

Id Cendoj: 15030340012009105513
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Coruña (A)
Sección: 1
Nº de Recurso: 3500/2006
Nº de Resolución: 5514/2009
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: ALICIA CATALA PELLON
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

JUBILACIÓN

RECURSO SUPPLICACION 0003500 /2006CG

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS D./Dña.

EMILIO FERNANDEZ DE MATA

PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

ALICIA CATALÁ PELLÓN

A CORUÑA, treinta de noviembre de dos mil nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación número 0003500 /2006 interpuesto por María Virtudes contra la sentencia del

JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de A CORUÑA siendo Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D/Dña. ALICIA CATALÁ PELLÓN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por María Virtudes en reclamación de JUBILACION siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 0000857 /2003 sentencia con fecha veintiocho de Abril de dos mil seis por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

Primero.- La actora Dña. María Virtudes suscribió un contrato de prejubilación con la empresa TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. al amparo del sistema establecido en la *cláusula 4, apartado 1 .A del Convenio Colectivo 1.997- 1998. Segundo .-* Dentro del citado sistema el actor se acogió al previsto para los empleados fijos de plantilla en activo que hayan cumplido 55 años y no alcancen los 60, causando baja en la empresa el día 2 de enero de 1998. En dicho contrato de prejubilación se estipula que, en tanto perviva la situación de prejubilación la actora percibirá la cantidad pactada en forma de renta mensual. También se estipula en dicho contrato que la actora, a partir de la baja, suscribirá Convenio Especial con la Seguridad

Social del que Telefónica asumirá su coste hasta que la beneficiaria alcance los 60 años, con las compensaciones económicas que en el contrato se señalan. Además la actora se compromete en ese contrato a no realizar, durante el período de prejubilación, actividad alguna que suponga competencia con las que realiza Telefónica o las empresas de su grupo. Tercero.- Al cumplir los 60 años, la actora presentó solicitud de jubilación y recayó resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 05/08/2002 que le reconocía el derecho a la misma en la cuantía mensual resultante de aplicar el 60 % a la base reguladora, fijada en 1.453,03 euros. En fecha 21/08/02 la actora formuló reclamación previa interesando que el porcentaje se eleve al 70% de la base reguladora, reclamación que fue desestimada por resolución de fecha 18/09/2002. Formulada demanda en vía judicial, la pretensión fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de esta ciudad, de fecha 15 de mayo de 2003 . En escrito de fecha 09/07/2003 -fecha de entrada en el Registro de la Delegación del Gobierno 10/07/2003- la actora solicitó de nuevo ante el INSS que el porcentaje aplicado fuera el del 70% de la base reguladora, con efectos del 03/08/2002, por aplicación de la *Ley 25/2002, de 12 de julio*. Esta solicitud fue desestimada por resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 05/08/2003 (fecha de registro de salida 08/08/2003). La actora formuló reclamación previa, reproduciendo sus pretensiones, en escrito de fecha 04/09/2003, que fue desestimada por resolución de la Dirección Provincial del INS 5 en A Coruña de fecha 01/10/2003 (con fecha de registro de salida 08/10/2003). A la actora le fueron computados un total de 42 años cotizados en el momento de serle reconocida la jubilación. La solicitud de jubilación tiene fecha de entrada en el INSS de 17 de julio de 2002, dos días después de la entrada en vigor de la *Ley 3 5/2002*. Cuarto.- El *Convenio del año 1.997* recoge en su *cláusula 4* lo siguiente: "1. Medidas para la adecuación de plantillas: A) Para posibilitar la consecución de los objetivos de adecuación de plantilla a las necesidades con medidas de carácter estrictamente voluntario, se acuerda el mantenimiento de las ya acordadas en el *Convenio Colectivo 1996* y en concreto: Bajas incentivadas. Ofertas a la plantilla de empleo en las empresas del grupo. Prejubilaciones. Jubilaciones anticipadas. Las condiciones establecidas para cada una de estas medidas serán, igualmente, las pactadas en el *Convenio Colectivo 1996, cláusulas 5 y 6*, con excepción de las prejubilaciones que quedan de la siguiente forma: a) Podrán acogerse a la prejubilación los empleados fijos y en activo a partir de los cincuenta y siete años de edad, previa solicitud de baja en la empresa y aceptación de la misma, para enlazarla con la jubilación anticipada al cumplir los sesenta años de edad. Además, durante 1997 podrán acogerse a la prejubilación los empleados fijos y en activo a partir de los cincuenta y cinco años, previa solicitud de baja en la empresa cuya fecha de efectividad será determinada en función de las necesidades del servicio, para enlazarla con la jubilación anticipada al cumplir los sesenta años de edad. La Dirección de la empresa y la representación de los trabajadores estudiarán y acordarán la conveniencia de prorrogar esta medida durante 1998." Quinto.- Por su parte la *cláusula 5 del convenio de 1.996 que sirve de base para la medida adoptada señala*. "1 . Garantía de empleo: La Dirección de la empresa garantiza que la reorganización del trabajo por causas de innovaciones tecnológicas o técnicas no podrá ser causa de baja en la empresa. En este sentido continuará el desarrollo de acciones concretas conducentes a dar solución a los excedentes de plantilla que surjan en cualquier grupo laboral, previa concertación con la representación de los trabajadores. Además de la garantía anteriormente expresada, para consolidar la estabilidad del empleo, se plantean los dos objetivos siguientes: 1. El compromiso por parte de la Dirección de la empresa de recuperar el máximo de actividades y, sobre todo, la incorporación de nuevos servicios que permitan absorber potenciales excedentes. En cualquiera de los dos casos los criterios de valoración han de cumplir siempre con los principios de eficiencia que enmarcan las decisiones de la compañía en todos los planes de actuación. 2. Ambas partes se comprometen a poner en marcha los instrumentos procedimentales suficientes para garantizar al máximo la redistribución de los potenciales excedentes, teniendo en cuenta la problemática global de los grupos o subgrupos laborales afectados. Por otra parte, para posibilitar que la consecución de la plantilla objetivo prevista para la fecha de finalización de la vigencia de este Convenio se realice con medidas de carácter estrictamente voluntario, ambas partes acuerdan, además de las recogidas en la cláusula de previsión social, las siguientes a aplicar durante la vigencia del mismo: ..." Sexto.- Las presentes actuaciones reúnen la condición de notoriedad exigida para recurrir en suplicación.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que desestimando la demanda formulada por doña María Virtudes , confirmo en todos sus extremos la resolución impugnada, y en consecuencia debo absolver y absuelvo a la Entidad demandada INSS de las pretensiones de la parte actora.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social n^o 1 de A Coruña, en fecha 28 de abril de 2006, dictó Sentencia , en autos número 857/2003, desestimando la demanda promovida por la actora contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en la que solicitaba de la Entidad Gestora que incrementara el porcentaje del 60 al 70% de la base reguladora de su pensión de jubilación, siendo prejubilada de la empresa Telefónica de España S.A., al amparo de la *cláusula cuarta 1^o A del Convenio Colectivo 1997-1998* y habiendo formulado la solicitud con posterioridad a la entrada en vigor de la *Ley 35/2002, de 12 de julio* , de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

Frente a tal pronunciamiento, recurre en suplicación la demandante solicitando, al amparo de la *letra b) del artículo 191 de la LPL* la revisión de hechos probados, y conforme autoriza la letra c) del mismo precepto, el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas.

SEGUNDO.- En sede de error in facto, se interesa la adición de un nuevo hecho probado, numerado como "Séptimo" y redactado como a continuación se expone: "Doña María Virtudes , en los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de su jubilación anticipada, es decir en el periodo del 3 de agosto de 2000 al 3 de agosto de 2002, percibió de la empresa Telefónica, en virtud del contrato de prejubilación firmado el 2 de enero de 1998 y a través de la Compañía aseguradora Antares, las siguientes cantidades anuales: 26954.88 euros en concepto de renta de prejubilación y 5997.29 euros en concepto de cuotas del Convenio Especial con la Seguridad Social, lo que totaliza la cantidad de 32952.17 euros cada uno de esos dos años. Por su parte al actor le hubiese correspondido en concepto de prestación desocupacional anual durante aquel bienio la cantidad de 9732.48 euros anuales (límite máximo de dicha prestación para casado sin hijos a cargo) y además tuvo que pagar 5997.29 euros en concepto de cuotas de Seguridad Social por el Convenio Especial firmado, lo que totaliza la cantidad de 15729.77 euros cada uno de los dos años".

La pretensión revisoria se sustenta, por lo que respecta a la cantidad percibida anualmente en concepto de renta de prejubilación, 26954.88 euros, en la *cláusula tercera del contrato de prejubilación (folios 44 y 45)* y en los justificantes del cobro de la renta asegurada (folios 51 a 73).

En lo que se refiere a la cantidad percibida por la empresa en concepto de cuotas del Convenio Especial de la Seguridad Social, esto es, 5997.29 euros, en la cláusula cuarta del contrato y en el *Convenio Especial (folios 48 a 50)* , así como en los recibos de pago de dichas cuotas (folios 37 al 41) y finalmente, se apoya el recurrente, para justificar la cantidad de 9732.48 euros en concepto de prestación por desempleo a la que tendría derecho, en la certificación de empresa (folio 43) y para soportar la adición de la cantidad abonada en concepto de cuotas del Convenio de Seguridad Social en el *Convenio Especial (folios 48 a 50) y recibos del pago de las cuotas (folios 37 al 41)* .

El motivo no se estima, porque no solo las cantidades indicadas no se obtienen de forma patente de la documentación indicada, sino sobre todo, porque carece de trascendencia para variar el signo del fallo.

TERCERO.- La denuncia jurídica formulada por el actor se centra, en la vulneración que entiende, se produce en la Sentencia recurrida, del contenido del *artículo 161.3 de la LGSS* , *Disposición Transitoria 3^o 1, 2^a* de la LGSS, citando la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 14 de enero de 2005 (Recurso de suplicación número 4152/2003).

La cuestión planteada, debemos resolverla, de forma idéntica, a como lo ha sido por esta misma Sala de lo Social, en Sentencia de 10 de febrero de 2009 (Recurso de suplicación n^o 6175/2005) y en la más reciente de 25 de septiembre de 2009 (Recurso de suplicación n^o 2609/2006), dictada en supuestos idénticos: Trabajadores que suscribieron contratos de prejubilación con Telefónica de España S.A., al amparo del sistema establecido en la *cláusula 4, apartado 1 A del Convenio Colectivo 1.997- 1998* .

El Juzgador de instancia declara probado que (2^o HDP) "Dentro del citado sistema, el actor se acogió al previsto para los empleados fijos de plantilla en activo que hayan cumplido 55 y no alcancen los 60, causando baja en la empresa el día 2 de enero de 1998. También se estipula e en dicho contrato que la actora, a partir de la baja, suscribiría Convenio Especial con la Seguridad Social del que Telefónica asumirá su coste hasta que alcance los 60 años, con las compensaciones económicas que en el contrato se señalan. Además la actora se compromete en ese contrato que no realizar durante el periodo de prejubilación, actividad alguna que suponga competencia con las que realiza Telefónica o las empresas de su grupo", interesando la demandante, al igual que los otros dos anteriores el reconocimiento de la pensión de jubilación con un porcentaje del 70% de la base reguladora por aplicación de la *Ley 35/2002* , teniendo entrada la citada solicitud, cuando dicha Ley estaba en vigor".

Esto es, al igual que en los dos asuntos antes enjuiciados ya por esta Sala de lo Social, nos

encontramos con una trabajadora de la empresa Telefónica, hasta el 2 de enero de 1998, fecha en la que causó baja en la citada entidad, mutualista antes del 1 de enero de 1967, que se acogió al sistema de prejubilación suscribiendo contrato de prejubilación, percibiendo una renta mensual y una renta asegurada, más el coste del Convenio Especial con la Tesorería General de la Seguridad Social, con efectos desde la baja hasta la jubilación.

Y el caso debe resolverse de forma idéntica, por razones de elemental seguridad jurídica, a como lo hicimos tanto en la Sentencia de de 10 de febrero de 2009, como en la de 25 de septiembre de 2009 , en las que hicimos alusión a la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 23 mayo 2006 (Recurso número 1043/2005), que casando la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que indica el recurrente en su recurso, razonábamos (y aquí, optamos por reiterar la argumentación contenida en la de 25 de septiembre, no solo por ser más reciente, sino porque la trabajadora en nuestros autos, causó baja en la misma fecha exacta a la que se recoge en la Sentencia), que "... el motivo, sin embargo, no prospera. Y no prospera porque desde hace años el Tribunal Supremo viene declarando con relación a supuestos sustancialmente idénticos (trabajadores de telefónica prejubilados) al que aquí nos ocupa lo que sigue: "A tenor de[art. 161.3 LGSS] para que se aplique el coeficiente reductor ... 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 ..., dado que el trabajador no cumple el requisito de tener cumplidos 61 años de edad al solicitar la jubilación. En lo que se refiere a 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 antes citada de la Seguridad Social que queda 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 ... 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 " ... Tampoco cabe estimar que exista violación del 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 varia 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" (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2007 [rec. núm. 3044/2006]).

Y de manera más resumida se manifiesta más recientemente ese mismo Tribunal afirmando: "La cuestión controvertida ha sido resuelta ya por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 23 de mayo de 2006 (rec. 1043/2005), a la que han seguido otras, entre ellas STS 6-6-2007 (rec. 3040/2006), STS 17-7-2007 (rec. 4900/2006) y STS 20-9-2007 rec. 3520/2006) que se han inclinado por la solución aportada por la sentencia recurrida. El razonamiento en que se apoya la decisión adoptada en estas sentencias se puede expresar en los siguientes términos, que reproducen los de la sentencia citada en último lugar: 1) el supuesto de jubilación anticipada voluntaria a los sesenta años por haber pertenecido al antiguo Mutualismo Laboral (afiliados al Mutualismo laboral en 1 de enero de 1967) es distinto al supuesto de jubilación anticipada por desempleo prolongado regulado en el *art. 161.3 LGSS.*; 2) dichos distintos supuestos de jubilación anticipada se diferencian en el título de atribución ("derecho adquirido" en el primero y dificultad de recolocación en el segundo), en la edad pensionable (sesenta y sesenta y un años, respectivamente) e incluso en la cotización mínima exigible para las escalas de coeficientes reductores bonificados o más favorables (treinta y un años para el supuesto de jubilación anticipada de antiguos mutualistas y treinta años para jubilación anticipada de asegurados en situación de desempleo prolongado); y 3) tales diferencias de regulación no son discriminatorias para los jubilados por pertenencia al antiguo mutualismo laboral. A la argumentación anterior conviene añadir, como se recuerda en STS 23-5-2006 (citada), que el juicio de discriminación con fundamento constitucional, cuando contraría como ocurre en el caso lo expresamente previsto en la Ley, no puede efectuarse directamente por el Juez, sometido "al imperio de la Ley" (*art. 117.1 Constitución*). Si se entiende que una norma legal vulnera el *art. 14* de la Constitución, el órgano judicial debe plantear al Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad para que éste la resuelva (*art. 163 Constitución*)" (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 [rec. núm. 80/2007])"

Por todo lo expuesto, el recurso no prospera, con la consecuente confirmación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de instancia.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por la representación Letrada de la actora contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de A Coruña, en fecha 28 de abril de 2006 , en autos número 857/2003, que confirmamos íntegramente en todos los pronunciamientos que contiene.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para unificación de doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 218 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral* Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.