

Id Cendoj: 48020340012009101380
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Bilbao
Sección: 1
Nº de Recurso: 1301 / 2009
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA
Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO Nº: 1301/09

N.I.G. 48.04.4-08/004195

SENTENCIA Nº:

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO

En la Villa de Bilbao, a treinta de junio de dos mil nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos. Sres. D. JUAN CARLOS ITURRI GÁRATE, Presidente en funciones, D. EMILIO PALOMO BALDA y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Jdo. de lo Social nº 4 (Bilbao) de fecha dieciséis de Febrero de dos mil nueve, dictada en proceso sobre SSO - jubilación anticipada, y entablado por Rafael frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TELEFONICA ESPAÑA SAU.

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO.-El actor D. Rafael , con DNI. NUM000 , nacido el 23-09-1944, figura afiliado al Régimen General de la Seguridad Social , y presentó solicitud en reclamación de prestación de jubilación anticipada el 07-04-2008.

El actor ha venido prestando servicios para la empresa Telefónica S.A. hasta el 1-08-1998 .

El 1-08-1998 se acogió al plan de prejubilación de la empresa para personal de 53-54 años, suscribiendo contrato de prejubilación y causando baja en la empresa con fecha 1-08-1998.

SEGUNDO.-En dicho contrato de prejubilación individual se establecen como estipulaciones las

siguientes:

"Segunda.- Durante el período de prejubilación, es decir, el comprendido entre la fecha de la 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 381.291 pesetas.

Dicha renta es el cociente de dividir entre el nº de mensualidades que comprende el período de prejubilación, la cantidad equivalente al 70% del salario regulador que en el momento de la baja tiene acreditado el actor y que asciende a 6.462.090. brutas anuales.

El actor dejará de percibir esta renta si es declarado en situación de incapacidad Permanente y Absoluta para todo trabajo. Igualmente cesará la obligación de abono de la renta en caso de fallecimiento.

Tercera.-La renta especificada en la estipulación anterior está asegurada, en las mismas condiciones e iguales características, mediante una Póliza de Seguros Colectivo de Rentas suscrita con la Compañía de Seguros de Vida y Pensiones ANTARES. La modalidad de pago de la prima de dicho seguro es anual periódica.

El importe de la renta asegurada asciende a 397.382 ptas. mensuales, iniciándose el pago el mismo mes de la baja y finalizando en el mes inmediato anterior al de cumplimiento de los 60 años. ANTARES practicará las retenciones a cuenta del impuesto sobre la renta de las Personas Físicas que procedan conforme a la legislación vigente.

Cuarta.-También durante el período de prejubilación y siempre que acredite haber suscrito Convenio Especial con la Seguridad Social, Telefónica de España 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.

La empresa establece una relación contractual directa y exclusiva con el empleado suscribiente del presente contrato, quedando exenta de cualquier responsabilidad en que pudiera incurrir éste por incumplimiento del Convenio Especial con la seguridad Social y frente a cualquier organismo de ésta.

Asímismo, el pago de las sumas que se acrediten por este concepto, se abonarán directamente al actor siendo éste el único responsable frente al INSS, para la efectividad de la futura prestación de jubilación, sin que la empresa asuma responsabilidad alguna directa o indirecta frente a cualquier organismo de la Seguridad Social.

Quinta.- Durante el período 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, que será el cociente de dividir por 60 la cantidad equivalente a 2,5 anualidades, entendiéndose por anualidad el salario regulador fijado 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.

Al igual que durante el período de prejubilación el actor dejará de percibir esta renta si es declarado en situación de Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo, cesando asímismo la obligación de abono de dicha renta en caso de fallecimiento del empleado.

La mencionada renta se asegurará en condiciones análogas a las establecidas en la estipulación Tercera.

La mencionada renta se asegurará en condiciones análogas a las establecidas en la estipulación Tercera.

Sexta.-Al actor, le serán aplicables, además, los siguientes beneficios:

-En caso de fallecimiento, sus beneficiarios percibirán el importe de las rentas aseguradas pendientes de percibir de la anualidad en que se produzca el fallecimiento, iniciándose el cómputo anual en la fecha de la baja. A tal fin la Empresa ha suscrito una Póliza de Seguro Colectivo Temporal Anual Renovable, complementaria de la Póliza de Seguro de Rentas.

-Durante el período de prejubilación la Empresa continuará aportando a A.T.A.M. el importe equivalente a la última cuota, siempre que el empleado permanezca de alta en dicha Asociación.

-Igualmente durante dicho período se mantendrá de alta en el Seguro Colectivo de Riego con cuotas a cargo de Telefónica de España. El salario regulador que se tendrá en cuenta es el último percibido como empleado en activo.

-En el caso de que no haya tenido cotizaciones con anterioridad al 1-1-1967, Telefónica de España le abonará el 50% del coste del Convenio Especial con la seguridad Social a partir de los 60 años y hasta que cumpla los 65, en los términos y condiciones previstos en la estipulación Cuarta."

TERCERO.-Por Telefónica SAU se llevó a cabo las cotizaciones durante los dos años anteriores a la fecha de jubilación. En el año 2.006 al actor le fue abonado la suma de 22.568,22 euros, de abril a diciembre y de 6.973,65 euros por reintegro de cuotas de *Convenio especial*. De enero a diciembre de 2007 se le abonaron 30.284,04 euros y 95647,36 euros por reintegro de cuotas y en el año 2.008 hasta marzo se le abonaron 2432,47 por reintegro de cuotas y 7593,12 euros. Ello conlleva una cantidad total en los dos últimos años de 36.109,64 euros. El tope por desempleo en 2008 asciende a 1055,33 e , el tope máximo aplicable al actor ascienden a 25.327,92 euros, Las aportaciones por la base máxima del convenio especial en los dos últimos años implican una cantidad de 18.934,58 euros. El importe total de ambos conceptos implica una suma de 44.262,50 euros.

CUARTO.-La base reguladora de la prestación asciende a la suma de 2521,20 Euros siendo el porcentaje el 86% y la fecha de efectos el 1-04-08.

QUINTO.-Interesada la prestación de jubilación anticipada, es denegada por resolución de fecha 17-04-2008, e interpuesta reclamación previa la misma fue desestimada por resolución de 08-05-08 alegando

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

ESTIMAR la demanda formulada por D. Rafael frente a INSS y TGSS y TELEFONICA SAU, DECLARANDO el derecho del actor a que le sea reconocida la prestación por jubilación anticipada con una base reguladora de 2521,20 Euros, coeficiente del 86% y fecha de efectos de 1-04-08, con expresa absolución de la mercantil TELEFONICA SAU y condenando a las entidades demandadas INSS y TGSS a pasar por este reconocimiento de la prestación.

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fué impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha estimado la pretensión del trabajador demandante en reclamación de prestación de jubilación anticipada según la *Disposición Final Sexta de la Ley 40/07* concediendo con cargo a la entidad gestora (y absolución de la empresarial) una base reguladora de 2.521,20 euros porcentaje del 86% y fecha de efectos de 1 de abril de 2008, aplicando el *artº 161 bis*) de la LGSS.

Disconforme con tal resolución de instancia la entidad gestora plantea recurso de suplicación articulando única y exclusivamente un motivo jurídico al amparo del *párrafo c) del artº 191 de la LPL* .

Temáticas similares han sido ya resueltas por nuestras resoluciones judiciales de 26 de mayo de 2009 recurso 633/09 y 9 de junio de 2009 recurso 751/09 entre otras.

SEGUNDO.- En lo que se refiere a la revisión jurídica, al amparo del *artículo 191 c) de la LPL* , motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino solo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo

caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente iura novit curia o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado.

Como en el supuesto de autos la entidad gestora recurrente denuncia la infracción del *artº 161 bis).2d) de la LGSS en relación al 1261 del CC* analizaremos la temática.

El INSS articula ahora su oposición a la resolución estimatoria de instancia alegando dos causas: A) Que falta el desarrollo reglamentario del *art. 161 bis de la LGSS* ; y B) Que el pacto suscrito en 1998 no puede considerarse un "contrato individual de prejubilación".

A) Respecto de la primera de las causas poco hay que decir. Primero señala el INSS que la figura del "contrato individual de prejubilación" aludido en el *párrafo segundo del art. 161.2.d) de la LGSS* está pendiente de desarrollo reglamentario, figura cuya interpretación puede resultar problemática (dice que la ley solo enuncia unos principios básicos y deja que la vía reglamentaria precise todo el casuismo de desarrollo), pero luego, al inicio de la exposición relativa a la segunda causa de oposición, indica que "ciertamente no hay en la Ley una vinculación expresa de la vigencia del precepto legal al desarrollo reglamentario ... , lo que obliga a interpretar el alcance de la nueva norma sin esperar el desarrollo reglamentario".

Por lo tanto, la propia Entidad Gestora termina por aceptar que dicha causa denegatoria no resulta válida, sin que el nuevo contenido de la Ley pueda dejar de aplicarse porque la *Disposición Final Segunda de la Ley 40/2007* disponga genéricamente que "Se autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones que sean necesarias para la aplicación y desarrollo de esta Ley".

B) Centrada por lo tanto la oposición en la consideración de que el pacto suscrito por el demandante con Telefónica en 1998 no se trata de un "contrato individual de prejubilación", diremos que este concepto viene recogido en el *párrafo segundo del art. 161 bis.2.d) del LGSS (mas bien se trata de un segundo párrafo del apartado 2º)*, que, tras establecer cuales son los requisitos necesarios para el acceso a la jubilación anticipada, añade que "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 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 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".

No se discute que el demandante reúna los requisitos exigidos en los apartados a) y c) del *art. 161 bis.2* (edad y cotización), pero exigiéndose en el apartado b) la inscripción como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación (requisito que no cumple el demandante), y en el apartado 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 (requisito al que no se ajusta el acogimiento libre del actor al plan de prejubilaciones planteado por la empresa), la única forma de salvarlos es mediante la concurrencia de las circunstancias previstas en el párrafo segundo antes reproducido, es decir, que haya existido un acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, y que en virtud de ellos el empresario en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada haya abonado al trabajador una determinada cantidad, abono que en este caso se da por probado en el ordinal tercero del relato fáctico y que no se discute (aunque luego diga el INSS que no tiene correspondencia con la previsión legal). Por ello, solo queda por examinar si el contrato de prejubilación que suscribió el actor a título individual el 1.8.98 cumple con la condición del exigido "contrato individual de prejubilación".

La recurrente señala que la diferenciación prevista en el acuerdo suscrito por el actor entre períodos de prejubilación y de jubilación anticipada resulta ficticia al proyectarse sobre la relación jurídica de Seguridad Social porque los compromisos adquiridos por la empresa no pueden entenderse como un tránsito o acceso a una prestación contributiva de jubilación del Sistema de Seguridad Social con una edad inferior a los 65 años, y ello porque en el año 1998 en que se suscribió el acuerdo solo se permitía la jubilación anticipada a partir de los 60 años a los trabajadores que hubieran sido mutualistas antes del 1.1.1967 (DT 3ª.1.2ª del TRLGSS), sin que el demandante reuniera tal condición, entendiéndose por ello que el contrato de 2.11.1998 no puede considerarse como un "contrato individual de prejubilación" a los efectos pretendidos. Señala que los contratos no admiten pactos contrarios a la *ley (art. 1.255 CC)* ni de cosas o servicios imposibles (*art. 1.272 CC*), y no pueden tener causa ilícita o falsa que motivaría su nulidad (*art. 1.276 CC*).

Examinado el contrato, resulta evidente que la empresa utilizó un modelo unificado para todos aquellos trabajadores que optaron por la prejubilación, tanto para los que ostentaban la condición de mutualistas como para los que no, y por ello, la distinción entre los periodos de prejubilación y de jubilación anticipada que se hace en el contrato suscrito por el actor no supone que conllevara pactos ilegales o imposibles ni causas ilícitas o falsas, sobre todo si tenemos en cuenta que en su cláusula sexta se contenía una previsión de abono para quienes no hubieran tenido cotizaciones con anterioridad al 1.1.1967.

Sentado lo anterior, lo que tampoco puede admitirse es la tesis de la Entidad Gestora de que la nueva regulación prevista en la *Ley 40/2007* no sea de aplicación al actor por el hecho de que su contrato de 1998, en virtud de la normativa entonces vigente, se hubiera contemplado como un tránsito hasta la jubilación ordinaria y no hasta la jubilación anticipada. La *Disposición Final Tercera de la Ley 40/2007*, sobre eficacia en la aplicación de las modificaciones legales, recoge en su apartado 1º que "las modificaciones en el régimen jurídico de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social introducidas por medio de la presente Ley, serán de aplicación únicamente en relación con los hechos causantes producidos a partir de la entrada en vigor de la misma (1.1.2008; DF6ª)", y en este caso el demandante formuló su solicitud el 7.4.08 para el reconocimiento de su jubilación anticipada con 63 años. La redacción dada a la norma, por muy típica y habitual que se considere, no permite acoger la alegación del INSS, carente de sustento, de que la retroactividad no puede ser indefinida, ni tampoco el requisito, que él establece pero que no se ha previsto por el legislador, de que cuando menos el contrato se debería haber suscrito en una fecha en que la legislación vigente permitiera la jubilación anticipada de los no mutualistas. Si lo que la nueva regulación exige es un "contrato individual de prejubilación", eso es lo que hizo precisamente el demandante prejubilarse a título individual y plasmarlo en un contrato, sin que, a falta de mayores concreciones normativas, pueda verse ahora condicionado su acceso a la jubilación anticipada por el hecho de que entonces, por no ser mutualista, no pudiera hacerlo, sobre todo teniendo en cuenta que la vía para el acceso a la jubilación anticipada de los no mutualistas quedó abierta con el RD Ley 16/2001, de 27 de diciembre, y la *Ley 35/2002, de 12 de julio*.

Por lo tanto, sin que pueda acogerse el recurso interpuesto, debemos confirmar la sentencia de instancia.

TERCERO.- No cabe pronunciamiento alguno en materia de costas (*art.233-1 LPL*), al ser parte vencida en el recurso, a los efectos de la imposición de las costas, el recurrente, que no gozando del beneficio de justicia gratuita, ve desestimada su pretensión impugnatoria (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1993).

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Bizkaia, dictada el 16 de febrero de 2009 en autos nº 422/08 sobre jubilación anticipada, seguidos a instancia de D. Rafael contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Telefónica de España S.A.U., confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

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

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el

recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) cta. número

4699-000-66-1301/09 a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del 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 éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,51 euros en la entidad de crédito grupo Banesto (Banco Español de Crédito) c/c. 2410-000-66-1301/09 Madrid, Sala Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quiénes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.