

Roj: STSJ AS 154/2011
Id Cendoj: 33044340012011100140
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Oviedo
Sección: 1
Nº de Recurso: 2946/2010
Nº de Resolución: 338/2011
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

JUBILACIÓN

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00338/2011

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax:985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2010 0103021

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002946 /2010

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEM: 0000184/2010 del JDO. DE LO SOCIAL nº: 005 OVIEDO

Recurrente/s: INSS

Abogado/a: LETRADO SEGURIDAD SOCIAL

Recurrido/s: Justino , T.G.S.S

Abogado/a: JOSE RODRIGUEZ VIJANDE, LETRADO SEGURIDAD SOCIAL

SENTENCIA Nº 338/11

En OVIEDO, a once de Febrero de dos mil once.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los lltmos Sres. D. EDUARDO SERRANO ALONSO, Presidente, D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ y D^a. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ, Magistrados, 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

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0002946/2010, formalizado por el LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en nombre y representación del INSS, contra la sentencia número 582/2010 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de OVIEDO en el procedimiento DEMANDA 0000184/2010, seguidos a instancia de Justino frente al INSS y la TGSS, siendo Magistrado-Ponente la Ilma Sra **D^a MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Justino presentó demanda contra el INSS y la TGSS, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 582/2010, de fecha veintisiete de Septiembre de dos mil diez .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º) D. Justino con DNI NUM000 , nacido el día 28 de noviembre de 1945, afiliado a la Seguridad Social con el número NUM001 solicitó la pensión de jubilación el día 20 de noviembre de 2009.

2º) Por Resolución de la Dirección Provincial del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de fecha 27 de noviembre de 2009 se deniega su pensión de jubilación por no haber cumplido la edad mínima de sesenta y cinco años exigida para acceder a la pensión de jubilación ya que no puede acceder a la pensión de jubilación anticipada en virtud de obligación adquirida mediante contrato individual de prejubilación al no haberse producido el necesario desarrollo reglamentario de dicha modalidad de jubilación anticipada.

3º) Frente a esta resolución el actor formuló reclamación previa que es desestimada mediante Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 28 de enero de 2010. Frente a la citada resolución se formula la presente demanda en fecha dos de marzo de dos mil diez.

4º) El actor ha realizado las siguientes cotizaciones

Empresa Alta Baja Días Cotizados

TELEFÓNICA 05 02 1968 19 09 1969 593

TELEFÓNICA 16 05 1970 13 12 1970 212

TELEFÓNICA DE ESPAÑA 29 03 1971 25 07 1982 4137

TELEFÓNICA S.A. 26 07 1982 28 02 1987 1679

TELEFÓNICA S.A 01 03 1987 26 05 1987 87

TELEFÓNICA DE ESPAÑA 27 05 1987 27 12 1998 4233

C.ESPECIAL(REG.01) 28 12 1998 20 11 2009 3981

Total días computables: 14922

5º) El actor causó baja en la empresa el 27 de diciembre de 1998 tras la suscripción de un contrato individual de prejubilación suscrito en fecha 28 de diciembre de 1998.

6º) En virtud de la obligación adquirida mediante contrato individual de prejubilación durante los 2 años inmediatamente anteriores a la fecha de jubilación prevista le han sido abonadas las siguientes cantidades cuyo pago se instrumentalizó a través de la Compañía de Seguros de Vida y Pensiones, Antares S.A:

- Desde noviembre de 2007 hasta diciembre de 2007 el importe de 5.640,42 #
- Desde enero hasta diciembre de 2008 el importe de 33.966,96 #
- Desde enero hasta septiembre de 2009 el importe de 28.428,30 #

7º) Se fija la base reguladora en 2.650,02 #/mensuales, fijando la fecha de efectos el día 20 de noviembre 2009, y el porcentaje en el 94%.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que, estimando la demanda formulada por la representación legal de D. Justino , se formula demanda frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL debo declarar y declaro el derecho del actor a que le sea reconocido su derecho a jubilarse y en consecuencia declare el derecho de la actora a que le sea concedida la pensión de jubilación en el porcentaje del 94% de una base reguladora de 2.650,02 # mensuales, con efectos al 20 de noviembre de 2009. Condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a abonarle la prestación económica correspondiente con los atrasos y revalorizaciones que correspondan, así como a estar y pasar por esta declaración".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por el INSS formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 19 de noviembre de 2010.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 12 de enero de 2011 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia acoge la pretensión deducida en la demanda origen del procedimiento, revoca las Resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y declara el derecho del demandante a acceder a la jubilación anticipada y al percibo de las correspondientes prestaciones sobre una base reguladora de 2.650,02 euros y en el porcentaje del 94%, con efectos al 20 de noviembre de 2009.

Frente a la resolución que le es adversa interpone aquella Entidad Gestora recurso de suplicación que fundamenta en un único motivo contemplado en el *apartado c) del artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral* , infracción de normas sustantivas y/o de la jurisprudencia, denunciando la vulneración del *artículo 161 bis del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social* aprobado por *Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio en relación con la disposición adicional cuadragésima quinta* del mismo texto legal.

Argumenta quien recurre que el accionante no puede acogerse a la exención del cumplimiento de los requisitos b) y d) del *apartado 2 del artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social* en la redacción que le fue dada por la *ley 40/07* , porque la posibilidad de que el compromiso de la empresa fuese adquirido en un contrato individual de prejubilación no ha sido objeto del desarrollo reglamentario exigido por la *disposición adicional cuadragésima quinta* antes referida.

El recurso fue impugnado por la representación letrada del accionante.

SEGUNDO.- La cuestión aquí planteada ha sido ya abordada y resuelta por esta Sala de lo Social -entre otras- en la reciente Sentencia de fecha 25 de junio de 2010, recaída en el recurso de suplicación

número 1163/2010 .

Se señala en ella:

"...Al respecto hay que decir con la sentencia de instancia que de conformidad con lo establecido en el artículo 161 bis. 2 de la Ley General de la Seguridad Social , en la redacción al mismo atribuida por la Ley 49/2007, de 5 de diciembre , el acceso a jubilación anticipada se condiciona al concurso de los siguientes requisitos: tener cumplidos 61 años de edad, sin aplicación a tales efectos de coeficientes reductores; haber estado inscrito como demandante de empleo durante, al menos, los seis meses inmediatos anteriores a la solicitud de jubilación; acreditar como mínimo una cotización efectiva de 30 años, sin tener en cuenta al respecto la parte proporcional de pagas extras; y que el cese en el trabajo no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador.

Ello no obstante según lo dispuesto en el párrafo segundo del citado artículo 161 bis 2 , el segundo y el cuarto de los referidos requisitos (la inscripción como demandante de empleo y que la extinción de la relación laboral no haya sido debida a la libre voluntad del trabajador) no serán exigidos "en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiere correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social".

En este caso consta probado que la empresa abono mensualmente a la actora en dicho periodo la suma de 2.537,72 euros y el importe de la prestación por desempleo que le hubiera correspondido era, de conformidad con el Art. 211 de la LGSS que establece durante los 180 primeros días un 70% de la base, 1.652,12 euros al mes, mientras que el importe mensual de l la cuota del convenio especial es de 842,27 euros, cantidad que sumada a la anterior arroja la suma de 2.494,39 euros que es inferior a aquella que le abonaba la empresa, de modo que la actora cumple las condiciones fijadas en el Art. 161 bis Ley General de la Seguridad Social .

Cabe añadir por ultimo con la sentencia del TSJ de Castilla y León de 24 de marzo de 2009 citada en el escrito de impugnación del recurso, que partiendo..."de la primera y principal pauta de interpretación de lo normativo en que consiste el alcance de la literalidad de la regla de derecho de que se trate, es indiscutible que el legislador de la nueva modalidad de anticipada jubilación a la que se puede acceder desde situaciones de prejubilación no ha condicionado su reconocimiento a desarrollo reglamentario de ninguna clase. Aseveración esa que cuenta también con fundamento en la sistemática de la norma, puesto que el autor de la Ley 40/2007, cual así emerge ello de la lectura de sus Disposiciones Adicionales, sí efectuó una ingente reconducción al desarrollo reglamentario en relación con otras tantas de las previsiones en tal derecho adicional contenidas, reconducción no establecida sin embargo respecto de la jubilación anticipada objeto de debate."

En razón a lo expuesto y compartiendo el criterio seguido en la sentencia reseñada así como en las del TSJ de Madrid de 4-3-09 y del País Vasco de 21-4-09 , procede la íntegra confirmación de la sentencia de instancia, debiendo añadirse por ultimo que la sentencia del TS de 14 de abril pasado (RCUD 790/09) sobre jubilación anticipada si bien analiza el requisito de inscripción en la oficina de empleo durante un plazo de seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación, se refiere a esta materia declarando que con independencia del carácter involuntario de la extinción contractual por ERE, la indemnización percibida tras producirse la extinción lo fue en virtud de la obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación conforme al redactado introducido por la Ley 40/07 que estima aplicable al caso atendiendo a la fecha de la solicitud de la pensión de jubilación anticipada que lo fue el 27-2-08- (aquí en mayo de 2009) y reconoce al actor su derecho a percibir la pensión de jubilación anticipada.

Siendo este el criterio mantenido en la sentencia impugnada, y no discutiendo quien recurre que el aquí accionante cumple las condiciones fijadas en el Art. 161 bis Ley General de la Seguridad Social , procede la íntegra confirmación de la resolución de instancia.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada el 27 de setiembre de 2010 por el Juzgado de lo Social

número cinco de Oviedo , en los presentes autos seguidos sobre pensión de jubilación en virtud de demanda promovida por D. Justino contra el INSS y la TGSS, y en consecuencia confirmamos la sentencia impugnada en su integridad.

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito que se presentará ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para que puedan cumplirse los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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