

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga, Sala de lo Social, Sentencia 167/2018 de 31 Ene. 2018, Rec. 1683/2017

Ponente: Barragán Morales, José Luis.

Nº de Sentencia: 167/2018

Nº de Recurso: 1683/2017

Jurisdicción: SOCIAL

La compatibilidad de la pensión de jubilación con un trabajo no puede aplicarse a los jubilados anticipadamente

JUBILACIÓN. Percepción indebida de pensión y reintegro de cantidad. Incompatibilidad de la prestación con la realización de una actividad laboral por cuenta propia. Medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, que requiere que el acceso a la pensión de jubilación se haya producido una vez alcanzada la edad necesaria, sin que sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación.

El TSJ Andalucía desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Málaga que confirmó la resolución que declara indebidamente percibida cantidad en concepto de pensión de jubilación y requiere reintegro de prestaciones.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN 29001 Málaga

AVDA. MANUEL AGUSTIN HEREDIA Nº 16 -2º

N.I.G.: 2906744S20160010531

Negociado: **JL**

Recurso: Recursos de Suplicación 1683/2017

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº5 DE MALAGA

Procedimiento origen: Seguridad Social en materia prestacional 755/2016

Recurrente: Julio

Representante: CRISTINA JURADO LEDESMA

Recurrido: TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Representante: S.J. DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE MALAGA

Sentencia Nº 167/18

ILTMO. SR. D. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,

ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO

En la ciudad de Málaga, a treinta y uno de enero de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, compuesta

por los magistrados arriba relacionados, en nombre del Rey, y en virtud de las atribuciones jurisdiccionales conferidas, emanadas del Pueblo Español, dicta la siguiente sentencia en el recurso de suplicación referido, interpuesto contra la del Juzgado de lo Social número cinco de Málaga, de 22 de mayo de 2017, en el que han intervenido como recurrente DON Julio, dirigido técnicamente por la letrada doña Cristina Jurado Ledesma, y como recurridos INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, dirigidos técnicamente por el letrado don José Manuel Leonés Salido.

Ha sido Ponente JOSE LUIS BARRAGAN MORALES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 9 de septiembre de 2016 don Julio presentó demanda contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, en la que suplicaba la revocación de la resolución de 21 de julio de 2016 declarándose su derecho a la prestación por jubilación activa.

SEGUNDO: La demanda se turnó al Juzgado de lo Social número cinco de Málaga, incoándose el correspondiente proceso de seguridad social con el número 755-16, en el que una vez admitida a trámite por decreto de 28 de septiembre de 2016, se celebraron los actos de conciliación y juicio el 3 de mayo de 2017.

TERCERO: El 22 de mayo de 2017 se dictó sentencia cuyo fallo era del tenor siguiente: <Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Julio frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social con los siguientes pronunciamientos: Se confirma la resolución administrativa impugnada de fecha 21/6/2016 y 21/7/2016 y cuantas otras se hubieran impugnado, absolviendo a las demandadas de las peticiones efectuadas en su contra>.

CUARTO: En dicha sentencia se declararon probados los hechos siguientes:

I.- Julio, mayor de edad, cuyos demás datos constan en las actuaciones, tenía reconocido por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social un grado de minusvalía de 47% (folios 12 y 13).

II.- La Dirección Provincial del INSS emite resolución en la que aprueba en fecha 18/3/2012 la prestación de pensión de jubilación al actor, sobre una base reguladora de 2.386,45€, porcentaje de la pensión del 100%, importe líquido de 1.980,99€, primer periodo de pago: 1/2/2010 a 31/3/2010 (folios 14, 15 y 16).

III.- En fecha 26/2/2014 se emite dictamen técnico facultativo en el que se reconoce al actor un grado de las limitaciones en la actividad de 75%, con fecha de efectos de 21/10/2013 (folios 18, 19 y 20).

IV.- En fecha 29/4/2016 el actor solicitó acogerse a la jubilación activa con el objeto de compatibilizar el 50% de la pensión de jubilación ordinaria con una actividad por cuenta propia, en concreto con la actividad económica de arrendamiento de bienes inmuebles que inició en el 1/5/2016 (folio 22).

V.- En fecha 26/5/2016 la Dirección Provincial del INSS realiza comunicación de audiencia previa en el procedimiento iniciado para la revisión de la pensión de jubilación y el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas (folio 24). El contenido de la citada comunicación se da íntegramente por reproducido.

VI.- El actor presentó escrito de aclaraciones (folios 26 a 25), que se dan por reproducidas en el actual momento procesal.

VII.- En fecha 21/6/2016 la Dirección Provincial del INSS emite resolución de declaración de la obligación de reintegro de prestaciones de la seguridad social indebidamente percibidas. La citada resolución resuelve declarar que ha percibido indebidamente 2.452,72€ en concepto de pensión de jubilación, correspondiente al periodo de liquidación de 1/5/2016 a 31/5/2016 (folios 36 y 37, 59 y 60).

VIII.- La parte actora interpuso reclamación previa en fecha 27/6/2016, que fue desestimada (folio 48). Su contenido se da por reproducido.

IX.- El actor durante el periodo de liquidación de 1/5/2016 a 31/5/2016 ha percibido de manera indebida la cantidad de 2.452,72€ en concepto de pensión de jubilación, por haber simultaneado el percibo de la citada prestación con la realización de una actividad laboral encuadrada en el sistema de la seguridad Social.

QUINTO: El 1 de junio de 2017 el demandante anunció recurso de suplicación y, tras presentar el escrito de interposición, que fue impugnado por las Entidades Gestoras demandadas, se elevaron las actuaciones a esta Sala.

SEXTO: El 15 de septiembre de 2017 se recibieron dichas actuaciones, se designó ponente, y se señaló la deliberación, votación y fallo del asunto para el 31 de enero de 2018.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: La Entidad Gestora dictó resolución de 21 de julio de 2016 declarando indebidamente percibidos, en concepto de pensión de jubilación, 2.452,72 euros. En la demanda se impugnó dicha resolución solicitando su revocación y que se declarase el derecho del demandante a la prestación por jubilación activa. La sentencia del Juzgado de lo Social ha desestimado la demanda. En el recurso de suplicación se reitera lo solicitado en la demanda.

SEGUNDO: Al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , el recurso denuncia infracción de los artículos 205.1 a), 206.2 y 214 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , y 2 f) del Real Decreto 1851/2009 , por entender que el demandante tiene derecho a percibir la prestación por jubilación activa, resaltando que era receptor de prestación de jubilación ordinaria y no anticipada, sin perjuicio de que se hubiese jubilado antes de la edad, como consecuencia de la rebaja derivada de la aplicación del Real Decreto citado, con lo que no le es de aplicación la regulación prevista para la jubilación anticipada, resaltando el contenido del artículo 214 antes citado.

Las Entidades Gestoras demandadas impugnan el recurso de suplicación alegando que del apartado de hechos probados se desprende que el demandante ha compatibilizado pensión de jubilación y la realización de una actividad laboral, base sobre la que se fundamenta la resolución en la que se requiere el reintegro de cantidad, remitiéndose al contenido del segundo fundamento de derecho de la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida, en su segundo fundamento de derecho, razona que, dada la fecha del hecho causante de la prestación de jubilación del demandante, le era de aplicación el artículo 2 del Real Decreto Ley 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; en el que se requiere que el acceso a la pensión de jubilación se haya producido una vez alcanzada la edad que en cada caso resulte de aplicación, de acuerdo con el artículo 205 y la disposición transitoria séptima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , sin que a tales efectos sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación; y como el demandante no se encontraba en esa situación e inició una actividad por cuenta propia el 1 de mayo de 2016, situación que era incompatible con el percibo de la pensión de jubilación anticipada, confirma la resolución impugnada y desestima la demanda.

TERCERO: El artículo 161.1 a) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 , vigente en la fecha del hecho causante -1 de febrero de 2010- decía así: <Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas incluidas en este Régimen General que, además de la general exigida en el apartado 1 del artículo 124, reúnan las siguientes condiciones: a) Haber cumplido sesenta y cinco años de edad>.

El segundo párrafo del artículo 161 bis 1 de dicho Texto Refundido, vigente en la referida fecha disponía: <...De igual modo, la edad mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas. La aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años. Los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el apartado 2 del artículo 163, a la jubilación regulada en la norma 2ª del apartado 1 de la disposición transitoria tercera y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada>.

El demandante había nacido el NUM000 de 1947, con lo que *en la fecha de efectos de la pensión de jubilación, tenía una edad de 62 años, siéndole reconocida una prestación del 100% de su base reguladora* de conformidad con las previsiones contenidas en el citado precepto legal, en relación con los artículos 3 y 7 del Real

Decreto 1851/2009 , por el que se desarrolla el artículo 161.1 bis del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación a los trabajadores con discapacidad igual o superior al 45%, cuyo artículo 3 disponía: <La edad mínima de jubilación de las personas afectadas, en un grado igual o superior al 45 por ciento, por una discapacidad de las enumeradas en el artículo 2 será, excepcionalmente, la de cincuenta y seis años>; y cuyo artículo 7 decía así: <El período de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación del trabajador, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación>.

El artículo 206.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015 , vigente en la fecha de solicitud de la jubilación activa del demandante -29 de abril de 2016 (hecho probado cuarto)- dispone lo siguiente: <los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el artículo 210.2, y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada.

Y el artículo 214.1 de dicho Texto Refundido, bajo el epígrafe pensión de jubilación y envejecimiento activo, dispone lo siguiente: <1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 213, el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, en los siguientes términos: a) El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar una vez cumplida la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 205.1.a), sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado...>.

Es decir, que para tener derecho a la compatibilidad de la prestación de jubilación con la realización de un trabajo por cuenta ajena no son admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser aplicables al interesado. Y frente a lo que se razona en el recurso de suplicación, es evidente que la pensión de jubilación del demandante encuentra en este supuesto, ya que se le concedió de acuerdo con el artículo 161.bis 1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 , cuyo epígrafe era <jubilación anticipada>. En definitiva, como el demandante no se jubiló a la edad resultante de la puesta en relación del artículo 205 y la disposición transitoria séptima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015 , no tiene derecho a la compatibilidad entre percepción pensión de jubilación y realización de trabajo por cuenta propia.

En consecuencia, *se considera de aplicación el artículo 213.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015 , que dice así: <El disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen>. Y, por lo tanto la decisión de la Entidad Gestora demandada de considerar indebidamente percibida la prestación de jubilación del demandante entre el 1 y el 31 de mayo de 2016 es ajustada a derecho.*

Así que la sentencia recurrida, al desestimar la demanda, no ha incurrido en las infracciones legales denunciadas, lo que conduce a la desestimación del recurso de suplicación formulado contra la misma, y a su confirmación.

FALLO

I.- Se **desestima** el recurso de suplicación interpuesto por DON Julio y se confirma la sentencia del Juzgado de lo Social número cinco de Málaga, de 22 de mayo de 2017 , dictada en el procedimiento 755-16.

II.- Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se preparará dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, mediante escrito firmado por letrado y dirigido a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.