

Id Cendoj: 28079140012008100302
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3898/2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MARIANO SAMPEDRO CORRAL
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x PREJUBILACIÓN POR NEGOCIACIÓN COLECTIVA x
- x DISCRIMINACIÓN POR EDAD x
- x COEFICIENTES REDUCTORES (JUBILACIÓN) x
- x JUBILACIÓN ANTICIPADA x

Resumen:

La cuestión litigiosa resuelta en esta sentencia se refiere a la existencia de discriminación en la aplicación de reglas de acreditación de la involuntariedad del cese y de coeficientes reductores distintos a los trabajadores que se jubilan a los 60 años habiendo estado afiliados al Mutualismo Laboral antes del año 1967, y a quienes lo hacen a los 61. La Sala reiterando doctrina previa advierte que entre uno y otro sistema de jubilación anticipada existían diferencias sustanciales particularmente en dos extremos: el relativo a la edad en la que la pensión puede solicitarse, que es de 60 años en la jubilación histórica y 61 en la ordinaria; y el que se refiere a las prejubilaciones que son consecuencia de acuerdo colectivo, a los que expresamente se les disciplina como los ceses involuntarios en la anticipación regulada por el art. 161.3 LGSS, en tanto que por falta de regulación tienen el tratamiento que deriva de su voluntariedad en el régimen de la Disposición Transitoria Tercera. Diferencia de tratamiento que no puede ser atribuida a mera omisión del legislador, sino a una voluntad de establecer diferencias.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Febrero de dos mil ocho.

Vistos los presentes autos, pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada en fecha 18 de julio de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de Suplicación núm. 2827/2005, interpuesto por D. Jose María contra la sentencia dictada en 27 de octubre de 2004 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Gerona en los autos núm. 370/2004 seguidos a instancia del ahora recurrido, sobre jubilación contributiva. Es parte recurrida D. Jose María, representada por el Letrado D. JAUME CORTES IZQUIERDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. MARIANO SAMPEDRO CORRAL

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Gerona, contenía como hechos probados: "PRIMERO.- El actor, Jose María, con DNI NUM000, nacido el 26.1.44, afiliado a la seguridad social con el nº NUM001, prestó sus servicios profesionales para la entidad **Telefónica de España** desde el 23.12.83 hasta el 31.7.98 (folios 35 y 50 Y expediente administrativo). SEGUNDO. En fecha 1.8.98 el actor firmó con la entidad ocupadora un contrato de prejubilación para trabajadores entre 53 y 54 años, causa baja en la empresa desde el 1.8.98 y en la estipulación se pactaba que: "durante el periodo de jubilación anticipada, es decir, el comprendido entre los 60 y la fecha en que cumpla lso 65, el empleado percibirá una renta mensual fija, no revisable ni revisible en caso de fallecimiento, equivalente al

40% del salario regulador establecido en la estipulación segunda, incrementado, exclusivamente en la parte correspondiente al sueldo base, en el mismo porcentaje que experimente este concepto retributivo por aplicación de sucesivos convenios" (foli 42). TERCERO.- En fecha 4.2.04 el INSS dictó resolución en la cual se reconocía al actor el derecho a percibir una pensión de jubilación por importe líquido de 874,60 euros con un periodo cotizado de 43 años, una base reguladora de 1.601,84 euros y un porcentaje de la pensión del 60% (no controvertido). CUARTO. El actor ante la resolución mencionada puso reclamación previa por entender que el porcentaje de la base reguladora no tenía que ser del 60% sino del 70%, el INSS resuelve el día 10.3.04 y desestima la solicitud sobre la base de considerar que el cese del actor en la empresa citada fue voluntario y que la jubilación anticipada se obtuvo cuando el actor contaba con 60 años. (No controvertido). ". El Fallo de la misma sentencia es el siguiente: "Decido desestimar la demanda formulada por Jose María y absolver al demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de las pretensiones que contiene con todos los pronunciamientos favorables".

SEGUNDO.- La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia ha mantenido íntegramente el relato de los hechos probados de la sentencia de instancia. El tenor literal de la parte dispositiva de la sentencia de suplicación es el siguiente: "Que, estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Jose María contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Gerona, dictada el día 27 de octubre de 2004 en los autos 370/04, seguidos frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debemos revocar y revocamos la misma y, estimando la demanda inicial, debemos condenar al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL al abono de la pensión de jubilación, ya reconocida al actor, en la suma del 70% de la base reguladora."

TERCERO.- La parte recurrente considera como contradictoria con la sentencia impugnada la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 4 de marzo de 2004 (Rec. 1037/2003); habiendo sido aportada la oportuna certificación de la misma.

CUARTO.- El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo en fecha 31 de octubre de 2006 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala dictada el 25 de septiembre de 2007 , se admitió a trámite el recurso dándose traslado de la interposición del mismo a la parte recurrida personada, por el plazo de diez días, presentándose escrito por la misma alegando lo que consideró oportuno.

SEXTO.- Trasladas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar procedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose día para la votación y fallo que ha tenido lugar el 14 de febrero de 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Según hechos probados de la sentencia recurrida, el demandante había prestado servicios para Telefónica, causando baja al formalizar contrato de prejubilación, por el que la empresa se comprometía a pagarle una renta mensual fija y a ingresar en la Tesorería de la Seguridad Social las cuotas derivadas de la suscripción de un Convenio Especial hasta el cumplimiento de los 60 años. Al cumplir los sesenta años el trabajador solicitó la pensión de jubilación, que el INSS le reconoce, en atención a haber cotizado 43 años, aplicando un coeficiente reductor del 8% por cada año que le falta para cumplir los sesenta y cinco (coeficiente reductor del 40%). El trabajador-beneficiario impugna esta resolución y pretende el reconocimiento de una pensión. del 70% de la base reguladora, equivalente a la aplicación de un coeficiente reductor del 6% en razón a tener cuarenta años cotizados, y ello por aplicación del *artículo 161.3º LGGS* en relación con la *Disposición Transitoria Tercera, norma 2ª, apartado 1º* de este mismo cuerpo legal, y ante la consideración de que lo contrario atenta contra el principio de igualdad.

Frente a la sentencia desestimatoria de instancia interpone el trabajador recurso de suplicación, que es estimado, reconociéndole una pensión del 70% de la base reguladora. Sostiene el Tribunal en la sentencia ahora recurrida, que la voluntad del legislador no pudo ser establecer un trato diferente entre quien se jubila, siendo mutualista en 1967, a los 60 años previa prejubilación y quien lo hace a los 61 sin ser mutualista y procediendo igualmente de un cese por prejubilación, de modo tal que debe entenderse que quien era mutualista puede jubilarse a la edad que la *Disposición Transitoria Tercera LGGS le autoriza (60 años) si cumple el requisito del arto 163.3 .d)* párrafo segundo (abono por el empresario durante al menos dos años después de la extinción de un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera 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 de la Seguridad Social).

2.- Contra esta sentencia interpone el INSS el presente recurso de casación, sosteniendo que la aplicación de los porcentajes del *artículo 161.3 LGSS* exige que el trabajador tenga cumplidos 61 años, mientras que el actor tiene sólo 60, y alega, como sentencia contraria, la pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón el día 4 de marzo de 2004 (R 1037/2003). En este caso, el trabajador también había prestado servicios para Telefónica y había causado baja por prejubilación, asumiendo igualmente la empresa el pago de una renta mensual y los costes del Convenio Especial con la Seguridad social hasta cumplir 60 años. Al alcanzar dicha edad el trabajador solicita pensión de jubilación al INSS, reconociéndole la entidad gestora pensión del 60% de la base reguladora, al acreditar 40 años de cotización y 60 años de edad. Frente a esta resolución interpone primero reclamación previa y luego demanda ante el juzgado de lo social, que estima su pretensión reconociéndole el derecho a percibir una pensión del 70% de la base reguladora.

Contra esta sentencia interpone recurso de suplicación el INSS. En la sentencia que resuelve este recurso, el Tribunal resalta que el actor se jubiló con 60 años, "lo que obliga a concluir la inaplicabilidad del arto 161.3 de la LGSS, debiendo aplicar el porcentaje de reducción del 8% anual previsto en la *disposición transitoria tercera, 1.2ª* de la LGSS para los supuestos, como el de autos, en los que el cese en el trabajo fue voluntario, sin que ello conlleve la vulneración del arto 14 de la Constitución, pues no hay un término de comparación homogéneo ni con los trabajadores que se jubilan a los 61 años (y se les aplica el arto 161.3 de la LGSS). ni con los que cesaron en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador (*ex disposición transitoria tercera 1.2ª, párrafo segundo* de la LGSS)".

3.- A tenor de lo expuesto, es evidente que los supuestos de las sentencias objeto de comparación son substancialmente iguales y, sin embargo, siendo la misma normativa aplicable, recaen pronunciamientos de signo contrario. Se cumplen por consiguiente entre la sentencia recurrida y la citada como contradictoria, los presupuestos exigidos por el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral*, por lo que al haberse cumplido también los requisitos de relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada y denuncia motivada de los preceptos legales que se estiman infringidos, procede resolver el debate planteado.

SEGUNDO.- El problema litigioso ha sido ya resuelto por esta Sala en Sentencia de 23 de mayo de 2006 (Recurso 1043/2005) y por otras muchas (entre otras, sentencia de 6 de junio de 2007, Recurso 3040/2006). A tenor de las citadas sentencias de esta Sala, que guardan armonía con la sentencia contraria:

1.- la citada *Ley 35/2002 incluye un nuevo apartado 3 en el artículo 161* del Texto Refundido de la Seguridad Social aprobado por *Real Decreto Legislativo 1/1994*, expresivo de que: "3. Podrán acceder a la jubilación anticipada, los trabajadores que reúnan los siguientes requisitos: a) Tener cumplidos los sesenta y un años de edad, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el apartado anterior. b) Encontrarse inscritos en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación. c) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. d) Que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador, la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Los requisitos exigidos en los apartados b) y d) no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y durante al menos los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo anual, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera 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 los casos de acceso a la jubilación anticipada a que se refiere este apartado, la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir los sesenta y cinco años, de los siguientes coeficientes: 1º Con treinta años completos de cotización acreditados: 8 por 100. 2º Entre treinta y uno y treinta y cuatro años completos de cotización acreditados: 7,5 por 100. 3º Entre treinta y cinco y treinta y siete años completos de cotización acreditados: 7 por 100. 4º Entre treinta y ocho y treinta y nueve años completos de cotización acreditados: 6,5 por 100. 5º Con cuarenta o más años completos de cotización acreditados: 6 por 100".

Según este *precepto, para que se aplique el coeficiente reductor del 6'5 por cien*, son necesarios entre otros los siguientes requisitos: 1) tener cumplidos 61 años de edad; 2) que el cese en el trabajo no sea

voluntario. Este segundo requisito no es exigible "en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y durante al menos los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo anual, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera 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". Por tanto, a tenor del sentido literal del precepto legal, no cabe la aplicación del pretendido coeficiente reductor si el trabajador no cumple el requisito de tener cumplidos 61 años de edad al solicitar la jubilación.

2.- La modificación introducida por citada *Ley 35/02, de la norma segunda del apartado 1 de la Disposición Transitoria Tercera* del Texto Refundido de la Seguridad Social se ha redactado en los siguientes términos: "En los supuestos de trabajadores que, cumpliendo los requisitos señalados en el apartado anterior, y acreditando más de treinta años de cotización, soliciten la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, en virtud de causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, el porcentaje de reducción de la cuantía de la pensión a que se refiere el párrafo anterior será, en función de los años completos de cotización acreditados, el siguiente: 1º Entre treinta y uno y treinta y cuatro años acreditados de cotización: 7,5 por 100. 2º Entre treinta y cinco y treinta y siete años acreditados de cotización: 7 por 100. 3º Entre treinta y ocho y treinta y nueve años acreditados de cotización: 6,5 por 100. 4º Con cuarenta y más años acreditados de cotización: 6 por 100. A estos efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador, la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decida poner fin a la misma".

Este precepto tampoco permite la aplicación del coeficiente reductor que se postula en el supuesto de autos, por cuanto en su redacción no se introdujo la cláusula que exonera del requisito de no voluntariedad que si aparece recogida en el antes transcrito *apartado tres del artículo 161 de la Ley General de la Seguridad Social*.

3.- Como afirma la repetida sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 2006 "si bien es cierto, que la *Disposición Adicional Segunda de la Ley 52/03, de 10 de diciembre*, da una nueva redacción tanto al *artículo 161*, como a la *Disposición Transitoria Tercera* del Texto Refundido, haciendo que ambos preceptos es este particular sean literalmente idénticos, expresando que «A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Se presumirá que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el *artículo 208.1.1 de esta Ley*». Es de tener en cuenta que la citada *Ley* no establece normas subsanadoras con un contenido retroactivo, como sería necesario en el caso de haber apreciado el legislador que la *Ley 35/02* ha incurrido "en un evidente olvido de la particular regulación de la jubilación anticipada de quienes eran mutualistas, por no hallarse sistemáticamente incluida en el *precepto general, sino en una regla transitoria*" y, es relevante señalar que *mantiene el párrafo 2º del artículo 161.3.d)* y, el contenido de este párrafo 2º no se introduce en la modificación dada a la norma segunda del *apartado uno de la Disposición Transitoria Tercera*, por lo que para la aplicación de esta Disposición se requiere que el cese en el trabajo sea "en virtud de causa no imputable a la libre voluntad del trabajador", con lo que decae el argumento antes indicado de la sentencia combatida."

4.- La interpretación que antes se realiza no viola, como se afirma en la anterior sentencia el *artículo 14 de la Constitución Española en la regulación de la Ley 35/02*, porque no comporta vulneración del principio de igualdad, pues establece trato distinto a situaciones distintas y, éstas lo son porque se tiene en cuenta la afiliación o no al Mutualismo laboral con anterioridad al 1 de enero de 1967, lo que determina que el coeficiente reductor varía no solo en función de los años de cotización sino también en función de los años cumplidos en la fecha de jubilación, lo que viene impuesto por tratarse de distintos regímenes de Seguridad Social, el del Mutualismo laboral cuyos derechos adquiridos se conservan y el posterior instaurado por la *Ley 193/1963, de 28 de diciembre*, de bases de la Seguridad Social. Por ello se recogen dos regímenes o sistemas diferentes y con requisitos distintos en cuanto a la jubilación anticipada: 1) cuando se tiene la edad de 60 años y se trata de afiliados al Mutualismo Laboral con anterioridad al 1 de enero de 1967 en cuyo caso cabe acceder a la jubilación anticipada por la vía de la aplicación del derecho transitorio, que se mantiene en su regulación actual y por tanto se exige que el cese no sea voluntario (*Disposición Transitoria Tercera*) y, 2) cuando se ha cumplido la edad de 61 años y se aplica lo establecido en el *artículo 161.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, que a diferencia del anterior supuesto, dispensa del requisito de no voluntariedad en el cese en el trabajo, cuando en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, el empresario en virtud de una obligación adquirida mediante acuerdo colectivo haya abonado al trabajador una cantidad que en computo

anual represente un importe mensual determinado."

En este sentido dice la Exposición de Motivos que "Junto al señalado objetivo de propiciar una permanencia en la actividad del trabajador, también se contiene en el citado Acuerdo el propósito de reformular las condiciones de acceso a la jubilación anticipada, de manera que, por un lado, se mantenga en su regulación actual el acceso, por aplicación de derecho transitorio, a la jubilación a partir de los sesenta años y, por otro, puedan acceder a la jubilación anticipada, a partir de los sesenta y un años, los trabajadores afiliados a la Seguridad Social con posterioridad a 1 de enero de 1967, siempre que reúnan determinados requisitos, tales como un período mínimo de cotización de treinta años, involuntariedad en el cese, inscripción como desempleado por un plazo de, al menos, seis meses e inclusión en el campo de aplicación de determinados regímenes del sistema de la Seguridad Social. En uno y otro de los dos supuestos enunciados, se ha de proceder a la equiparación de los coeficientes reductores aplicables por razón del anticipo de la edad de jubilación".

TERCERO.- En virtud de lo expuesto procede estimar el recurso y casar y anular la sentencia recurrida. Ello conduce a resolver la cuestión litigiosa en los términos planteados en suplicación, lo que implica la desestimación de tal recurso y la confirmación de la sentencia de instancia, absolviendo al INSS de la pretensión frente al mismo formulada. Sin costas, a tenor de lo preceptuado en el *artículo 233.1 LPL* .

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 UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada en fecha 18 de julio de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de Suplicación núm. 2827/2005. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, lo que conduce a la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por el demandante y a la confirmación de la sentencia de instancia, absolviendo al INSS de la pretensión frente al mismo formulada. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente ,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. Mariano Sampedro Corral hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.