

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL****TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 18 de marzo de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 1687/2013

**SUMARIO:**

**Banesto. Acuerdo de prejubilación suscrito en el marco de un programa colectivo con inclusión de convenio especial cuyas cuotas son abonadas por la empresa hasta los 60 años, momento de acceso a la jubilación anticipada (la «histórica» prevista en la disp. trans. tercera de la LGSS). Novación del contrato con el fin de adaptarlo a una modificación legislativa que establece otra modalidad de jubilación anticipada más beneficiosa para el trabajador (la «moderna» del art. 161 bis d la LGSS). Procedencia. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** No existe fraude, pues no media vulneración alguna de precepto imperativo o prohibitivo, sino el legítimo ejercicio del derecho a mejorar las condiciones de acceso a las prestaciones. Negar esa posibilidad a los trabajadores prejubilados antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 y jubilados con posterioridad a ella, significaría no tanto una censurable interpretación restrictiva de los derechos, cuanto como demorar -arbitraria e ilegalmente- la vigencia de la norma.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 161 bis y disp. trans. tercera.  
Código Civil, art. 1.257.

**PONENTE:**

*Don Luis Fernando de Castro Fernández.*

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en fecha 10/mayo/2013 [recurso de Suplicación n.º 224/2013 ], que resolvió el formulado por la misma parte contra D. Baltasar frente a la sentencia pronunciada en 7/diciembre/2012 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Zaragoza [autos 29/12], sobre JUBILACION.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 7 de diciembre de 2012 el Juzgado de lo Social núm. 4 de Zaragoza dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda formulada por D. Baltasar contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, se reconoce al actor un porcentaje de base reguladora (2.699,53 euros) de la pensión de jubilación del 76% en lugar del 68% así como al pago de los atrasos por diferencias desde el pasado 28-10-11, con condena de la entidad gestora al abono de la pensión resultante y sus atrasos, con absolución de TGSS."

**Segundo.**

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO: El actor D. Baltasar, nacido el NUM000 -1950, con n.º de afiliación a la Seguridad Social NUM001 prestó servicios por cuenta ajena para el Banco Español de Crédito desde el 16-10-1973 hasta el 31-3-2002- SEGUNDO: El actor cesó en su prestación de servicios en fecha 31-3-2002 para la entidad Banco Español de Crédito en virtud de acuerdo de prejubilación en el marco de un programa de prejubilaciones. En virtud de dicho acuerdo el actor debía suscribir

Convenio Especial con la Seguridad Social hasta que cumplierse 60 años, fecha en que solicitaría su jubilación, siendo reembolsada la cuota que abonase por el Banco, el cual le abonaría una cantidad bruta anual de 27.478,44 euros- TERCERO: En fecha 1-6-09 el actor suscribió acuerdo novatorio con BANESTO con la finalidad de que resultasen aplicables las condiciones de jubilación anticipada establecidas en el art. 161.bis 2 de LGSS, en virtud de un Acuerdo Colectivo con la representación sindical. En virtud de dicho contrato, entre otras cuestiones, el Sr. Baltasar se obligaba a mantener el Convenio Especial con la Seguridad Social hasta la edad de 61 años fecha en la que solicitará la jubilación, reembolsándole el Banco el coste correspondiente a ese Convenio Especial. Este acuerdo sustituía las anteriores condiciones pactadas en el acuerdo de prejubilación- CUARTO: En fecha NUM000 -11 el actor presentó solicitud de jubilación al cumplir 61 años y el INSS dictó Resolución de fecha 2-11-11 en la que le reconocía prestación de jubilación con efectos de 28-10-11 con base reguladora de 2.699,53 euros, con porcentaje del 68% y pensión inicial de 1.835,68 euros, y 46 años cotizados- Interpuesta reclamación previa fue desestimada en Resolución de 29-12-11- QUINTO: En fecha 29 abril 2009 Banesto y la representación sindical de los trabajadores suscribieron un nuevo acuerdo colectivo que tenía la voluntad de dar continuidad a los distintos procesos de prejubilaciones instrumentados en la empresa, adaptándolos a las previsiones establecidas en la Ley 40/2007, de 4 diciembre, permitiendo que resulten de aplicación las condiciones de jubilación anticipada establecidas en el artículo 161 bis dos del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social ".

### **Tercero.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la cual dictó sentencia en fecha 10 de mayo de 2013, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación n.º 224/2013, ya referenciado, interpuesto contra la sentencia n.º 465/2012 dictada en 7 de diciembre de dos mil doce por el Juzgado de lo Social n.º 4 de los de Zaragoza que confirmamos en toda su integridad. Sin costas".

### **Cuarto.**

Por la representación procesal del INSS se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 21 de enero de 2012 (Rec. 3067/2012 ).

### **Quinto.**

Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de marzo de 2.014, en el que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

1- Antes de nada conviene referir los hechos sobre los que versa la litis. Conforme al relato fáctico: a) el demandante -Sr. Baltasar - ha nacido en NUM000 /50 y prestó servicios para el «Banco Español de Crédito» [Banesto] en el periodo 16/10/73 a 31/03/02; b) cesó en la prestación de servicios en esa fecha de 2002, tras acuerdo individual de prejubilación suscrito en el marco de un programa colectivo, por cuya virtud suscribiría Convenio Especial con la Seguridad Social -cuyas cuotas abonaría la empresa- hasta que a los 60 años solicitase su jubilación; c) tras pacto colectivo con la representación sindical, el acuerdo privado fue novado en 01/06/09, con la exclusiva modificación de mantener el Convenio Especial hasta los 61 años; d) solicitada pensión de Jubilación en 27/10/11, el INSS se la reconoció con porcentaje del 68% sobre la base reguladora, aplicando las normas previstas en la DT 3ª LGSS y no las establecidas en el art. 161 bis 2 LGSS [introducido por la Ley 40/2007].

2- Como se colige de las precedentes indicaciones, la cuestión que se suscita en la presente litis es la de si se ajusta a derecho novar un contrato de prejubilación inicialmente dirigido a un tipo de jubilación anticipada [la «histórica» prevista en la DT 3ª LGSS ] precisamente para adaptarlo a una modificación legislativa que establece otra modalidad de jubilación anticipada más beneficiosa para el trabajador [la «moderna» del novedoso art. 161 bis LGSS, introducido por el art. 3.3 de la Ley 40/2007, de 4/Diciembre ]. La decisión recurrida - STSJ Aragón

10/05/2013 rec. 224/13 - desestima el recurso del INSS y confirma el criterio que en instancia había seguido la sentencia de 7/12/2012, dictada por el J/S n.º 4 de Zaragoza, acogiendo la pretensión del trabajador y reconociéndole el derecho a pensión del 76% de la base reguladora, por considerar que la legislación aplicable es la vigente en la fecha del hecho causante, que es lícita la modificación del pacto de prejubilación, que se cumplen objetivamente todos los requisitos que el precepto exige y que el legislador no ha condicionado el derecho a desarrollo reglamentario alguno.

**3-** Se interpone recurso de casación para la unidad de la doctrina por la Entidad Gestora, aduciendo infracción del art. 161 bis LGSS, en relación con la DT Tercera.1 de la misma LGSS, y aportando como decisión de contraste la STSJ Madrid 21/01/13 [rec. 3067/12 ], que en supuesto sustancialmente idéntico al de autos -con incuestionable cumplimiento del requisito de contradicción exigido por el art. 219 LRJS - llega a la conclusión opuesta, por dos razones: a) porque entiende que el acuerdo novatorio no vincula a la Seguridad Social, puesto que «el demandante dejó de mantener relación laboral con el Banco, por lo que tampoco mantenía ninguna relación de seguros sociales que, en todo caso, son consecuencia necesaria de la relación laboral conforme a lo dispuesto en el artículo 7.1.a) de la LGSS » y porque «[l]os contratos, dice el artículo 1.257 del Código Civil, sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, por lo que lo acordado ... no afecta en modo alguno a la Seguridad Social que no fue parte del mismo»; y b) porque el acuerdo novatorio tampoco resulta válido, pues en la suscripción del mismo concurre fraude de ley, siendo así que con él «pretenden, ciertamente sin efecto jurídico alguno, modificar a posteriori una relación de seguros sociales consolidada para poder disfrutar de los beneficios económicos regulados en una norma legal que no es la aplicable por razones cronológicas y de vigencia al verdadero pacto preexistente ».

**4-** Rechazamos tales argumentos y con ellos la denuncia que en los mismos se sustenta, de acuerdo a los razonamientos que acto continuo pasamos a expresar.

### **Segundo.**

**1-** Para empezar señalemos que la denominada «prejubilación» es -como se señala en doctrina- una especie de tránsito entre el cese efectivo en el trabajo y el momento de la jubilación reglamentaria, que trae causa en un pacto -«contrato de prejubilación», como lo denomina la Ley 40/2007- entre el trabajador y el empresario, y que normalmente se lleva a cabo en un contexto colectivo de «bajas incentivadas»; pacto que por expresa disposición legal comporta la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un Convenio Especial con la Seguridad Social [ art. 51.9 ET y DA Trigésima Primera LGSS ]. Y precisamente al hilo de estas afirmaciones hemos de rechazar -con toda contundencia- dos de las argumentaciones efectuadas por la sentencia de contraste y utilizadas en el presente recurso por la Entidad Gestora:

a)- En primer lugar, la relativa a que previsión legal del art. 1257 CC [los contratos «sólo producen efectos entre las partes que los otorgan»] comporta que el acuerdo novatorio no vincule a la Seguridad Social, en tanto que ajena al mismo. Nada más alejado de la dogmática jurídica, para la que el citado precepto únicamente consagra el denominado «principio de relatividad», cuyo significado más tradicional siempre ha sido que el contrato -como fuente de derechos y obligaciones- sólo puede imponerse entre quienes lo han formalizado, excluyendo de la posición de acreedor y deudor «contractuales» a quien no haya concurrido en la formación de la voluntad [en tal sentido, SSTs -1ª- 06/02/81 y 17/11/88 ]; es decir, lo que se ha llamado «efecto directo» o «negocial» y que la más autorizada doctrina define como «la creación del deber de observancia de la regla contractual y la proyección del contrato sobre las relaciones o situaciones objetivamente contempladas por el propio contrato». Pero con independencia de la actual crisis de aquel principio, lo cierto es que de siempre se ha admitido la llamada «oponibilidad» del contrato frente a terceros, a quienes se les impone el respeto a la situación que el contrato ha generado entre las partes, precisamente por la interdependencia existente entre las personas - físicas o jurídicas- en la sociedad; oponibilidad que en el caso debatido ha de extenderse a la Entidad Gestora recurrente, a la que únicamente le cabe alegar -para desconocer la eficacia indirecta de lo convenido- la existencia de fraude de ley.

b)- De otra parte, también es inadmisibles el argumento de que la extinción de la relación laboral había conllevado la inexistencia de «ninguna relación de seguros sociales», pues con ello se desconoce que el Convenio Especial con la Administración de la Seguridad Social [ art. 125. 2 LGSS ] comporta «la iniciación o la continuación de la situación de alta o asimilada a la de alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda» y que tiene «como objeto al cotización al Régimen de la misma en cuyo ámbito se suscriba el convenio y la cobertura de las situaciones derivadas de contingencias comunes mediante el otorgamiento de las prestaciones» [art. 1 Orden TAS/2865/2003, de 13/Octubre].

### **Tercero.**

1- Ha de partirse de la base incuestionable que los requisitos exigibles y las consecuencias jurídicas atribuibles a la prestación de jubilación han de concurrir y vienen determinados -respectivamente- por la fecha del hecho causante [HC], que - prescindiendo de las singulares supuestos de trabajador mayor de 52 años y perceptor de subsidio por desempleo, de excedencia forzosa y de trabajadores trasladados fuera del territorio nacional- tratándose de trabajadores en alta ha de situarse al día siguiente del último día trabajado y cotizado, conforme al art. 3 de la OM 18/01/67 ( STS 12/02/91 -rcud 1092/90 -), y que para los trabajadores en situación asimilada al alta -y con Convenio Especial, añadimos- se identifica con el momento de solicitar la pensión ( STS 28/10/94 -rcud 394/94 -).

Lo que en el caso examinado significa, dada la fecha de solicitud -HC- de la pensión de Jubilación de que tratamos [27/10/11], que el trabajador gozaba entonces de la posibilidad legal de acceder a la pensión de Jubilación anticipada instaurada por la Ley 40/2007 [la del art. 161. bis LGSS ]. El único obstáculo posible -y que la recurrente argumenta- es que tal posibilidad hubiese podido ser obtenida fraudulentamente. Lo que rechazamos por las razones que a continuación siguen.

2- Ante todo hemos de partir de la propia noción del fraude de ley que muy recientemente acotábamos diciendo que «constituye una modalidad de fraude que no puede confundirse con el simple engaño o fraude en sentido de "acción contraria a la verdad y la rectitud" a que se refiere el Diccionario de la Lengua. El fraude de ley es una noción más compleja: es la vulneración de una norma prohibitiva o imperativa que se produce de una manera oblicua, es decir, mediante un acto amparado formalmente en el texto de una norma [la denominada norma de cobertura] que persigue en realidad un resultado contrario al ordenamiento jurídico que, como tal, no queda protegido por aquella norma» ( STS 10/12/13 -rcud 3002/12 -).

De otra parte, es consolidada doctrina que si bien el fraude de Ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca ( SSTS 16/02/93 -rcud 2655/91 -; 18/07/94 -rcud 137/94 -; 21/06/04 -rcud 3143/03 -; y 14/03/05 -rco 6/04 -), en todo caso sí podrá acreditarse su existencia -como la de abuso del derecho- mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo entre estas últimas las presunciones, cuando entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir hay «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» ( SSTS 29 marzo 1993 -rec. 795/92 -; 04/02/99 -rec. 896/98 -; 24/02/03 -rec. 4369/01 -; 21/06/04 -rcud 3143/03 -; 30/03/06 -rcud 53/05 -; 14/05/08 -rcud 884/07 -; 06/11/08 -rcud 4255/07 -; y 04/05/10 -rcud 2407/08 -). Y aunque este planteamiento supone que en términos generales -al sostenerse que la intención del agente es algo consustancial al fraude- el componente intencional haya de ser objeto de la correspondiente prueba, por lo que examen de la convicción judicial de instancia sobre tal extremo escasamente compete al Tribunal de casación, salvo que medie denuncia relativa a las normas sobre las presunciones [ arts. 385 y 386 LECiv ] y carga de la prueba [ art. 217 LECiv ] ( SSTS 06/02/03 -rec. 1207/02 -; y 14/05/08 -rcud 884/07 -), pues «de lo contrario el RCUUD se convertiría -en contra del deseo del legislador- en una tercera instancia o en un recurso extraordinario subsiguiente a otro también extraordinario, posibilidad que viene negando reiteradamente la Sala [SSTS 10/10/91 -rcud 682/91 -; y 05/12/91 -rec. 626/91 -]» ( STS 31/05/07 -rcud 401/06 -), de todas formas el elemento intencional no es objeto de debate en las presentes actuaciones [en la que paladinamente se admite que el acuerdo novatorio tenía la finalidad de conseguir el acceso a la nueva modalidad de jubilación anticipada, más ventajosa para el beneficiario] y toda la cuestión se reduce a si objetivamente ese propósito comporta el cuestionado fraude y la denunciada infracción del art. 161 bis LGSS .

3- Tal como adelantamos, no compartimos el planteamiento recurrente. Es cierto que el inicial contrato de prejubilación suscrito en 31/03/02, únicamente permitía al trabajador -dada la legislación entonces vigente- el acceso a la pensión de jubilación anticipada prevista en la DT Tercera LGSS, como mutualista que había sido el 01/01/67. Pero aquel contrato había sido modificado por nuevo pacto de 01/06/09, tras un Acuerdo entre los Sindicatos y la empresa, orientado precisamente a facilitar el acceso de los prejubilados a la nueva modalidad -la del art. 161 bis LGSS - que había instaurado la Ley 40/2007 y que en absoluto requería desarrollo reglamentario alguno, como sin apoyo legal alguno manifiesta la Entidad Gestora. Así producidos los hechos, en manera alguna atisbamos visos de censurable fraude, pues no media vulneración alguna de precepto imperativo o prohibitivo -tal como requiere el fraude, conforme a la doctrina expresada por nuestra sentencia de 10/12/13 arriba citada-, sino el legítimo ejercicio del derecho a mejorar las condiciones de acceso a las prestaciones; es más, negarle esa posibilidad a los trabajadores prejubilados antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 y jubilados con posterioridad a ella, significaría no tanto una censurable interpretación restrictiva de los derechos, cuanto como demorar -arbitraria e ilegalmente- la vigencia de la norma.

### **Cuarto.**

1- En otro orden de cosas ha de recordarse -es cierto- que la doctrina constitucional ha establecido que los cambios normativos no atentan contra el principio de igualdad, «porque de otro modo se destruiría la posibilidad de innovación o se someterían las situaciones jurídicas a una mutación radical y constante en detrimento de la

seguridad jurídica» ( SSTC 19/1982, de 5/Mayo ), de modo que es constitucionalmente admisible «la fijación de determinadas fechas como límite temporal que posibilite o no este tipo de nuevas y más favorables percepciones» ( STC 70/1983, de 26/Julio ), de manera que una modificación normativa «no puede hacerse equivaler a una desigualdad de trato temporal, pues no es el transcurso del tiempo el que origina la diferencia de régimen, sino una sucesión de normas que responden a principios y condiciones diversas» ( STC 121/1984, de 12/Diciembre ), en forma tal que «la igualdad ante la Ley proclamada en el art. 14 CE no impide que, a través de cambios normativos, pueda producirse un trato desigual entre diversas situaciones, derivado de la diferencia de fechas en que se originaron ( STC 119/1987, de 19/Julio ); ni el art. 14 del texto fundamental exige en todo caso la aplicación retroactiva de la Ley más favorable ( STC 88/1991, de 25/Abril ).

**2-** Pero no es menos cierto que también conforme a criterio constitucional y de esta Sala los órganos judiciales pueden vulnerar el derecho a la igualdad ante la Ley cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, y además la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad, su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 de la Constitución no consiente ( SSTC 103/1990, de 9/Marzo, FJ 2 ; 39/1992, de 30/Marzo, FJ 3 ; y 20/1994, de 27/Enero, FJ 2 ; 103/2002, de 06/Mayo, FJ 4 ; 34/2004, de 08/Marzo . SSTS SG 22/12/08 -rcud 3460/06 -; SG 22/12/08 -rcud 856/07 -; 10/11/09 -rcud 2514/08 -; 07/12/11 -rcud 4574/10 -; y 04/07/12 -rcud 2776/11 -).

**3-** Se quiere significar con ello que si alguna duda cupiese en orden a si nueva jubilación anticipada instaurada por el art. 161 bis LGSS se limitaba no ya a los HC posteriores, sino que incluso podría excluir a las prejubilaciones producidas con anterioridad [extremo -en nuestra opinión- de gratuita exigencia, por contrariar los efectos generales del HC y de la entrada en vigor de las normas], en todo caso esa duda interpretativa -que ciertamente no tenemos- habría de solventarse a favor de la solución más favorable al tratamiento igual entre los beneficiarios, o lo que es igual de que la novedosa y más favorable pensión de jubilación anticipada [con inferior índice corrector en función de la edad] por fuerza habría de alcanzar a los prejubilados antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 y jubilados ya bajo la cobertura de la norma. Tal como con todo acierto resolvió la sentencia que es objeto del presente recurso.

#### **Quinto.**

Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de recurrida y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada. Sin imposición de costas [ art. 235.1 LRJS ].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y confirmamos la sentencia dictada por el TSJ de Aragón en fecha 10/Mayo/2013 [recurso de Suplicación n.º 224/13 ], que a su vez había confirmado la resolución -estimatoria de la demanda- que en 07/12/2012 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Zaragoza [autos 29/12], a instancia de Don Baltasar, sobre importe de la prestación de Jubilación.

Se acuerda sin imposición de costas a la recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.