accidente, enfermedad o discapacidad que no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida" y que de conformidad con lo dispuesto en el art 180 de la L.G.S.S, tendrán durante el primer año la consideración del periodo de cotización efectiva a los efectos de las prestaciones de jubilación...", por lo que al tratarse de una excedencia especial por cuidado de un familiar la suspensión de la relación laboral opera en los términos expuestos, incluyendo el derecho durante dicho período a la prestación por jubilación parcial.

Por todo lo expuesto

FALLAMOS

Que Estimando el Recurso de Suplicación interpuesto por D^a Eva contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Uno de Vigo de fecha 12 de marzo de 2010, y con revocación de su fallo debemos declarar el derecho de dicha demandante a percibir la prestación de jubilación devengada en el periodo comprendido desde el 27-4-09 al 27-6-09, dejando sin efecto la resolución administrativa de fecha 14-9-09.

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

-La cantidad objeto de condena en la c/c de esta Sala en el Banco Banesto, n.º 1552 0000 80 (n.º recurso) (dos últimas cifras del año).

-El depósito de 600 euros en la c/c de esta Sala n.º 1552 0000 37 (n.º recurso) (dos últimas cifras del año).

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

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

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

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.