

BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

Sentencia 1241/2015, de 30 de junio de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 1094/2015

SUMARIO:

Jubilación anticipada. *Trabajador que tras ser despedido en virtud de ERE, permanece un tiempo de alta en el RETA, régimen del que se da de baja por causas económicas, solicitando con posterioridad prestación por jubilación anticipada.* El solicitante cumple todos los requisitos previstos para poder acceder a la prestación solicitada, incluido el cese involuntario. Si los trabajadores autónomos cuentan con un sistema específico de protección por cese de actividad, cuya finalidad es cubrir «las situaciones de finalización de la actividad que derivan de una situación en todo caso involuntaria», considerándose como tal, entre otras, el cese por motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos, es claro que el cese del actor no tuvo su origen en su libre voluntad.

PRECEPTOS:

Ley 27/2011 (Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social), disp. final duodécima, 2 b).

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 161 bis.2.

PONENTE:

Don Emilio Palomo Balda

Magistrados:

Don EMILIO PALOMO BALDA

Don FLORENTINO EGUARAS MENDIRI

Doña GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR

RECURSO N.º: Suplicación / E_Suplicación 1094/2015

N.I.G. P.V. 20.05.4-14/003436

N.I.G. CGPJ 20.069.34.4-2014/0003436

SENTENCIA N.º: 1241/15

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por la/os ltma/os. Sra/es. D^a. GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D. EMILIO PALOMO BALDA, Magistrada/os, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Santos, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de los de Donostia- San Sebastián, de fecha once de marzo de dos mil quince, dictada en los autos núm. 691/2014, seguidos a su instancia frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre Pensión de jubilación anticipada (OSS).

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO PALOMO BALDA, que 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:

1)- Que D. Santos nació el día NUM000 de 1953.

2)- Que D. Santos ha trabajado por cuenta ajena desde el día 5 de mayo de 1969 hasta el día 13 de enero de 2009, fecha en la que fue extinguida su relación laboral con la empresa Revestimientos y Calderería Bikor S.L. por razones de carácter objetivo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 del E.T . percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año trabajado.

3)- Que el actor que desde el día 14 de enero de 2009 percibió las prestaciones de desempleo a nivel contributivo y nivel asistencial, hasta el día 1 de octubre de 2010, fecha en la que causó alta como trabajador autónomo en la actividad 5630 de establecimientos de bebidas, actividad en la que causó baja en fecha 31 de agosto de 2012, por causar situación legal de "cese de actividad por motivos económicos".

4)- Que el actor solicitó una prestación de jubilación el día 3 de julio de 2014, dictándose resolución por el INSS mediante la cual se le denegaba la prestación solicitada, presentando reclamación administrativa que fue desestimada mediante nueva resolución de fecha 8 de agosto de 2014, alegándose que la extinción en el trabajo producida antes del día 1 de abril de 2013 no era una relación laboral sino un cese en la actividad como trabajador por cuenta propia, de manera que no procedía aplicar la normativa anterior a la Ley 27/2011, y por no acreditar la condición de mutualista ni el cese involuntario en la última actividad, ya que la modalidad de jubilación anticipada a la que se podía acceder era la jubilación voluntaria, entre cuyos requisitos se exigía la edad mínima de 63 años reales y una cotización efectiva de 35 años, lo cual no se acreditaba por el actor, denegándose también por no encontrarse el actor al corriente en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social.

5)- Que en caso de estimación de la demanda, al actor le correspondería una prestación económica por jubilación anticipada, consistente en el 68% de la base reguladora de 1.284,88 euros, catorce veces al año, con efectos desde el día 18 de julio de 2014.

Segundo.

La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice: Que debo desestimar la demanda interpuesta por D. Santos contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, absolviendo a las entidades gestoras de toda las pretensiones dirigidas en su contra.

Tercero.

Frente a dicha sentencia se interpuso, por el demandante, recurso de suplicación, que fue impugnado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Cuarto.

Elevados, por el Juzgado de lo Social de referencia, los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, los mismos tuvieron entrada en esta Sala el 3 de junio de 2015, fecha en la que se emitió diligencia de ordenación, acordando la formación del rollo correspondiente y la designación de Magistrado-Ponente.

Quinto.

Por providencia de 22 de junio de 2015 se señaló, para la deliberación y fallo del asunto, la audiencia del siguiente día 30, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El actor en el proceso, nacido el NUM000 de 1953, ha estado inscrito en dos regímenes de la Seguridad Social: 1.º) en el Régimen General, en el que figuró encuadrado del 5 de mayo de 1969 al 13 de enero de 2009, fecha en que cesó en la empresa Revestimientos y Calderería Bikor SA, a virtud de resolución dictada en expediente de regulación de empleo fundado en causas económicas, pasando a percibir la prestación de desempleo, agotada la cual, y hasta el 30 de septiembre de 2010, lucró el subsidio de desempleo para mayores de 52 años; y, 2.º) en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, al que perteneció desde el 1 de octubre de 2010 hasta el 31 de agosto de 2012, fecha en que causó baja por cese de actividad en razón de motivos económicos, tras lo que reanudó el disfrute del subsidio de desempleo para mayores de 52 años.

El 3 de julio de 2014 solicitó la pensión de jubilación, con efectos del siguiente día 17, fecha en que cumplió la edad de 61 años, que le fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad sobre la base de que la relación que se extinguió antes del 1 de abril de 2013 no era de naturaleza laboral, además de no encontrarse al corriente en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social por el RETA.

Disconforme con el acuerdo adoptado en sede administrativa interpuso la demanda rectora de autos, que ha sido desestimada en vía judicial al considerar inaplicable el órgano "a quo" la disposición final duodécima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, en la redacción dada por el Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo, pues el actor, después de su cese en la empresa Bikor se incorporó a otro régimen del sistema de la Seguridad Social en el que es el trabajador el que decide la baja, interpretando el párrafo a) del apartado 2 de la mencionada disposición final en el sentido de que la fecha a considerar a efectos de la no inclusión en otro Sistema no es el 1 de abril de 2013, sino la previa en que se extinguió la relación laboral, lo que no se ajusta a la literalidad de la norma.

Segundo.

Frente a dicha sentencia se alza en suplicación el interesado, que propone un primer y único motivo impugnatorio, al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, en el que denuncia la infracción del artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con la disposición final duodécima de esa misma norma (cita que debemos entender hecha a la correlativa de la Ley 27/2011), del artículo 35 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, sobre cómputo de períodos de cotización a distintos Regímenes de la Seguridad Social, y del artículo 5 de la Ley 32/2010, de 2 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

Aduce, en síntesis, que su situación encuentra encaje en la contemplada en el apartado segundo, letra b) de la disposición final invocada, habida cuenta que la extinción de la relación laboral se produjo a virtud de resolución dictada en expediente de regulación de empleo, sin que el hecho de que posteriormente causase alta en el RETA haga inviable su aplicación, pues el citado epígrafe, a diferencia del que le precede, no exige que después de producirse el despido no se haya causado alta en otros Regímenes de la Seguridad Social, y, en todo caso, su cese en la actividad por cuenta propia tuvo carácter involuntario. Subsidiariamente, sostiene que le corresponde la pensión que reivindica de acuerdo a lo previsto en el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en la versión establecida por la Ley 27/2011.

Se argumenta en sentido contrario por el Letrado de la entidad gestora que en este caso no se cumplen los requisitos exigidos en la letra a) del apartado segundo de la disposición final alegada, pues lo que se extinguió antes del 1 de abril de 2013 no fue una relación laboral, y que lo que acaeció fue un cese voluntario como trabajador por cuenta propia.

Tercero.

La presente controversia se enmarca en el ámbito de la regulación transitoria que en materia de jubilación estableció la disposición final duodécima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y, en concreto, de la reglas recogidas en su apartado segundo, letras a) y b), que en la redacción dada por el Real Decreto Ley 5/2013, preceptúan lo siguiente:

"Se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de esta Ley, a las pensiones de jubilación, que se causen antes de 1 de enero de 2019, en los siguientes supuestos:

a) Las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1 de abril de 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.

b) Las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito cuerdos colectivos de empresa, así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados,

suscritos o declarados con anterioridad a 1 de abril de 2013, siempre que la extinción o suspensión de la relación laboral se produzca con anterioridad al 1 de enero de 2019" (¿).

La posición divergente mantenida por las partes acerca del párrafo aplicable requiere, a efectos de un correcto enfoque del recurso, que hagamos una puntualización previa, aunque la decisión que se adopte no incida en su resolución. Consiste tal precisión en que mientras que el supuesto identificado con la letra a) se refiere a todos los trabajadores que hayan perdido su empleo antes del 1 de abril de 2013 por causas que no les sean imputables, el segundo se refiere específicamente a quienes se hayan visto privados del mismo como consecuencia de un expediente de regulación de empleo, a los que la norma les otorga un tratamiento más favorable, al no exigirles que posterioridad al 1 de abril de 2013 no desarrollen una actividad por cuenta ajena o propia que dé lugar a su inclusión en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.

Pues bien, dado que el actor vió extinguida su relación laboral el 13 de enero de 2009 de resultados de un expediente regulación de empleo, la aplicación del apartado 2 de la disposición final 12ª de la Ley 27/2011, hecha por la sentencia de instancia ha de considerarse errónea, pues la regulación a considerar no es la de su letra a) sino la de su letra b).

Sentado lo anterior, la excepción aplicable da pie para entender que al establecerla el legislador estaba pensando principalmente en el caso en que el trabajador por cuenta ajena que ha visto extinguida su relación laboral vía ERE y pasa a la situación de desempleo, enlaza esta con la solicitud de la prestación de jubilación, siempre que, en lo que a la pensión de jubilación anticipada a los 61 años se refiere, acredite los requisitos exigidos por el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 35/2002, de 12 de julio, esto es, estar inscrito como demandante de empleo, al menos, en los 6 meses previos a la petición; reunir un período de cotización de treinta años; y que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a su libre voluntad.

No obstante, el mentado párrafo b) no establece diferencia alguna en relación con su no aplicación en los casos en que el asegurado, después de haberse extinguido su relación laboral, ha pasado a desarrollar otra actividad y cause baja en la misma por causa no imputable a su voluntad, y tanto los criterios hermenéuticos básicos que para desentrañar el sentido de la Ley establece el artículo 3.1 del Código Civil, como el canon último y superior consagrado en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de interpretación conforme a los preceptos y principios constitucionales, conducen a considerar que tal situación resulta subsumible en la citada norma transitoria, siempre se cumplan las condiciones generales anteriormente reseñadas y que lógicamente, como sucede en este caso, el trabajador, en función de su carrera de seguro, tenga derecho a causar la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social.

En tal sentido, el resultado que ofrece el criterio gramatical apuntado, queda reforzado por el contenido del apartado en que se ubica, desde el momento en que en el supuesto regulado en la letra a) sí se establece previsión específica al respecto, excluyendo del beneficio a quienes con posterioridad al 1 de abril de 2013 vuelvan a quedar incluidos en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social. Por otra parte, atendiendo al criterio de la realidad social, es claro que en un contexto de crisis del empleo como la vivida en los últimos años, no sólo resulta explicable, sino digno de encomio, que un trabajador que se ha visto privado del medio de vida que le proporcionaba una relación laboral que mantuvo sin solución de continuidad a lo largo de 30 años, ha agotado la prestación de desempleo, y percibe un subsidio de menos de 500 euros mensuales, busque una salida a su situación en el ámbito del trabajo autónomo pasando a regentar el bar de un hogar de jubilados, con unas expectativas de ingresos, que luego no se cumplieron, como muestran las numerosas deudas que contrajo y han quedado acreditadas en autos, sin que tal decisión, motivada por la necesidad, pueda conllevar una penalización por parte de la Administración de la Seguridad Social, haciéndole de peor condición que si hubiese optado por la solución más gravosa para el sistema de seguir percibiendo el subsidio de desempleo para mayores de 52 años.

A igual conclusión se llega si se recurre al método exegético de búsqueda de la finalidad de una norma transitoria tuitiva y de salvaguarda de derechos como la debatida, que es plenamente compatible con la interpretación que se postula.

Finalmente, el canon o de interpretación conforme a los valores constitucionales en juego (artículos 1.1, 9.2, 14 y 41 de la Norma Fundamental) orienta en la dirección de no privar injustificadamente del acceso a la modalidad de jubilación anticipada que nos ocupa a quienes se encuentran en la situación descrita.

Al mismo punto conduce el principio «pro beneficiario» que, según advierte la sentencia de 28 de octubre de 2009 (RJ 67/10), de la Sala lo Social del Tribunal Supremo, es característico del Derecho de la Seguridad Social.

A partir de la premisa indicada el núcleo de la cuestión a decidir se sitúa en las consecuencias derivadas del hecho que la actividad desarrollada por el actor con posterioridad a la extinción de la relación laboral, lo haya sido por cuenta propia, en relación al requisito general de que el cese en el último trabajo no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del interesado, exigencia que ciertamente resulta igualmente aplicable en los supuestos en que el trabajador desarrolla una actividad laboral, de la clase que sea, después de haber visto extinguida su relación a causa de un ERE.

Pues bien, si los trabajadores autónomos cuentan con un sistema específico de protección por cese de actividad, cuya finalidad, como informa el propio Servicio Público de Empleo Estatal en su página Web, es cubrir "las situaciones de finalización de la actividad que derivan de una situación en todo caso involuntaria", considerándose como tal, entre otras, el cese por motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos, es claro, a la vista de los hechos probados de la sentencia, que el cese del actor no tuvo su origen en su libre voluntad sino por motivos económicos, por lo que concurre el requisito en cuestión.

Cuanto se ha dejado razonado lleva consigo la estimación del recurso suplicación y la revocación de la sentencia de instancia y que resolviendo la pretensión deducida en la demanda origen de las actuaciones, haya de reconocerse el derecho del actor a percibir la pensión de jubilación anticipada en cuantía del 68 por 100 de la base reguladora de 1.284,88 euros, catorce veces al año, con efectos desde el día 18 de julio de 2014, sin que haya lugar a establecer salvedad alguna al respecto, pues según acredita el certificado obrante en autos al folio 81, el demandante se encuentra al corriente en las obligaciones de Seguridad Social a virtud del aplazamiento concedido para el pago de las cuotas adeudadas al RETA.

Cuarto.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 235.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción no procede imponer al actor el pago de las costas generadas por su recurso dado su signo.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Santos, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Donostia de fecha 11 de marzo de 2015, que se revoca. En su lugar, estimando la demanda origen de los autos declaramos el derecho del actor a percibir la pensión de jubilación anticipada en cuantía del 68 por 100 de la base reguladora de 1.284,88 euros, catorce veces al año, con efectos desde el día 18 de julio de 2014, condenando a su pago al Instituto Nacional de la Seguridad Social, y a la Tesorería General de la misma.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

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

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el 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 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1094-15.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1094-15.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen 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.

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 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen 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.

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.