

Id Cendoj: 48020340012009101326
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Bilbao
Sección: 1
Nº de Recurso: 751 / 2009
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA
Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO Nº: 751/2.009

N.I.G. 48.04.4-08/004271

SENTENCIA Nº:

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 9 de junio de 2.009.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres.D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, Presidente, D^a GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR y D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados, 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 8 (Bilbao) de fecha veintisiete de Noviembre de dos mil ocho, dictada en proceso sobre SSO, y entablado por Eulalio frente a INSS, TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. y TGSS.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, 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: "1º.- El actor Eulalio , entabla demanda sobre prestación de jubilación, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, en base a la solicitud del reconocimiento a la prestación de jubilación anticipada, al amparo del artículo 3.3 de la Ley 40/2007 que modifica el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social . Frente a la resolución desestimatoria formula reclamación previa que fue desestimada mediante resolución de fecha 12 de abril de 2008, notificada el 2 de mayo. La entidad gestora lo rechazó, dado que no existía desarrollo reglamentario al texto del citado artículo 161-3 de la Ley General de la Seguridad Social y sin que a juicio del demandante sea preciso un ulterior desarrollo reglamentario y señalando que la entrada en vigor se producirá con efectos al 1 de enero de 2008. El actor se acogió al acuerdo de prejubilación con Telefónica el año 1998, abonándole una renta mensual y convenio especial con la Seguridad Social y en aras a lo indicado, la procedencia de la jubilación anticipada, con la base reguladora de 2571,82 euros y pérdida de un 7% por ciento y fecha de efectos 19-febrero-2008".

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

"Estimar la demanda de Eulalio , declaro el derecho del mismo a acceder a la jubilación anticipada a tenor del *artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social* , reconociendo la prestación correspondiente a la pensión de jubilación, con la base reguladora de 2571,82 euros, reducción del 7% por ciento y fecha de efectos a partir de febrero de 2008. A cuyo pago hará frente el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la misma y absolver a la Compañía Telefónica por falta de legitimación pasiva".

Con fecha 16 de diciembre de 2.008 se dicta auto de aclaración, cuya parte dispositiva dice así:

"1.- Se estima la petición formulada por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de RECTIFICAR la Sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 27 de Noviembre de 2008 , en el sentido que se indica, haciendo constar que la fecha de efectos es el 19 de febrero de 2008 tal y como consta en los hechos probados de la misma.

2.- El fallo de la referida resolución queda definitivamente redactada en el particular señalado en los antecedentes, de la siguiente forma:

"Estimar la demanda de Eulalio , declaro el derecho del mismo a acceder a la jubilación anticipada a tenor del *artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social* , reconociendo la prestación correspondiente a la pensión de jubilación, con la base reguladora de 2571,82 euros, reducción del 7% por ciento y fecha de efectos a partir del 19 de febrero de 2008. A cuyo pago hará frente el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la misma y absolver a la Compañía Telefónica por falta de legitimación pasiva."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social ha estimado la pretensión actuada por Don Eulalio , declarando su derecho a acceder a la jubilación anticipada a tenor del *art. 161 bis LGSS* , de acuerdo con la base reguladora y fecha de efectos que fija, prestación a cuyo pago condena al INSS, absolviendo a Telefónica de España SAU.

El demandante, según resulta de la secuencia fáctica, solicitó de la Gestora la prestación de jubilación anticipada al amparo del *art. 3.3 de la Ley 40/07* , que modificó el *art. 161 bis LGSS* , prestación que fue rechazada por no existir desarrollo reglamentario del *art. 161.3 LGSS* .

Don Eulalio en 1998 se había acogido al acuerdo de prejubilación con Telefónica, abonándole en virtud del mismo la citada empresa una renta mensual, suscribiendo un convenio especial con la Seguridad Social.

Es la entidad gestora quien se alza en suplicación articulando dos reformas fácticas y la revisión del derecho aplicado, recurso al que se ha opuesto la parte actora.

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos, amparados en la *letra b) del art. 191 LPL* , pretenden que se consigne en la *crónica judicial* , el primero de ellos vía adición de un nuevo ordinal que sería el segundo, y el siguiente mediante la introducción de un tercer de hecho probado, que el demandante no fue mutualista con anterioridad a 1 de enero de 1967, distinguiéndose en su vida laboral un primer periodo que abarca de 1 de febrero de 1972 a 27 de diciembre de 1998, y desde el 28 de noviembre de 1998 se encuentra en *Convenio Especial* , en tanto que a través del tercero se propugna tener por reproducido el denominado contrato de prejubilación suscrito entre las partes, destacando los dos periodos que se distinguen en él (prejubilación y jubilación anticipada).

Hemos dicho en múltiples sentencias de esta Sala (por todas sentencia de 4 de marzo de 2008, rec. 150/08), que nuestro ordenamiento jurídico no configura el recurso de suplicación como un remedio para que el Tribunal pueda examinar, con libertad de criterio, el modo en que el Magistrado de instancia, con base en los medios de prueba obrantes en el proceso, ha obtenido su convicción sobre los hechos controvertidos entre los litigantes, sino que ha limitado su capacidad de revisar su relato a aquéllos extremos que resulten evidenciados con base exclusiva en prueba documental o pericial válidamente

practicada en el proceso y sean trascendentes en orden a cambiar el pronunciamiento final del litigio, siendo preciso para su éxito: a) la necesidad de que el recurrente precise la versión que el Magistrado debió recoger en los hechos probados y, en su caso, la parte de su relato a la que sustituye; b) la inadmisibilidad de las modificaciones que se apoyen en otro medio de prueba distinto a esos dos, bien entendido que no obsta a que si un precepto legal atribuye a algún otro medio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, pueda alcanzarse esta consecuencia pero solo si se denuncia la infracción de dicha norma; c) la insuficiencia del apoyo en documento o pericia, si éste carece - por sí solo, o en virtud de otros medios de prueba practicados en el proceso que la contrarrestan-, de fuerza de convicción suficiente como para mostrar a la Sala de manera patente, sin dejar resquicio a la duda, el error sufrido por el Magistrado; d) la inoperancia práctica, en orden al éxito final del recurso, de las revisiones que, reveladas por medio hábil, no sean suficientes para cambiar la resolución del litigio que éste ha efectuado, sin perjuicio de que hayan de tomarse en consideración en orden a razonar sobre las denuncias que el recurrente efectúa atinentes al derecho aplicable para solventarlo.

Desde la perspectiva que proporcionan tales directrices rechazamos la primera de las revisiones puesto que ni es correcto incorporar un hecho negativo a la crónica judicial que por lo mismo no obtiene apoyo en el documento que invoca, ni resulta relevante si reunía o no el actor la condición de mutualista a 1-1-67, dado que en ningún momento ha interesado el acceso a la jubilación anticipada por reunir la condición de mutualista a 1-1-67. No descansa la prestación en la *ley 35/2002 de 12 de julio que modificó la regla 2ª del apartado 1) de la disposición Transitoria Tercera LGSS*.

Su sustento lo constituye el *art. 161 bis LGSS* según la redacción otorgada al mismo por la *ley 40/07 de Medidas Urgentes*, por lo que carece de interés que conste el extremo apuntado, como irrelevante resulta el señalamiento de los periodos concretos en los que ha trabajado para Telefónica ya que no es cuestión controvertida.

Fracasa también la segunda revisión propugnada tendente a dar por reproducido el contrato denominado de prejubilación suscrito entre el actor y Telefónica el 28 de diciembre de 1998, destacando del mismo el periodo de prejubilación y el de jubilación anticipada, puesto que del primero y único hecho probado que contiene la sentencia se colige que ya se ha considerado el contrato en su totalidad.

TERCERO.- La crítica jurídica se contiene en el tercero y último de los motivos impugnatorios, denunciando a través del mismo la infracción del *art. 161 bis 2 d) LGSS*, en la redacción dada al mismo por la *Ley 40/07*, de 4 de diciembre, y *arts. 1261 y siguientes del Código Civil*.

Se construye todo él sobre la inexistencia de contrato individual de prejubilación que pueda sostener la prestación interesada por las siguientes razones: 1º) Porque dicha figura está pendiente de desarrollo reglamentario en virtud de lo dispuesto en la *Disposición Final Segunda de la Ley 40/07*; 2º) El contrato suscrito entre Telefónica y el actor el 28 de diciembre de 1998 no puede considerarse contrato individual de prejubilación, estando ante un contrato que genera obligaciones para las partes pero no de prejubilación, básicamente porque el trabajador no reunía los requisitos para acceder a la prejubilación y por tanto no podían generarse obligaciones y derechos en función de una situación a la que no podía acceder.

En suma, el actor no puede acceder a la jubilación anticipada conforme a la normativa que ha de aplicarse, anterior a la *Ley 40/07*, *al no ser mutualista a 1-1-67*, y *el contrato formalizado el 28 de diciembre de 1998* no es un instrumento idóneo que pueda amparar la prestación interesada.

Discrepamos de la tesis defendida por la Gestora. Basta la lectura del *artículo 161 bis LGSS* en la redacción dada por la *Ley 40/2007*, para deducir con claridad del mismo que no precisa ningún desarrollo reglamentario. La *Ley 40/2007* introduce la novedad de permitir que vía la suscripción de contratos de prejubilación se pueda acceder a la jubilación anticipada; es más, se añade el contrato individual de prejubilación como medio de exención para el acceso a esta prestación de los requisitos contemplados en las letras b) y d) del numeral 2º del precepto (estar inscrito como demandante de empleo al menos con una antelación mínima de seis meses antes de la solicitud, y que el cese en el trabajo no se haya producido por causa imputable a la voluntad del trabajador).

El precepto, en la redacción otorgada, en absoluto subordina el reconocimiento de la jubilación anticipada a que el contrato de prejubilación se suscriba tras la entrada en vigor de dicha *ley*. *Interpretación esta última acorde con el contenido de la disposición final tercera, número 1* de la misma norma que dispone 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, salvo en los supuestos a que se refiere el último párrafo del apartado 4 del artículo 179 y la *disposición transitoria decimosexta del Texto Refundido de*

la Ley General de la Seguridad Social ".

Por tanto, es a la fecha del hecho causante cuando deben confluír los requisitos y no a la entrada en vigor de la norma, y toda vez que el hecho causante de la jubilación es posterior a aquella fecha, la aplicación de la nueva normativa es obvia, sin quedar supeditada a un hipotético desarrollo reglamentario que la norma no impone, tal y como ya dijimos en sentencia de 21 de abril de 2009, rec. 409/09 .

La situación legislativa creada por la *Ley 40/07* es la que faculta el acceso del demandante a la prestación de jubilación anticipada, y desde tal óptica basta con comprobar que las partes suscribieron en 1998 un contrato individual de prejubilación en virtud del cual la empresa adquirió determinadas obligaciones económicas con el trabajador, cumpliendo así el condicionante económico al que dicho precepto y numeral subordina el acceso a la jubilación anticipada. Y la concurrencia de este requisito, consistente en que lo percibido por el actor de la empresa en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada (años 2006 y 2007), "no representase en cómputo global un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación de 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 ha sido cuestionado en ningún momento por la Gestora.

Tampoco genera controversia la base reguladora y el porcentaje de reducción que fija la sentencia, ni la fecha de efectos de la prestación, por lo que procede de conformidad con cuanto hemos expuesto previa desestimación del recurso de suplicación, confirmar la sentencia de instancia.

CUARTO.- En materia de costas procesales, no ha lugar a la imposición de las mismas a la entidad recurrente, dado que goza del beneficio de justicia gratuita y no ha litigado con temeridad (*art. 233 LPL*).

FALLAMOS

Se desestima el recurso de suplicación entablado por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao de fecha 27 de noviembre de 2.008 dictada en los autos 417/08 seguidos por Eulalio contra INSS/TGSS y TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. Se confirma la misma. 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. Sr. Magistrado 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

4699-000-66-751/09 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. 2410-000-66-751/09 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.