

Id Cendoj: 28079140012010100350  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2978/2009  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: LUIS RAMON MARTINEZ GARRIDO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x ACUERDO DE PREJUBILACIÓN x
- x PREJUBILACIÓN POR NEGOCIACIÓN COLECTIVA x
- x JUBILACIÓN ANTICIPADA x
- x MEJORA (CUANTÍAS DE LAS PRESTACIONES) x
- x COMPETENCIA FUNCIONAL x
- x RECURSO DE SUPPLICACIÓN x

**Resumen:**

RCUD. Mejora de jubilación. Acuerdo colectivo de prejubilación. Banco Exterior de España. Convenio colectivo de empresa. Jubilación anticipada. Complemento de pensión. Afectación general. Examen de oficio de la competencia funcional.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Mayo de dos mil diez.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Sr. Trillo García, en la representación que ostenta del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra sentencia de 30 de junio de 2009 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Aragón, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la misma parte contra la sentencia de 19 de marzo de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social Número 1 de los de Zaragoza en autos seguidos por D. Paulino frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre JUBILACION.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Ramon Martinez Garrido,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de marzo de 2.009 el Juzgado de lo Social de Zaragoza nº 1 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "QUE ESTIMANDO INTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por D. Paulino , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho del demandante al percibo de abono de la mejora de la pensión de jubilación de 63 # mensuales, en 14 pagas, con efectos de 1 de enero de 2007, condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración y al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL al abono de la referida mejora de la prestación".

**SEGUNDO** .- Que, en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos: "1º.- El demandante D. Paulino , nacido el 2.01.1941, con DNI nº NUM000 , prestó servicios para el Banco Exterior de España S.A. hasta el 31.10.1997, en que pasó a la situación de prejubilación al amparo del XVII Convenio Colectivo del Banco Exterior de España S.A.. Obra en autos carta que le remitió el Banco, por la que se disponía su pase a la situación de prejubilación cuyo contenido se da por reproducido (documento nº 1 aportado junto con la reclamación previa formulada por el actor, cuya copia de adjunto a su vez, como documento nº 9, al escrito de demanda).- 2º.- Al cumplir los 60 años de edad, el demandante solicitó del INSS pensión de jubilación anticipada, que le fue reconocida en resolución de 12.01.2001, con un

porcentaje del 60% de su base reguladora de 339.539 pesetas, teniendo acreditados 44 años de cotización.- 3º.- En fecha 27.03.2008 el actor solicitó del INSS le fuera otorgada la mejora de 63 # mensuales, que correspondía a su situación de haberse jubilado anticipadamente, antes del 1.01.2002, con 60 años de edad y 44 años de cotización. El INSS dictó resolución de fecha 14.05.2008, desestimatoria de tal pretensión, contra la que el actor formuló reclamación previa, que fue asimismo desestimada en resolución de 23.10.2008.- 4º.- El XVII *Convenio Colectivo del Banco Exterior de España S.A. (BOE 13.11.1997) establece en su Disposición transitoria Primera "Prejubilación y jubilación" lo siguiente: 1. Prejubilación y jubilación anticipada: dentro del espíritu global del acuerdo y con el compromiso de las partes de su aplicación y efectividad en todos sus términos, con el fin de lograr una solución no traumática al excedente de plantilla determinado por el Banco, ambas partes acuerda un sistema de prejubilación y jubilación anticipada. En consecuencia, el Banco renuncia a los procedimientos previstos en los artículos 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores durante el plazo del programa de prejubilaciones y jubilaciones pactado (31 de diciembre de 1999). A) Fase de prejubilación: se establecen las siguientes condiciones para el acceso a la prejubilación: a) tener cincuenta y tres años o más antes del 31 de diciembre de 1999...b) durante la misma se le garantizará la percepción del 85 por 100 de sus retribuciones pensionables anualizadas que hubiera alcanzado en el año natural en que pueda acceder a la prejubilación; c) durante esta misma fase el banco se hará cargo de la cuota del Convenio especial con la Seguridad Social, manteniendo según la legislación aplicable su nivel actual de cotización con las correspondientes actualizaciones anuales y con respecto a la asistencia sanitaria se estará a lo regulado en el art. 20 del Convenio Colectivo para los años 1991 y 1992. No causará perjuicio económico ni al Banco ni a su fondo de pensiones el que por causa imputable al beneficiario no se mantuviera o se rebajase el nivel de cotización que el prejubilado tenía en activo. En tal caso, el cálculo de su pensión se realizará tomando la base teórica de la Seguridad Social que le hubiese correspondido de haber mantenido su nivel de cotización: d) el prejubilado se mantendrá como partícipe en el plan y fondo de pensiones, sistema de empleo del Banco; e) el término de esta situación de prejubilación coincidirá con el cumplimiento de los sesenta años del empleado beneficiario, salvo las excepciones más adelante reseñadas. Obra en autos el texto del Convenio (aportado por la actora, y asimismo por la demandada) y su contenido se da por reproducido.- 5º.- Por los Servicios Centrales del INSS en Madrid, y por las Direcciones Provinciales de Málaga y Las Palmas, se han dictado resoluciones por las que se acuerda reconocer a otros empleados que lo fueron del Banco Exterior, el complemento de mejora de jubilación anticipada anterior a 1.01.2002, de 63 # mensuales, con efectos de 1.01.2007.- 6º.- La cuestión debatida afecta, y es notorio, a un gran número de trabajadores, en particular, a los que accedieron a la prejubilación al amparo del XVII Convenio Colectivo, teniendo en cuenta la dimensión de la empresa."*

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sentencia con fecha 30 de junio de 2009 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el presente recurso de suplicación nº 485/2009 ya referenciado, por no ser susceptible del mismo la sentencia de instancia, que declaramos firme. Sin costas".

**CUARTO.-** Por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencias de contraste las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 12 de noviembre de 2.003 y 22 de mayo de 1995 .

**QUINTO.-** Por providencia de fecha 21 de enero de 2010 se procedió a admitir a trámite el citado recurso y, tras ser impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerarlo procedente, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de mayo de 2010, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** El INSS ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 9 de junio de 2009 que desestimó el recurso de suplicación planteado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Zaragoza, de 19 de marzo de 2009 , por no ser la misma susceptible de suplicación, en razón a la cuantía objeto de la controversia. En la instancia se había estimado la demanda del trabajador y declarado su derecho a percibir la mejora de la pensión de jubilación de 63 # mensuales, en 14 pagas, con efectos de 1 de enero de 2007, condenando a las demandadas a estar y pasar por esa declaración y al INSS a su abono.

El demandante había prestado servicios para el Banco Exterior de España hasta el 31 de octubre de 1997, fecha en que pasó a la situación de prejubilación en virtud del XVII Convenio colectivo de empresa,

suspendiendo su contrato de trabajo. Posteriormente, al cumplir 60 años, solicitó la pensión de jubilación anticipada, siéndole reconocida el 12 de enero de 2001 con un porcentaje del 60% sobre la base reguladora de 339.539 Pts., acreditando 44 años de cotización. Solicitó de la entidad gestora que se incrementara su pensión en 63 # mensuales pretensión que le fue desestimada en vía administrativa.

Basaba su pretensión el demandante en lo dispuesto en la Disp. Ad. 4ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, del tenor literal siguiente: " *Mejora de las pensiones de jubilación anticipada causadas con anterioridad a 1 de enero de 2002. 1. Los trabajadores que, con anterioridad a 1 de enero de 2002, hubieran causado derecho a pensión de jubilación anticipada al amparo de lo previsto en la norma 2ª del apartado 1 de la Disp. Trans. 3ª del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social o de las normas concordantes de los regímenes especiales que integran el sistema de la Seguridad Social, cuando la edad que en cada caso se hubiera tenido en cuenta para la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores hubiera estado comprendida entre los sesenta y los sesenta y cuatro años, ambos inclusive, tendrán derecho a una mejora de su pensión, con efectos desde 1 de enero de 2007, siempre que de la documentación obrante en la Administración de la Seguridad Social se deduzca que reúnen los siguientes requisitos:*

a) *Que se acreditan, al menos, treinta y cinco años de cotización.*

b) *Que la extinción del contrato de trabajo del que hubiera derivado el acceso a la jubilación anticipada se hubiera producido por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, comprendida entre los supuestos recogidos en el artículo 208.1.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.*

2. *La mejora de la pensión consistirá en un incremento de su importe íntegro mensual, variable según la edad del trabajador tomada en cuenta para la determinación del coeficiente reductor del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión, conforme a los siguientes tramos:*

*Sesenta años, 63 euros mensuales.*

*Sesenta y un años, 54 euros mensuales.*

*Sesenta y dos años, 45 euros mensuales.*

*Sesenta y tres años, 36 euros mensuales.*

*Sesenta y cuatro años, 18 euros mensuales.*

3. *El importe correspondiente, que se abonará en catorce pagas, se reconocerá como variación de la cuantía de la pensión de jubilación y se integrará en la misma a todos los efectos, incluida la aplicación del límite al que se refiere el artículo 47 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y sin perjuicio, en su caso, de la absorción del complemento por mínimos que se viniera percibiendo. Cuando se trate de pensiones reconocidas al amparo de normas internacionales, para fijar el importe del incremento mensual serán de aplicación las reglas establecidas en dichas normas sobre determinación y cálculo de la cuantía de las pensiones.*

4. *La Entidad Gestora reconocerá de oficio o a instancia de parte el derecho a la mejora regulada en la presente disposición en el plazo de tres meses contados a partir de la entrada en vigor de esta Ley, de acuerdo con la información contenida en la base de datos de prestaciones de la Seguridad Social y en el fichero general de afiliación, que acreditarán, respectivamente, los años de cotización cumplidos y el carácter involuntario del cese en el trabajo."*

La sentencia de instancia, en su último fundamento de derecho, afirmaba que contra ella cabía interponer el recurso de suplicación ya que la cuestión " *afecta a un gran número de trabajadores, cuestión esta sobre la que además de existir conformidad entre las partes, resulta notoria dadas las dimensiones de la empresa, y el número de trabajadores que se vieron afectados por los acuerdos de prejubilación suscritos con la empresa*". La Sala de suplicación, transcribiendo parte de nuestra sentencia de 3 de octubre de 2003, de oficio, declaró que las cuestiones que se ventilan en el presente litigio "no afectan a un número muy elevado de trabajadores", sino "única y exclusivamente" al actor. En consecuencia, desestimó el recurso por no ser susceptible del mismo la sentencia de instancia que declaró firme.

**SEGUNDO** .- El INSS ha formalizado el presente recurso de casación unificadora, en el que, como

único objeto plantea la incorrecta aplicación de los mandatos del *art. 189.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral (aunque por indudable error material señala 181.1 .b)* proponiendo, como sentencia de contraste la de esta Sala de 12 de noviembre de 2003 . En cualquier caso la decisión acerca de si la sentencia de instancia era o no susceptible de recurso de suplicación, en atención a la afectación general que pudiera derivarse de la cuestión planteada en la demanda, y, como quiera que tal tema constituye materia de orden público, al incidir sobre la competencia funcional, se hace innecesario el análisis de la contradicción.

Como hemos puesto de relieve en nuestra reciente sentencia de 29 de octubre de 2009 , dictada en tema idéntico al presente, corresponde en primer lugar al Juez de lo Social de instancia analizar y resolver si en el proceso concurre o no afectación general. "Pero similar facultad tienen las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, al resolver el recurso de suplicación, y esta Sala IV al examinar el recurso de casación para la unificación de doctrina. Pues, a pesar del carácter extraordinario de ambos recursos y de la naturaleza excepcional del segundo, se trata de una materia de competencia funcional que puede ser examinada de oficio por la Sala "ad quem" sin necesidad de cumplir las rigurosas exigencias propias de aquellos" (STS de 2 de junio de 2008 -rec. 546/2007-, reiterada en la de 23 de enero de 2009 -rec. 250/2008-). Ese examen se hará "con cierta independencia de lo que las partes hayan podido alegar y sin que la Sala quede vinculada por la decisión que se haya adoptado en suplicación, porque tal cuestión no afecta sólo a ese recurso, sino que se proyecta sobre la competencia de esta Sala" (SSTS de 6 de octubre de 2005 -rec. 834/2003- y 26 de septiembre de 2006 -rec. 4642/2005-). Puesto que el recurso de casación para la unificación de doctrina procede contra las sentencias dictadas en suplicación, la recurribilidad en casación se halla condicionada por la recurribilidad en suplicación, de forma que el control de la competencia funcional de la Sala supone el control sobre la procedencia de la suplicación (SSTS de 30 de enero de 2007 -rec. 4980/05- y 23 de octubre de 2008 -rec. 3671/2007-).

**TERCERO** .- Nuestras sentencias de Sala General de 3 de octubre de 2003 (rec. 1011/2003 y 1422/2003) señalaban, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 144/1992, de 13 de octubre, 162/1992 y 58/1993 ), que "la afectación general es un concepto jurídico indeterminado que, aunque tiene una base fáctica, no se agota en ella, sino que la trasciende". Desde aquellas sentencias de Sala General, la doctrina que ha seguido esta Sala es la que sostiene que el *art. 189.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral incluye tres posibilidades o modalidades de afectación general*: a) la afectación notoria porque "quede de manifiesto por la intrínseca y peculiar naturaleza de las reclamaciones efectuadas, y a la vista de los elementos y circunstancias propios de tales reclamaciones y demás datos obrantes en autos", en cuyo caso no es necesaria la alegación de parte, pudiendo ser apreciada de oficio por el Juez o la Sala; b) la afectación general porque la cuestión debatida "posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes", idea ésta de la "evidencia compartida" próxima a la notoriedad, que tampoco requiere de la alegación de las partes; y c) la afectación general alegada y probada en juicio, cuando no concorra ninguno de los dos supuestos anteriores.

En el presente caso, ni se alegó ni se practicó prueba alguna al respecto en la instancia, de ahí que el examen de la recurribilidad se ciña a la notoriedad y a la generalidad.

El concepto de notoriedad encierra una gran imprecisión, por lo que hemos venido considerando que, a los efectos del *art. 189.1 b) de la Ley de Procedimiento Laboral* , ha de estarse a una definición más flexible y matizada de lo que se entiende por notorio, atendida la naturaleza de la cuestión debatida y las circunstancias que en ella concurren. Por su parte, la idea de generalidad que sustenta el segundo supuesto de afectación, exige que las partes no hayan puesto en duda la misma; de suerte que, si en la litis, constara oposición de alguno de los intervinientes, no cabría acudir a este criterio. Ya hemos dicho que en el presente caso ninguna de las partes había cuestionado la apreciación hecha en la sentencia de instancia, lo que se observa con la mera lectura del escrito de impugnación del recurso de suplicación, en el que nada se alega respecto de la inadmisibilidad del mismo.

Así las cosas, resta por discernir si la pretensión del actor encierra el contenido de generalidad exigible a los efectos de la suplicación. A tal efecto, sostiene la Entidad Gestora, mediante la aportación de la sentencia de contraste antes reseñada, que nos encontramos ante un supuesto en que está en juego el cálculo del importe de la pensión de jubilación anticipada según se aprecie que la causa del cese tuvo carácter voluntario o involuntario.

Ciertamente, como muestra la sentencia que se ofrece de contraste, esta Sala ha venido resolviendo a favor de la recurribilidad en los procesos en que se ventilaban demandas de trabajadores de Telefónica de España, S.A., que accedían a la jubilación anticipada tras un proceso de prejubilación derivado de acuerdos individuales, y discutían sobre cuál había de ser el coeficiente reductor según se calificara el cese como voluntario o involuntario.

Asimismo, las sentencias de 30 de enero de 2006 (rec. 5320/2004), 6 de febrero (rec. 1111/2005), 24 de octubre de 2006 (rec. 4453/2004) y 17 de enero rec. 4534/2005) y 21 de junio rec. 119/2006 ) afirmaron la evidencia del contenido de generalidad respecto de las pretensiones de antiguos trabajadores de la empresa Robert Bosch España, S.A. que, habiendo extinguido sus contratos de trabajo en virtud de autorización administrativa recaída en Expediente de regulación de empleo, debatiendo asimismo sobre el coeficiente reductor a aplicar en atención a la voluntariedad o involuntariedad del cese.

Por último, en la sentencia de 19 de mayo de 2009 rec. 3034/2008 ) se viene a ratificar la postura favorable a considerar que el debate sobre la voluntariedad o involuntariedad del cese, cuando deriva de un expediente de regulación de empleo como era el caso de la empresa Nestlé España, S.A., sería susceptible de acceder a la suplicación; y decimos esto en sentido negativo, al rechazar que en el caso que se resuelve en esa sentencia lo controvertido no es esa naturaleza del cese, sino el concreto cálculo de los años de cotización del demandante en aquel proceso, lo que lleva a la Sala en ese caso a aplicar la regla de la cuantía y rechazar la recurribilidad.

Es cierto que en el presente caso lo que debe dilucidarse no es si debe aplicarse uno y otro coeficiente reductor, sino otra cosa muy distinta: el derecho al complemento o mejora establecido por la *Disposición Adicional 4ª de la Ley 40/2007* antes transcrita. No obstante, el fundamento de la solución a alcanzar se halla, una vez más, en la consideración que haya de merecer la extinción de la relación laboral de suerte que, de nuevo, la voluntariedad o involuntariedad de la misma suscita la discrepancia con la Entidad Gestora. Es ésta una situación que no se produce de forma aislada respecto de un solo trabajador, sino que surge como consecuencia de la eficacia del acuerdo colectivo en el que se apoyó en su día el pase a la situación de prejubilación. La incidencia de la cuestión supera la individualidad para desplegarse potencialmente sobre un número significativo de trabajadores que hubieran alcanzado en su momento la edad y requisitos necesarios para acceder a los planes de prejubilación. No obsta a ello la circunstancia de que la empresa no exista ya desde hace tiempo - como pone de relieve la parte recurrida en su escrito de impugnación -, pues la propia actora acepta que aquella empresa "tuvo en plantilla numerosos trabajadores"; aceptación que, tal y como hemos argumentado anteriormente, hacía innecesaria la práctica de prueba sobre la afectación general, dado que no es sino hasta este momento procesal - el de la impugnación del recurso de casación para unificación de doctrina - cuando por vez primera dicha parte demandante "pone en duda" el contenido de generalidad de la cuestión suscitada con su demanda.

Por ello, entendemos que hemos de aplicar criterio análogo a los supuestos antes citados y, afirmando la afectación general de la cuestión litigiosa, estimar la tesis de la Entidad Gestora recurrente, declarando que la sentencia del Juzgado era recurrible en suplicación, sin que podamos tomar como antecedentes jurisprudenciales los criterios que se plasmaron en nuestras sentencias de 6, 9 y 10 de abril (rec. 4625/1999, 200/2000, 2208/2000, respectivamente), 11 de abril (rec. 4113/1999, 4624/2000 y 4629/1999), 21, 22 y 28 de mayo (rec. 501/2000, 201/2000 y 4627/1999, respectivamente) y 6 de junio de 2001 (rec. 4628/1999 ) - citadas también por la sentencia recurrida- dictadas en relación a trabajadores prejubilados de la empresa Nueva España Quijano, S.A., pues se trataba de sentencias en las que se plasmaba un criterio sobre la afectación general que se vio rectificado por las dos sentencias de Sala General de 3 de octubre de 2003 , a las que ya se ha hecho alusión.

En consecuencia, anulamos la sentencia recurrida y, declarando la admisibilidad del recurso de suplicación, retrotraemos las actuaciones al momento anterior a ser dictada a fin de que por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón se dicte nueva sentencia en la que se resuelvan los motivos formulados en el indicado recurso de suplicación.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **FALLAMOS**

Que, estimando el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictada el 30 de junio de 2009 (rec. 485/2009), casamos y anulamos la misma y declaramos la admisibilidad del recurso de suplicación interpuesto por dicha parte frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Zaragoza, de 19 de marzo de 2009 en los autos nº 1044/2008 seguidos a instancia de D. Paulino , debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia a fin de que por la Sala de procedencia se dicte otra en la que se resuelva el recurso de suplicación. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Ramon Martinez Garrido hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.