

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 48/2018 de 24
Ene. 2018, Rec. 389/2016**

Ponente: Arastey Sahún, María Lourdes.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 389/2016

Ponente: Excma. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 48/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 24 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Víctor , representado y asistido por el letrado D. Diego Ortega Macías, contra la sentencia dictada el 12 de noviembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), en recurso de suplicación nº 1302/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Málaga , en autos núm. 636/2014, seguidos a instancias del ahora recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

Ha comparecido como parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de marzo de 2014 el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Málaga dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El actor, nacido el NUM000 .43, solicitó en fecha de 23.04.14 la pensión de jubilación parcial activa.

Al momento de la solicitud, el actor acreditaba un total de 11.075 días cotizados, a los que correspondería un porcentaje del 88,22%.

La base reguladora es 2.848,34 euros.

SEGUNDO.-En fecha 25.04.14 se dicta resolución denegando la pensión solicitada, al no alcanzar el porcentaje el 100% exigido para la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo.

TERCERO.- Se agotó el trámite de reclamación previa.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando la demanda interpuesta por don Víctor , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre prestaciones (Jubilación anticipada), debo absolver y absuelvo a las demandadas de los pedimentos deducidos en su contra.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Víctor ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), la cual dictó sentencia en fecha 12 de noviembre de 2015 , en la que, estimando el motivo planteado a tal fin, se realiza una modificación del relato fáctico de la sentencia, en el sentido de:

«- Añadir al ordinal primero que "El actor evacuó consulta ante el INSS sobre una posible jubilación datada el 30-04-2014, siendo contestada por el INSS en los términos que constan al folio 43 y 44, que se dan por reproducidos".

- Añadir un nuevo hecho probado que diga que "El actor figura en alta en el Régimen General desde el 28-12-1983 a la fecha del hecho causante y continúa, según consta en el certificado sobre la vida laboral obrante al folio 45 que se da por reproducido"».

Dicha sentencia consta del siguiente fallo:

«Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Víctor contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 13 de Málaga con fecha 26 de marzo de 2014 en autos sobre jubilación, seguidos a instancias de dicho recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, confirmando la sentencia recurrida.».

TERCERO.- Por la representación de D. Víctor se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 27 de marzo de 2015, (rollo 510/2015).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 23 de junio de 2016 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruída la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de enero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El demandante inicial recurre en casación para unificación de doctrina la sentencia de suplicación que, confirmando la dictada en la instancia, desestima su demanda en solicitud de compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo.

La resolución del INSS denegó la pretensión por no alcanzar el actor el derecho a pensión del 100% de la base reguladora. Consta probado que el mismo acredita 11.075 días de cotización por lo que le correspondería un porcentaje del 88,22 %.

2. El recurrente aporta, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 27 de marzo de 2015 (rollo 510/2015) que reconoció el derecho a incrementar el porcentaje con las cotizaciones de los seis años que el allí

demandante efectuó después de la edad de jubilación, mientras cobrara la pensión por jubilación activa del 50 por 100.

3. En ambos casos la cuestión planteada consiste en determinar los requisitos establecidos para tener derecho a la llamada jubilación activa que permite compatibilizar la pensión de jubilación reconocida con el trabajo y, más concretamente, si a tal fin es preciso tener reconocido un porcentaje que de derecho a una pensión de jubilación del 100 por 100 de la base reguladora de la prestación reconocida, o cabe tenerla reconocida por porcentaje inferior, supuesto en el que sería posible alcanzar el porcentaje del 100 por 100 con las cotizaciones efectuadas por los trabajos posteriores a la jubilación.

Por consiguiente, se da la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS dado que las sentencias comparadas llegan a soluciones opuestas.

SEGUNDO.- 1. El recurso se dedica a analizar la interpretación y aplicación que del RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, y del art. 163 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) ha hecho la sentencia recurrida, para extraer la conclusión contraria a lo que se razona en la misma.

2. El tema sobre el que gira la controversia ha sido ya analizado por esta Sala IV del Tribunal Supremo en la STS/4ª de 30 mayo 2017 (rcud. 2268/2015), en un supuesto de características muy similares al presente y en el que se aportó la misma sentencia de contraste.

3. Recordando la literalidad del art. 2 del citado RDL 5/2013, declarábamos allí que del mismo ha de colegirse que, para disfrutar de los beneficios que se establecen, se hace necesario que el beneficiario tenga reconocida una pensión de jubilación por haber alcanzado la edad exigible legalmente en cada caso y, además, que dicha pensión sea equivalente al 100 por 100 de la base reguladora que corresponda. Decíamos entonces que «Los términos del precepto son tan claros que no dejan duda sobre la necesidad de haberse jubilado con una pensión equivalente al 100 por 100 de la base reguladora de la misma, para poder compatibilizar el trabajo con la pensión reconocida que, durante esa situación de compatibilidad, se reducirá en un 50 por 100, sin que, por ende sea posible alcanzar porcentaje del 100 por 100 cuestionado con cotizaciones posteriores a la jubilación».

Precisamente la sentencia recurrida se hace eco de aquel pronunciamiento nuestro, en que afirmábamos que la expuesta solución es la que se ajusta a la finalidad del citado RDL 5/2013, cuya Exposición de Motivos indica en su apartado III que «El capítulo I de este real decreto-ley regula la compatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena para favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores. Esta posibilidad, muy restringida en el ordenamiento español hasta la fecha, es habitual en las legislaciones de países del entorno. Se permite así que aquellos trabajadores que han accedido a la jubilación al alcanzar la edad legal, y que cuentan con largas carreras de cotización, puedan compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50 % de la pensión, con unas obligaciones de cotización social limitadas».

De ahí que sostuviéramos que la norma en cuestión persigue «incentivar el trabajo más allá de la edad de jubilación estableciendo, al efecto, la posibilidad de compatibilizar trabajo y pensión, a la par que se mejora la pensión máxima reconocida»; precisando que una interpretación distinta hubiera vaciado de contenido lo dispuesto en el art. 163.2 LGSS .

A ello añadíamos que la solución plasmada en la sentencia de contraste «es contraria al espíritu de la norma que persigue mejorar a quienes acreditando el máximo periodo de cotización se jubilan y siguen trabajando, pero no a quienes no reúnen el máximo periodo de seguro y pretenden alcanzarlo con cotizaciones posteriores a su jubilación, cotizaciones de menor cuantía, al ser sólo por incapacidad temporal y contingencias profesionales (art. 4 del RDL 5/2013), lo que supone alcanzar el porcentaje del 100 por 100 de la pensión sin cotizar por la contingencia de

jubilación, esto es discriminar favorablemente a quien cotizó menos, objeto carente de justificación alguna y que es contrario al espíritu que deriva de una interpretación sistemática de las normas citadas».

TERCERO.- 1. Por evidentes razones de seguridad jurídica hemos de dar la misma respuesta en este caso, al ser la sentencia recurrida respetuosa con la doctrina de esta Sala.

2. En consecuencia, debemos desestimar el recurso, como también propone el Ministerio Fiscal en su informe.

3. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no procede la condena en costas del recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Víctor contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de fecha 12 de noviembre de 2015 (rollo 1302/2015) recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 13 de los de Málaga de fecha 26 de marzo de 2014 en los autos núm. 636/2014 seguidos a instancias del ahora recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.