



Roj: STS 8781/2011  
Id Cendoj: 28079140012011100707  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 151/2011  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: AURELIO DESDENTADO BONETE  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Noviembre de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado y defendido por el Letrado Sr. Suñer Ruano, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 24 de noviembre de 2010, en el recurso de suplicación nº 6460/09 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 10 de noviembre de 2008 por el Juzgado de lo Social nº 13 de Barcelona , en los autos nº 497/08, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Lorena contra dicho recurrente y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre seguridad social.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida D<sup>a</sup> Lorena , representada y defendida por la Letrada Sra. Abella Mestanza.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Aurelio Desdentado Bonete** ,

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El 24 de noviembre de 2010 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 13 de Barcelona, en los autos nº 497/08, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Lorena contra dicho recurrente y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre seguridad social. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es del tenor literal siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación presentado por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Barcelona, en fecha 10 de noviembre de 2008 , en los autos 497/08, seguidos a instancia de Lorena contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en materia de mejora del coeficiente reductor de la pensión de jubilación y, en consecuencia, confirmamos íntegramente la sentencia dictada".

**SEGUNDO**.- La sentencia de instancia, de 10 de noviembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Barcelona , contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Que D<sup>a</sup> Lorena , con DNI núm. NUM000 , nacida el 19-06-1945 y con núm. de S.S. NUM001 , solicitó pensión de jubilación en fecha 20 de junio del 2005; por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 22-06-05, le fue reconocido el derecho a pensión de jubilación con una base reguladora de 1756,80 euros/mes, en el porcentaje de 60,00 % por 60 años de edad y por 41 años cotizados, aplicando el coeficiente reductor del 8% por edad, con 14 pagas anuales y con efectos de fecha del 20-06-2005. ----2º.- La actora, prestó servicios en el BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA, S.A. hasta el 31-05-1998 en que se acogió al plan de prejubilación previsto para los empleados fijos como medida de adecuación de plantilla acordada en convenio colectivo para el periodo desde el año 1996 hasta el año 1999. Percibiendo desde esa fecha y hasta el cumplimiento de la edad de 60 años una retribución correspondiente a la suscripción del correspondiente Convenio Especial (folios 13 al 35). ----3º.- El 1 de abril de 2008 la actora solicitó la revisión del cálculo de la pensión con aplicación de un porcentaje del 70% de la base reguladora de la prestación de jubilación de 1756,80 #, minorando el coeficiente reductor al 6% por cada año en que se anticipe la jubilación, en aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, apartado

primero, regla 2ª de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción introducida por la Ley 24/97 de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social, y en relación con lo que prevé el artículo 161, 3º LGSS según la redacción introducida por la Ley 35/2002 de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. ----4º.- Su reclamación que fue desestimada por resolución de fecha 18-02-2008, en la que se le indica que los motivos de esta decisión son: que de acuerdo con los datos del informe de cotización acredita los siguientes períodos cotizados, por los periodos del 15-03-1963 a 20-10-1966, del 05-05- 1969 a 26-01-1994, del 28-01-1994 al 31-05-1998 y del 01-06- 1998 al 19-06-2005 en la cuantía de 14510 días cotizados, el porcentaje por los años cotizados es el 60%, por 40 años de cotización, al porcentaje por los años de cotización se le ha aplicado un coeficiente reductor del 0,6000 porque tenía cumplidos 60 años de edad a la fecha del hecho causante de la pensión; no queda acreditado el cese involuntario en la relación laboral ni que este se haya producido en virtud de expediente de regulación de empleo. ----5º.- Que la actora en la demanda presentada solicita se declare que como porcentaje de la Base Reguladora reconocida de la prestación de Jubilación el 70% de la Base Reguladora de 1756,80 euros, con aplicación del 6% del coeficiente reductor por año hasta los 65 años y no el 8% como ha venido aplicando la Entidad Gestora, lo que da lugar a una pensión mensual de 1229,76 # y condenando a las codemandadas a estar y pasar por esta declaración y abonarle las diferencias resultantes con efectos retroactivos desde el reconocimiento de la pensión, que asciende a 6700 #, reservándose el cuantificar las diferencias hasta el fin del juicio (percibido por el periodo 20-06-2005 al 31-03-08 la cantidad de 40441,54 # y debería haber percibido 47140,78 #. ----6º.- Se acredita una Base Reguladora de 1756,80 Euros mensuales; hecho de conformidad por las partes. ----7º.- Se acredita que la actora cuando solicitó la prestación de jubilación tenía 60 años; así mismo se acredita que la actora acredita 41 años cotizados; hechos que constan en el expediente administrativo y son de conformidad por las partes".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda formulada por Dª Lorena frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación de APLICACIÓN DE MENOR COEFICIENTE REDUCTOR Y POR ELLO MAYOR PORCENTAJE DE LA BASE REGULADORA DE LA PRESTACIÓN DE JUBILACIÓN, debo declarar y declaro el derecho de la actora de serle de aplicación el coeficiente reductor del 6% y a percibir prestación de jubilación en el porcentaje del 70% por edad y 41 años cotizados de la Base Reguladora de 1756,80 euros mensuales, más las revalorizaciones y mejoras a las que tenga derecho y efectos retroactivos desde el 20-06-2005; condenando a los codemandados a estar y pasar por dicha declaración y a que abonen a la actora por el periodo del 20-06-2005 hasta el 31-03-2008 la cantidad de 6700 # y los que a partir de esa última fecha haya devengado ".

**TERCERO.-** El Letrado Sr. Suñer Ruano, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, mediante escrito de 2 de febrero de 2011, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2009 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 43.1.2 y art. 164 LGSS .

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 16 de febrero de 2011 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 17 de noviembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La cuestión que se suscita en este recurso es únicamente la relativa a la fecha de efectos económicos de la revisión del importe de una pensión de jubilación anticipada reconocida el 22 de junio de 2005 con efectos de 20 de junio de 2005, cuando la revisión de la cuantía, por aplicación del porcentaje y del coeficiente reductor, se solicitó el 1 de abril de 2008. La sentencia recurrida ha confirmado la de instancia que ha fijado la retroactividad de la revisión de la cuantía a partir del 20 de junio de 2005 . La revisión se produce como consecuencia de una discrepancia sobre el carácter del cese. La sentencia de contraste, que es la de esta Sala de 22 de diciembre de 2009 , se pronuncia sobre un trabajador de la ONCE, al que se le reconoció una pensión de jubilación con efectos de 1 de enero de 2005, pensión que fue revisada por el INSS en su cuantía a petición del autor, debatiéndose sobre el alcance temporal de la revisión, que la sentencia fija en 1 de noviembre de 2006 , tres meses antes de la solicitud por aplicación de la disposición final 3ª de la Ley 42/2006 , norma que modificó, con efectos de 1 de enero de 2007 y vigencia indefinida el art. 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social para establecer que "si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas

resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud", añadiendo que "esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 45". La sentencia de contraste razona que no se trataba de un error material, de hecho o aritmético, sino ante una discrepancia sobre los criterios de cómputo de la pensión.

La contradicción ha de aceptarse, sin que pueda acogerse la objeción que formula la parte recurrida en orden a las distintas causas de las revisiones aplicadas en los dos supuestos comparados, porque la identidad que exige el art. 217 de la LPL no es la absoluta, sino la sustancial y en ambos casos estamos ante divergencias que no pueden calificarse de meros errores aritméticos, materiales o de hecho, pues no se trata de desviaciones de cálculo o simples "equivocaciones elementales" en la constatación y no en la representación de la realidad. En este sentido se pronunció ya nuestra sentencia de 13 de octubre de 1994 (recurso 745/1994), que señaló que este tipo de errores enlaza con la regulación de su rectificación en el procedimiento administrativo como categoría distinta a la revocación y la jurisprudencia contencioso-administrativa ha precisado, en la interpretación del art. 105.2 de la LRJAPC, que "el objeto de la enmienda" han de ser "simples equivocaciones elementales (nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos), apreciadas gracias a los datos que constan en el expediente y que se manifiesten de manera clara, patente y ostensible, evidenciándose por sí solas sin necesidad de mayores razonamientos ni, por supuesto, de operaciones valorativas sobre normas jurídicas" (sentencia de la Sala 3ª de este Tribunal de 16 de febrero de 2009, recurso 6092/2005 y las que en ella se citan).

Pues bien, no estamos en las sentencias comparadas ante errores simples de esta clase. En la sentencia de contraste por las razones que ella misma aporta en su fundamento jurídico tercero ante la existencia de un problema jurídico en el cálculo de la base reguladora derivado de la previa calificación de la naturaleza de la relación laboral de los trabajadores de la ONCE afectados por tal calificación. En la sentencia recurrida porque se trata también de una cuestión que excede de un mero error material elemental. Lo que se debate es una divergencia jurídica en orden a la voluntariedad del cese que exige la interpretación de lo establecido en la disposición transitoria 3ª.1 de la LGSS en relación con la regulación del cese por jubilación en el convenio aplicable.

Por ello y en aplicación del art. 43.1.2º de la LGSS y de la doctrina de la sentencia de contraste que ha sido reiterada por las sentencias de 23 de noviembre de 2009, 20 de enero y 4 de octubre de 2010, debe estimarse el recurso, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, casando la sentencia recurrida para estimar el recurso de suplicación del INSS en lo que se refiere a su segundo motivo de recurso. Hay que revocar también el fallo de la sentencia de instancia, aunque solo en la parte del mismo que afecta a la retroactividad de la rectificación de la cuantía, que ha de limitarse a los tres meses anteriores a la solicitud. Todo ello sin imposición de costas.

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

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la 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 Cataluña, de 24 de noviembre de 2010, en el recurso de suplicación nº 6460/09, interpuesto frente a la sentencia dictada el 10 de noviembre de 2008 por el Juzgado de lo Social nº 13 de Barcelona, en los autos nº 497/08, seguidos a instancia de Dª Lorena contra dicho recurrente y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre seguridad social. Casamos la sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos con el alcance que se precisará, y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de esta clase interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y revocamos parcialmente la sentencia para establecer que el importe de la pensión reconocida tendrá efectos de 1 de enero de 2008, limitando la condena a las diferencias posteriores a esa fecha. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 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. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ