

Id Cendoj: 28079340032009100393  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 2532/2009  
Nº de Resolución: 932/2009  
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION  
Ponente: EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA  
Tipo de Resolución: Sentencia

RSU 0002532/2009

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 003(C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

N.I.G: 28079 34 4 2009 0033810, MODELO: 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002532 /2009

Materia: MATERIAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Recurrente/s: Felicísimo

Recurrido/s: TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL TGSS, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL INSS , TELEFONICA DE

ESPAÑA SAU TELEFONICA

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 22 de MADRID de DEMANDA 0000665 /2008

**Sentencia número: 932/09-MH**

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

En MADRID a veintiocho de Octubre de dos mil nueve, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 003 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, 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 2532 /2009, formalizado por el Letrado D<sup>a</sup>.BEATRIZ SANTAPOLONIA FUENTES, en nombre y representación de D. Felicísimo , contra la sentencia de fecha 15-1-09 , dictada por el JDO. DE LO SOCIAL nº22 de MADRID en sus autos número 665/2008, seguidos a instancia de D. Felicísimo frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL INSS, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL TGSS, en reclamación por mejora de pensión de jubilación anticipada, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- E1 actor D. Felicísimo , formaliza con la empresa "Telefónica de España S.A.", en fecha de 3 de abril de 1995, un contrato de prejubilación, por medio del cual se acoge al sistema de prejubilación previsto para los empleados fijos de plantilla en activo que tengan cumplidos 58 años de edad y no hayan alcanzado los 60 años, causando baja en la empresa el día 3.4.1995.

El actor durante el período de prejubilación ha venido percibiendo una compensación económica, prevista en la estipulación tercera del contrato, a cargo de la compañía de Seguros de Vida y Pensiones Antares S.A.

SEGUNDO.- Al cumplir la edad de 60 años, el actor solicita del INSS la pensión de jubilación anticipada.

Mediante Resolución del INSS de fecha 12.3.1996 se le reconoce la pensión solicitada, con los siguientes datos:

Base Reguladora: 293.782 pesetas/mes. Porcentaje: 60%.

Fecha de efectos económicos: 3.3.1996.

TERCERO.- Como consecuencia de la entrada en vigor de la *Ley 40/2007 de 4 de diciembre* , de medidas en materia de Seguridad Social, al amparo de lo dispuesto en la *Disposición Adicional Cuarta* , el actor solicitó ante el INSS, la mejora de pensión de jubilación, referida en la citada norma.

CUARTO.- Mediante Resolución del INSS de fecha 3.4.2008 se deniega la solicitud del actor por los siguientes motivos:

"Por no haberse extinguido el contrato de trabajo del que derivó el acceso a la jubilación anticipada por una causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, comprendida entre los supuestos recogidos en el artículo 208.1.1. del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio , requisito exigido por el apartado l.b) de la *Disposición adicional cuarta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre* , de medidas en materia de Seguridad Social".

QUINTO.- No mostrándose conforme con dicha resolución interpuso la preceptiva reclamación previa que le ha sido desestimada mediante Resolución del INSS de fecha 5.6.2008.

SEXTO.- El actor solicita en el presente litigio el derecho a percibir una mejora en la pensión de jubilación anticipada que tiene reconocida consistente en un incremento de 63 Euros/mes, en 14 pagas, con efectividad desde el 1.1.2007, de conformidad con la *Disposición Adicional Cuarta de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre* .

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

Que desestimando la demanda interpuesta por D. Felicísimo , contra INSS, TGSS y TELEFONICA DE

ESPAÑA S.A., en materia de Seguridad Social, debo absolver y absuelvo y absuelvo a las entidades gestoras y empresa demandas de las pretensiones en su contra ejercitadas por el actor en su escrito de demanda.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por el Letrado D<sup>a</sup>.BEATRIZ SANTAPOLONIA FUENTES, en nombre y representación de D. Felicísimo , siendo impugnado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación de INSS, TGSS y por el Letrado D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del los Angeles Ludeña Muñoz en nombre y representación de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 7-5-09 dictándose las correspondientes y subsiguientes decisiones para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 20-10-09 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, desestimó la demanda en la que se solicitaba el reconocimiento del derecho a percibir la mejora de la pensión de Jubilación, consistente en el incremento de su cuantía conforme a la *Disposición Adicional Cuarta de la Ley 40/2007, con efectos de Enero de 2007* o subsidiariamente, con efecto de los tres meses anteriores a la solicitud de dicha mejora por el actor, así como las mejoras y revalorización y, en su caso, coeficientes reductores procedentes y frente a dicho pronunciamiento, interpone recurso de suplicación la representación letrada de la parte actora, bajo el adecuado amparo procesal de los apartados a), b) y c) del *artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, formalizando cinco* motivos, pretendiendo respectivamente, la nulidad de actuaciones por insuficiencia de hechos probados, la modificación del relato fáctico de la sentencia que se combate y la revisión del derecho aplicado.

La Sala, antes de abordar la decisión de las distintas cuestiones planteadas en el recurso, con carácter previo, debe examinar la invocada nulidad de la sentencia por falta de hechos probados, ya que, de estimarse su existencia, daría lugar a declarar la nulidad de la Resolución impugnada.

Denuncia la parte recurrente, la infracción del *artículo 97.2 L.P.L.* en relación con los *artículos 209.4, 216 y 218 de la L.E.C.* por entender que la misma adolece de incongruencia, por insuficiencia de hechos probados para resolver el fondo del asunto.

No son atendibles las imputaciones vertidas, porque la redacción de los hechos probados de la sentencia de instancia, contiene los datos precisos para la resolución de la cuestión planteada y la parte, lo que debe hacer es, si los considera insuficientes, intentar completarlos por la vía del *apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, como se pretende en los tres* siguientes motivos del recurso; la fundamentación jurídica de la sentencia, contiene una versión calificadora de los hechos probados y su valoración como supuesto incardinable en la *Disposición Adicional Cuarta de la Ley 40/2007, de 4 de Diciembre* , de medidas en materia de Seguridad social, en términos de carácter lógico, resulta así cumplida la exigencia del *artículo 97.2 de la L.P.L.*

No cabe admitir esta censura conducente a una razonable nulidad en este caso, porque la sentencia de instancia, resolvió todos los problemas que fueron sometidos a la decisión judicial, cumpliendo tanto el requisito de la congruencia, como el de la motivación, por lo que la revisión de su línea argumental ha de llevarse a cabo en el examen de la cuestión de fondo y, en su caso, por la vía de la revisión fáctica, no habiendo lugar a su anulación, máxime, en supuestos como el presente, en el que la propia recurrente admite que la indefensión podrá ser sanada a través de los motivos que a continuación se indican.

SEGUNDO.- Por la vía del *apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, trata el segundo* motivo de recurso la modificación el relato histórico de la sentencia con la finalidad de adicionar al hecho probado el siguiente texto:

Sistema acordado por el Consejo de Administración de la empresa que enlazaba con el Plan de

Jubilaciones anticipadas establecido para empleados que cumplan 60 años en la Clausula 11 del *Convenio 1993-1995* , por precisar adaptar la plantilla a las necesidades reales y tras recibir la propuesta mediante carta de la Dirección de Recursos Humanos de 27 de febrero de 1995.

El actor durante el período de prejubilación ha venido percibiendo una compensación económica de 2.437,92 # mensuales, prevista en la estipulación tercera del contrato, a cargo de la compañía de Seguros de Vida y Pensiones Antares, S.A., y la empresa le reintegró la cuota del convenio especial con la Seguridad Social de 93,93 # mensuales.

En segundo lugar, pretende el recurrente la modificación fáctica del hecho probado segundo, para adicionar al mismo "acreditaba un tiempo de cotización en esa fecha de 44 años".

Finalmente, en la que a modificaciones fácticas se refiere, se propone la adición un hecho probado séptimo del tenor literal siguiente:

"Del año 1995 al 1998 se acogen en la empresa un total de 11.006 trabajadores al concepto de prejubilaciones para la extinción de sus contratos. En el año 1999 se autoriza, en expediente de regulación de empleo, incoado por la empresa con el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores, la extinción de 10.846 contratos por el período de 1999-2000 de los trabajadores que se acogiesen voluntariamente al plan diseñado por acuerdo de 1 de julio de 1999, consistente en prejubilaciones, jubilaciones anticipadas y bajas incentivadas. Extinguen sus contratos por esos tres conceptos un total de 12.658 trabajadores".

Esta última previsión que, por vía del *artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral*, trata el cuarto motivo de suplicación de incorporar al relato histórico de la resolución impugnada un hecho probado séptimo, es irrelevante para provocar un discurso cuya fuerza de convicción lógico-jurídica desemboque en la reforma del fallo recurrido, al igual que los motivos segundo y tercero; son ciertos los dos primeros hechos que pretende adicionar, si bien, las modificaciones propuestas, carecen de trascendencia en orden a alterar el signo del fallo, de acuerdo con lo que se expondrá más adelante y por ello, falta uno de los requisitos esenciales para su viabilidad.

TERCERO.- Al amparo del *apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral*, se denuncia en el motivo quinto del recurso, infracción de lo dispuesto en la *disposición adicional cuarta, apartado 1.b) de la Ley General de la Seguridad Social* , en su redacción dada por la *Ley 40/2007, por aplicación indebida, en relación con los artículos 208.1.1 y 161 bis, apartado 2 del mismo texto legal, con el artículo 3 del Código Civil* y con el *artículo 14 de la Constitución Española*.

La sentencia de instancia, sin cuestionar que el actor cumple el requisito de cotización mínima de 35 años, razona que la causa de oposición esgrimida por la Entidad Gestora para denegar la mejora de pensión de jubilación contemplada en la *Disposición Adicional Cuarta de la Ley 40/2007, de 4 de Diciembre* , es ajustada a derecho, dado que la extinción de la relación laboral del actor con telefónica de España S.A., en la que el actor prestó servicio hasta el 3.04.195, fue voluntaria, no siendo de aplicación el apartado a b) de la *Disposición Adicional cuarta de la Ley 40/2007, de 4 de Diciembre* de medidas en materia de Seguridad social, para los ceses involuntarios.

Es relevante para resolver la cuestión litigiosa, que en el supuesto enjuiciado, el demandante causó baja en la empresa telefónica de España S.A., el 3 de abril de 1995, en virtud de un contrato de prejubilación, por medio del cual se acoge al sistema de prejubilación previsto para los empleados fijos de plantilla en activo que tengan cumplidos los 58 años de edad y no hayan alcanzado los 60, por tanto, el actor se acogió a unas medidas de adecuación de plantillas unilateralmente ofertadas por la empresa, y de carácter estrictamente voluntaria, falta, por tanto, en la finalización del contrato del acto con la mencionada empresa, el requisito previsto en el *apartado 1.b de la disposición adicional cuarta de la Ley 40/2007, de 4 de Diciembre* , esto es, que la extinción del contrato de trabajo del que hubiera derivado el acceso a la Jubilación anticipada se hubiera producido por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, comprendida entre los supuestos acogidos en el *artículo 208.1.1. del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* y ello porque la relación laboral no se ha extinguido por:

a) En virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.

b) Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, cuando determinen la extinción del contrato de trabajo.

c) Por despido.

d) Por despido basado en causas objetivas.

e) Por Resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los arts. 40, 41.3, 49.1 m) y 50 del Estatuto de los Trabajadores .

f) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador.

g) Por resolución de la relación laboral, durante el período de prueba, a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado, o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción.

La prejubilación anticipada que ofreció la empresa y que el trabajador aceptó en virtud del contrato suscrito entre las partes el 3 de Abril de 1995, en el que el actor se acogió al sistema de prejubilación como medida complementaria al desarrollo de la *Cláusula 1 del Convenio Colectivo 1993/95 publicado en el B.O.E. de 20 de Agosto de 1994* (suplemento 1 y 2 del nº 199) al precisar Telefónica de España S.A. adaptar su plantilla a las necesidades reales mediante el sistema de prejubilaciones a partir de los 58 años, no constituye un supuesto de extinción forzosa del contrato de trabajo impuesto por la empresa a los trabajadores, sino que merece la calificación de extinción voluntaria incentivada que en todo momento pudo el trabajador no aceptar, como con acierto sostiene la sentencia de instancia.

La interpretación que antes se realiza no viola el *artículo 14* de la Constitución Española porque no comporta vulneración del principio de igualdad, otorgar tratamiento distinto a situaciones diferentes; a tal efecto, el T.Supremo, en los numerosos litigios que se han ido planteando en supuestos de prejubilaciones y posterior acceso a la Jubilación anticipada ha venido a distinguir dos situaciones; por un lado a) las decisiones de los trabajadores de cesar en la empresa acogiéndose al sistema de prejubilación establecido en la misma, respecto a las que viene considerando que la causa de extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso o mutuo acuerdo extintivo de la relación de trabajo prevista en el *art. 49.1 a) del E.T., puesto en relación con el apartado v*): mutua acuerdo de las partes y jubilación del trabajador (así, entre otras: Sentencias de 28/2/2000, 25 de noviembre de 2002 o de 22 de enero de 2003 ) y b) las prejubilaciones a las que el trabajador prestó su consentimiento mediante suscripción del oportuno contrato, pero que tienen amparo legal en un Expediente de Regulación de empleo acordado por la Autoridad Administrativa, y de las que entiende que la falta de voluntariedad, queda patente por cuanto la suscripción de un contrato de prejubilación por el que un empleado se acoge al programa de prejubilación contenido en el Plan Social del ERE, no desvirtúa el origen empresarial de la decisión extintiva, al ser la empresa quien solicita la autorización para despedir y la titular de ella, pudiendo hacer uso o no de la misma (entre otras Sentencias de 25 de octubre de 2006 ).

No cabe en definitiva, establecer un razonamiento de comparación en la aplicación del principio de igualdad ante la Ley, ya que para apreciar la vulneración del principio de igualdad es preciso, según tiene declarado el T.Constitucional que a situaciones idénticas, se les atribuya consecuencias jurídicas distintas y en el planteamiento propuesto por el recurrente se parte de supuestos en absoluto identificables, por una parte la extinción del contrato de trabajo de común acuerdo y por otra parte el cese del trabajador en virtud de una prejubilación a la que el trabajador prestó su consentimiento mediante la suscripción del oportuno contrato, pero que tiene su amparo legal en un expediente de Regulación de empleo autorizado por la autoridad laboral respecto del que el T.s. entiende que se de el requisito de involuntariedad, patente por cuanto la suscripción de un contrato de prejubilación por el que un empleado se acoge a un programa de prejubilación contenido en el Plan Social del ERE, no desvirtuó el origen empresarial de la decisión extintiva, al ser la empresa quien solicita la autorización para despedir y la titular de ella, pudiendo hacer uso o no de la misma (entre otras, STS de 25 de Octubre de 2006 ).

Conduce lo expuesto a la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del actor y a la confirmación de la sentencia de instancia.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D<sup>a</sup>.BEATRIZ SANTAPOLONIA FUENTES, en nombre y representación de D. Felicísimo , contra la

sentencia de fecha 15-1-09 , dictada por el JDO. DE LO SOCIAL nº22 de MADRID en sus autos número 665/2008, seguidos a instancia de D. Felicísimo frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL INSS, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL TGSS, en reclamación por mejora de pensión de jubilación anticipada, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los *artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral* , que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los *artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley* .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos *preceptos dichos (227 y 228)* , que el depósito de los 300 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal de la calle de Barquillo, nº 49, oficina 1006, de Madrid, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2828/0000/00/2532/09 que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en C/ MIGUEL ÁNGEL, 17, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 1.995* , y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

#### PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.