

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 449/2017, de 30 de mayo de 2017

Sala de lo Social

Rec. n.º 2268/2015

SUMARIO:

Jubilación activa. Compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo. Para poder acceder a la llamada jubilación activa compatibilizando pensión y trabajo es preciso haber cumplido la edad de jubilación y haber accedido a la pensión con un porcentaje de la base reguladora del 100%. No es posible alcanzar el porcentaje del 100% cuestionado con cotizaciones posteriores a la jubilación. La solución que pretende el recurrente 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 que son de menor cuantía, al ser solo por incapacidad temporal y contingencias profesionales (art. 4 RDL 5/2013), lo que permitiría alcanzar el porcentaje del 100 por 100 de la pensión sin cotizar por la contingencia de jubilación, circunstancia que implicaría discriminar favorablemente a quien cotizó menos, lo que carece de justificación alguna.

PRECEPTOS:

RDL 5/2013 (Medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo), arts. 2 y 4.

PONENTE:

Don José Manuel López García de la Serrana.

Magistrados:

Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA
Don JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ
Don JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA
Don ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER
Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO

SENTENCIA

En Madrid, a 30 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Edmundo representado y asistido por la letrada D^a. Elisa Diez Rendueles contra la sentencia dictada el 27 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en recurso de suplicación n.º 288/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de Oviedo, en autos núm. 341/2014, seguidos a instancias de D. Edmundo contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social sobre Pensión de Jubilación. Ha comparecido como parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social representado por el letrado D. Andrés Ramón Trillo García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 28 de noviembre de 2014 el Juzgado de lo Social n.º 5 de Oviedo dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« 1.º - D. Edmundo con DNI NUM000, nacido el día NUM001 de 1940, afiliado a la Seguridad Social con el número NUM002 solicitó la pensión de jubilación activa el día 30 de diciembre de 2013, con pretensión de renunciar a la pensión de incapacidad permanente total reconocida.

2.º- Por Resolución de la Dirección Provincial del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de fecha 30 de enero de 2014 se deniega su solicitud pensión de jubilación activa porque no alcanza el porcentaje de pensión exigido del 100 por 100.

3.º- Frente a esta resolución el actor formuló reclamación previa que fue desestimada mediante Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 14 de marzo de 2014 indicándose que no es posible el acceso a la jubilación activa al no alcanzar el 100% de la base reguladora de la jubilación con el exclusivo porcentaje por cotizaciones realmente efectuadas según lo referido en los puntos tercero y cuarto de la valoración jurídica. Frente a la citada resolución se formula la presente demanda en fecha siete de abril de dos mil catorce.

4.º- En resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha siete de marzo de mil novecientos setenta y tres se declaró al actor en situación de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio con derecho a percibir una pensión vitalicia en la cuantía de las entonces 4.410 pts mensuales con cargo a la Mutualidad Laboral de Aguas y Electricidad con efectos económicos de 2 de diciembre de de 1972. En fecha 10 de octubre de 1973 el actor solicitó la compatibilidad de la invalidez permanente absoluta reconocida con la de' efectuar trabajo eventual de duración inferior a 2 horas en días alternos por cuenta propia y en su domicilio como Graduado Social. En resolución de la Dirección provincial del INSS de fecha 20 de noviembre de 1973 se le declaró la compatibilidad en los términos solicitados de conformidad con la redacción dada en el Art. 138 de LGSS e indicándole que no procedería en esa situación fuera dado de alta en la Seguridad Social ni que se efectuara cotización alguna. Tras expediente de revisión 72/34 se dictó Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 30 de abril de 1986 en la que se resolvió revisar por mejoría el grado de incapacidad permanente absoluta reconocida y declarar que se encontraba afectado de invalidez permanente total para su profesión habitual de auxiliara administrativo por cuenta ajena con derecho a percibir una pensión vitalicia en la cuantía del 55% de la entonces base reguladora de 4.187,14 pts con efectos económicos de 1 de mayo de 1986. Figura de alta en el RETA desde el día 1 de mayo de 1986.

5.º- El actor solicitó al INSS consulta sobre sus derechos posibles de jubilación y cuantía aproximada de la correspondiente pensión, en el que se le indica que solo podría acceder a la jubilación activa con la pensión que incluye toda su vida laboral, indicándose la base reguladora de 1.253,19€/ mensuales.

6.º- El actor tiene acreditado un total de 11.187 días cotizados conforme a los siguientes períodos:

	Alta	Baja	Días cotizados
General	01-07-1963	30-09-1963	92 días
General	01-03-1964	13-11-1996	988 días
Autónomos	01-05-1986	13-12-2013	10.107 días

7.º- Las cotizaciones acreditadas desde el alta en el sistema de la Seguridad Social son de 11.187 días (30 años y 7 meses) correspondiéndole un porcentaje por cotización del 88,79 por 100. Con posterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (65 años) cotizó 2.993 días (8 años), que le otorga un porcentaje de demora de jubilación del 16% y un porcentaje total del 104,79%.

8.º- Se fija la base reguladora en 1253,19 €/ mensuales.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que, estimando la demanda formulada por la representación legal de D. Edmundo frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL debo reconocer y reconozco el derecho a la jubilación activa al 50% del resultado de aplicar al porcentaje de 104,7900% a la base reguladora de 1.253,19 € mensuales con efectos al día

1 de enero de 2014. Condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a su abono así como a estar y pasar por esta declaración.».

Segundo.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 27 de marzo de 2015, en la que consta el siguiente fallo: «Estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada en el Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Oviedo el 28 de noviembre de 2014 en los autos núm. 341/14 seguidos a instancia de D. Edmundo contra la entidad recurrente y la Tesorería General de la Seguridad Social, revocamos la misma y desestimamos la demanda absolviendo a los demandados de la pretensión frente a ellos dirigida.».

Tercero.

Por la representación de D. Edmundo se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 2 de junio de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias en fecha 27 de marzo de 2015.

Cuarto.

Con fecha 12 de febrero de 2016 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

Quinto.

Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1. La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina, 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.

El problema ha sido resuelto de forma diferente por las sentencias comparadas por el recurso, a efectos de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que lo viabiliza, conforme al artículo 219 de la LJS. La sentencia recurrida ha estimado que no tenía derecho a acceder a la jubilación activa solicitada quien, como el recurrente, al tiempo de causar la prestación por cumplir la edad de jubilación tenía 11.187 días cotizados y derecho a un porcentaje del 88'79 por 100 de la base reguladora, inferior, por tanto, al del 100 por 100 exigido por la norma. La sentencia de contraste en un supuesto similar resolvió lo contrario y a quien tenía al alcanzar la edad de jubilación cotizaciones, también en el RETA, que le daban derecho a una pensión con un porcentaje del 91'07 por 100 de la base reguladora, le reconoció el derecho a incrementar ese porcentaje con las cotizaciones de los seis años que efectuó después, mientras cobrara la pensión por jubilación activa del 50 por 100.

La contradicción existe porque en ambos casos se trata de solicitantes que al tiempo de cumplir la edad de jubilación acreditaban cotizaciones que daban derecho a un porcentaje de la base reguladora inferior al 100 por 100, demandantes ambos que pidieron la jubilación activa y trabajaron después alcanzando con las cotizaciones

posteriores un porcentaje superior al 100 por 100, obteniendo respuestas judiciales dispares: en un caso se le denegó por tener un porcentaje inferior al 100 por 100 de la pensión causada y en el otro se le concedió porque al porcentaje inicial que tenía se le sumó el generado por las cotizaciones que reunió después.

Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar la disparidad doctrinal reseñada.

Segundo.

El recurso alega la infracción del art. 2 del RDL 5/2013, de 15 de marzo al entender que en el mismo no es establece el requisito de tener 35 años cotizados y derecho a un porcentaje del 100 por 100 de la base reguladora, lo que impediría imponer restricciones que el legislador no establece y permitiría sumar el porcentaje ganado, tras la jubilación, compatibilizando trabajo y pensión.

El recurso no puede prosperar como ha informado el Ministerio Fiscal y con acierto razona la sentencia recurrida que contiene la doctrina correcta.

Es conveniente tener presente, a estos efectos, lo dispuesto en el art. 2 del R.D.Ley 5/2013, de 15 de marzo que dice:

«Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 165 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, 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 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima 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 que pudieran ser de aplicación al interesado.

b) El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 por 100.

c) El trabajo compatible podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial.».

De la literalidad del precepto transcrito se deriva que para disfrutar de los beneficios que establece el Capítulo I del citado RDL se requiere en primer lugar tener reconocida una pensión de jubilación por haber alcanzado la edad exigible legalmente en cada caso y en segundo lugar que la pensión reconocida sea equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. 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.

Esta solución es acorde con el fin perseguido por la Ley que, según el apartado III de la Exposición de Motivos que dice: «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.».

Se trata pues de 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, lo que corrobora lo dispuesto en el artículo 163-2 de la LGSS, vigente a la sazón, norma que quedaría vacía de contenido si el porcentaje del 100 por 100 que nos ocupa se pudiese alcanzar con cotizaciones posteriores a la jubilación, lo que corrobora para los trabajadores autónomos, como el recurrente, la Adicional trigésima segunda de la LGSS que les exige de cotizar cuando superan los 65 años y tiene cotizados los años que allí dice, siempre más de 35, fecha a partir de la que sólo cotizan por incapacidad temporal y por contingencias profesionales.

Para terminar señalar que la solución que pretende el recurrente 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.

Las precedentes argumentaciones nos obligan a desestimar el recurso por ser más correcta la doctrina que aplica la sentencia recurrida, cual ha informado el Ministerio Fiscal. Sin costas.

FALLO

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

1. Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de D. Edmundo contra la sentencia dictada el 27 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en recurso de suplicación n.º 288/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de Oviedo, en autos núm. 341/2014. 2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia 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.