

Roj: STSJ AS 4669/2010
Id Cendoj: 33044340012010103070
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Oviedo
Sección: 1
Nº de Recurso: 2005/2010
Nº de Resolución: 3096/2010
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

JUBILACIÓN

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 03096/2010

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 0102049

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002005 /2010

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEM: 0000036/2010 del JDO. DE LO SOCIAL nº: 001 OVIEDO

Recurrente/s: INSS INSS

Abogado/a: LETRADO SEGURIDAD SOCIAL

Procurador:

Graduado Social:

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

Abogado/a: JOSE RODRIGUEZ VIJANDE, LETRADO SEGURIDAD SOCIAL

Procurador:

Graduado Social:

Sentencia nº 3096/10

En OVIEDO, a veinte de Diciembre de dos mil diez.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL del T.S.J. de ASTURIAS, formada por los Ilmos. Sres. D. EDUARDO SERRANO ALONSO, Presidente, D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNÁNDEZ y D^a MARIA PAZ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ 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 **2005/2010**, formalizado por el LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia número 273/2010 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL Nº 1 de OVIEDO en el procedimiento DEMANDA 36/2010, seguidos a instancia de D. Severiano , representado por el Letrado D. JOSÉ RODRIGUEZ VIJANDE, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representados por el LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA PAZ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Severiano presentó demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 273/2010, de fecha treinta y uno de Mayo de dos mil diez.

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

1º.- El demandante Severiano nacido el 7 de Noviembre de 1945 fue alta en el Régimen General de la Seguridad Social en fecha 01-02-1973, en el que figura afiliado con el nº NUM000 , prestando sus servicios para la empresa TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. desde el 11-12-1974 hasta el 27-12-1998, fecha en la que causó baja acogiéndose al programa de prejubilación vigente hasta el 31-12-98, pasando desde el 28-12-98 hasta el 07-11-99 a la situación de Convenio especial.

2º.- EL mencionado contrato contenía las siguientes estipulaciones, en lo que aquí interesa:

Segunda.- Durante el periodo de prejubilación, es decir, el comprendido entre la fecha de baja y la del cumplimiento de 60 años de edad, el empleado percibirá una renta mensual de carácter fijo, no revisable ni reversible en caso de fallecimiento, de 681.680 pesetas.

Cuarta.- También durante el periodo de prejubilación y siempre que acredite haber suscrito Convenio Especial con la Seguridad Social, Telefónica S.A. reintegrará al empleado el importe de las cuotas satisfechas, previa presentación, con la periodicidad que la norma reguladora de la materia establezca, de los documentos que justifiquen el pago....

Quinta.-Durante el periodo de jubilación anticipada, es decir, el comprendido entre los 60 años y la fecha en que cumpla 65, el empleado percibirá una renta mensual fija, no revisable ni reversible en caso de fallecimiento, equivalente al 37,56 % del salario regulador establecido en la estipulación segunda, actualizado en la parte correspondiente al sueldo y complemento por cargo, en función de los incrementos salariales que se pacten en convenio.

3º.- En cumplimiento de los acuerdos alcanzados, el demandante percibió las siguientes cantidades:

Desde el 11-07 hasta el 12-07.....5356,30 euros

Desde el 01-08 hasta el 12-08.....37044,48 euros

Desde el 01-09 hasta el 10-09.....30992,90 euros

4º.- El 5 de noviembre de 2009 el actor solicitó del INSS la jubilación en aplicación de la *Ley 40/2007 al acreditar más de 64 años y 13.429 días cotizados.*

Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 11-11-2009 se denegó la jubilación por no haber cumplido los 65 años de edad en la fecha del hecho causante de la pensión ya que no puede acceder a la jubilación anticipada en virtud de obligación empresarial adquirida mediante contrato individual de prejubilación, al no haberse producido el necesario desarrollo reglamentario de dicha modalidad de jubilación anticipada.

5º.- Disconforme el actor interpuso Reclamación Previa, la cual fue expresamente desestimada por Resolución de 18-12-09 con la siguiente argumentación:

"Que es causa común de denegación de la pensión de jubilación anticipada, con menos de 65 años no acreditando la condición de mutualista, el cese voluntario de la relación laboral que venía prestando en la empresa Telefónica de España S.A. el día 27-12-98 y posterior suscripción de un convenio especial cuando se pretende hacer valer el carácter involuntario del referido cese basado en un contrato individual de prejubilación que cumple las condiciones estipuladas en el *art. 161 bis, apartado 2 de la LGSS* ya que hasta el día de hoy no se ha producido desarrollo reglamentario, como genéricamente prevé la *disposición final segunda LMSS*, que determine cuando esa inexistencia de acuerdo colectivo puede suplirse con acuerdo individual y permita su adecuada aplicación....."

6º.- La base reguladora de las prestaciones se fija en 3.166,20 euros mensuales.

7º.- En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "FALLO: Que estimando íntegramente la demanda formulada por D. Severiano contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social debo DECLARAR Y DECLARO el derecho del demandante a acceder a la jubilación anticipada, condenando a las entidades demandadas a estar y pasar por tal declaración, y en consecuencia a reconocer y abonar al demandante las correspondientes prestaciones sobre una base reguladora de 3.166,20 euros mensuales y en el porcentaje del 93%, con las correspondientes mejoras y revalorizaciones, con efectos al 8 de Noviembre de 2.009."

Con fecha quince de junio de dos mil diez se dictó auto aclaratorio de la mencionada sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Examinada de hecho la sentencia se aprecia la necesidad de aclararla en el sentido que a continuación se dice: en el hecho probado sexto y en fallo de la sentencia "donde dice la base reguladora de las prestaciones se fija en la cantidad de 3.166,20# mensuales" "debe decir la base reguladora de las prestaciones se fija en la cantidad de 2.650,02# mensuales", manteniendo el resto de pronunciamiento en el mismo sentido."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social 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 16 de julio de 2010.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 6 de octubre de 2010 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 93%, con efectos al 8 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 abonó 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 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 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 último 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 último 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 31 de mayo de 2010 por el Juzgado de lo Social número uno de Oviedo , en los presentes autos seguidos sobre pensión de jubilación en virtud de demanda promovida por D. Severiano contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, 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.

Si el recurrente fuese la Entidad Gestora condenada, deberá presentar en la Secretaría de esta Sala, al momento de preparar el recurso, certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del mismo.

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.