

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA**

Sentencia 86/2018, de 17 de abril de 2018

Sala de lo Social

Rec. n.º 80/2018

SUMARIO:

Jubilación parcial. Administrador societario que ha permanecido de alta en el RGSS como asimilado a trabajador por cuenta ajena. Acreditación del periodo de antigüedad en la empresa de al menos 6 años. El artículo 166.2 de la LGSS no establece que este periodo de antigüedad deba completarse como trabajador por cuenta ajena, de lo que no cabe inferir que dicha exigencia temporal quede excluida si se ha llevado a cabo como trabajador asimilado en las condiciones mencionadas, no quedando tampoco excluida de la norma la coexistencia de una relación laboral y otra societaria. Además, de esta forma se cumple también con la finalidad propia de la jubilación parcial, como es facilitar el alargamiento de la vida laboral a través de una jubilación gradual y flexible que pueda armonizarse con el fomento de la contratación. No hay que olvidar que el requisito de antigüedad debe entenderse comprensivo de toda prestación de servicios en la empresa, pudiendo definirse como el tiempo transcurrido desde que se obtiene un empleo y que ese tiempo puede delimitarse de forma distinta según los efectos a los que se refiere su cómputo. Por tanto, la antigüedad exigida por el artículo 166 de la LGSS equivale a la vinculación o prestación de servicios (ininterrumpida durante los 6 años precedentes), sin que exista criterio interpretativo alguno que pueda avalar el parecer de que esa vinculación deba ser exclusivamente laboral. En cualquier caso, quedando fuera de la protección por desempleo y Fogasa, no existe razón para ampliar la exclusión, pues el reconocimiento de la pensión de jubilación en cualquiera de sus modalidades no significa el traslado de la condición de asimilado al ámbito del ET, sino que la operatividad se limita al campo de las prestaciones y en ese, solo existen las dos exclusiones mencionadas. El principio de *odiosa restringenda sunt* impide llevar más lejos de la previsión legal el impedimento para acceder a otras prestaciones.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 97.2 k) y 166.2 b).
RD 1131/2002 (Jubilación parcial), arts. 10 y 11.

PONENTE:

Doña María del Carmen Arnedo Díez.

Magistrados:

Don MARIA DEL CARMEN ARNEDO DIEZ
Don JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ
Don MIGUEL AZAGRA SOLANO

ILMA. SRA. D^a CARMEN ARNEDO DIEZ

PRESIDENTA EN FUNCIONES

ILMO. SR. D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ

ILMO. SR. D. MIGUEL AZAGRA SOLANO

En la Ciudad de Pamplona/Iruña, a DIECISIETE DE ABRIL de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A Nº 86/2018

En el Recursos de Suplicación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL, frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 2 de Pamplona/Iruña sobre JUBILACIÓN, ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA CARMEN ARNEDO DIEZ, quien redacta la sentencia conforme al criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Ante el Juzgado de lo Social nº DOS de los de Navarra, se presentó demanda por DON Luis Andrés , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se deje sin efecto la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y se me reconozca el derecho a percibir la pensión de jubilación parcial con una reducción del 85 por 100 de la jornada laboral, con efectos desde el día 1 de octubre de 2017.

Segundo.

Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el/la Letrado de la Administración de Justicia. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

Tercero.

Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que, estimando parcialmente la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Luis Andrés frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre jubilación parcial, debo revocar y revoco la resolución impugnada y declaro que el demandante tiene derecho a percibir prestación de jubilación parcial, al cumplir el requisito de carencia específica del art. 166,2 b) LGSS 94, siendo la fecha de efectos y demás elementos determinantes de la cuantía de la prestación la del día en que acredite el cumplimiento de los demás requisitos legales. En consecuencia, debo condenar y condeno a la entidad gestora demandada a estar y pasar por la presente declaración".

Cuarto.

En la anterior sentencia se declararon probados: "PRIMERO.- D. Luis Andrés , nacido el día NUM000 de 1956, con DNI NUM001 , se encuentra afiliado a la Seguridad Social con el número NUM002 y en situación de alta en el Régimen General. En fecha 10 de abril de 2017 solicitó prestación de jubilación parcial (en 85%). Tramitado el correspondiente expediente administrativo, se dictó resolución por la dirección provincial del INSS en fecha 5 de junio de 2017 y posterior resolutoria de la reclamación previa de 8 de agosto de 2017, que denegó lo solicitado por no reunir seis años de antigüedad en la empresa con anterioridad a la fecha de la jubilación (art. 166,2 b LGSS 94) (folios 12, 17 a 20, 29 a 40, 62 y 78 a 120).- SEGUNDO.- El demandante presta servicios en la mercantil Iruñalac SL desde el 3 de enero de 2001. En el periodo 1 de mayo de 2010 al 31 de marzo de 2016 fue administrador solidario de la sociedad y estuvo de alta en el Régimen General como asimilado a trabajador por cuenta ajena ex art. 97,2 k) LGSS 94 (folios 12 a 14, 25, 61, 102 y 103).- TERCERO.- El 2 de junio de 2017 suscribió contrato a tiempo parcial, con jornada del 15%. Al serle comunicada la resolución denegatoria del INSS impugnada en el presente

procedimiento volvió a realizar jornada completa (reconocido por el demandante y folios 25 a 28 y 69).- CUARTO.- El 2 de junio de 2017 se suscribió contrato de trabajo de duración indefinida a tiempo completo con trabajador relevista (D. Edmundo), que estaba hasta entonces contrato mediante contrato de duración determinada, para obra o servicio. Consta baja del referido trabajador en la empresa el 9 de julio de 2017 y posterior suscripción el 11 de julio de 2017 de contrato de duración determinada, a tiempo completo, en la modalidad de para obra o servicio determinado (folios 21 a 24, 29, 64 a 67, 70 y 72).- QUINTO.- De ser estimada la demanda, con la fecha de efectos pretendida por la parte actora, la base reguladora para el cálculo de la prestación ascendería a 2.498,50 € mensuales, siendo el porcentaje aplicable del 100% (38 años cotizados) y del 85% por parcialidad (conformidad)".

Quinto.

Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada del demandado, se formalizó mediante escrito en el que se consigna un único motivo, al amparo del artículo 193.c) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando infracción de lo dispuesto en el artículo, 166.2 b) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con el artículo 97.2 k) del mismo cuerpo legal , y con lo establecido en los artículos 10 y 11 del R.D. 1131/2002, de 31 de octubre , y 12.7 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Sexto.

Evacuado traslado del recurso fue impugnado por la representación letrada de la demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de instancia estimó la demanda promovida por D. Luis Andrés declarando que tenía derecho a percibir la prestación por jubilación parcial al cumplir el requisito de carencia específica del artículo 166.2 b) de la Ley General de la Seguridad Social , siendo la fecha de efectos y demás elementos determinantes de la cuantía de la prestación la del día en que acredite el cumplimiento de los demás requisitos, condenando a la entidad gestora a estar y pasar por tal declaración.

Frente a este pronunciamiento se alza en Suplicación el Instituto Nacional de la Seguridad Social formulando un solo motivo, correctamente amparado en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , donde denuncia infracción del artículo 166.2 b) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio , en relación con el artículo 97.2 letra k) del mismo cuerpo legal y los artículos 10 y 11 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre , que regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial así como la jubilación parcial, y artículo 12.7 del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Segundo.

La única cuestión que es objeto de controversia quedó perfectamente delimitada en el fundamento de derecho segundo de la decisión que ahora se recurre, y consiste en determinar si debe computarse como tiempo de antigüedad, a los efectos de la carencia exigida en el artículo 166.2.b) de la LGSS de 1994 , los años en los que el demandante permaneció de alta en el Régimen General como asimilado a un trabajador por cuenta ajena (entre el 1 de mayo de 2010 y el 31 de marzo de 2016), al tener la condición de administrador solidario en la empresa para la que presta sus servicios.

Mientras ostentó el cargo de administrador societario estuvo de alta en Régimen General como asimilado a un trabajador por cuenta ajena ex artículo 97.2.k) de la LGSS de 1994 , y es ésta circunstancia la que, en el parecer de la Entidad Gestora, impide apreciar la acreditación de un periodo de antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la Jubilación Parcial, que el artículo 166.2.b) de la LGSS exige para el acceso a esa prestación. Para la parte que ahora recurre, la petición de la demandante no debió estimarse, pues

la situación controvertida responde a una vinculación entre el actor y la empresa que no tiene naturaleza laboral sino mercantil, de modo que su asimilación tiene un carácter meramente funcional (se expresa como una ficción legal al solo efecto de la inclusión en el Régimen General), que excluye la laboralidad y la propia aplicación de las normas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores.

Pues bien, la Sala no comparte la postura adoptada por la Entidad Gestora, y si lo hace con el contenido de la decisión recurrida, lo que indefectiblemente nos lleva a rechazar el recurso planteado.

Esta Sala de lo Social, en sus sentencias de 23/11/2017 (rec. 377/17) y 22/03/2013 (rec. 61/2013), en la que recordaba la resolución de 16/05/2012 (rec. 131/2012), ya manifestó que el administrador societario es un "trabajador asimilado" y que la norma (166.2 LGSS) no lo excluye expresamente, por lo que debe ser considerado -a los efectos pretendidos- como un trabajador a tiempo completo, mas cuando no se acredita fraude. Así, el precepto no establece el requisito de que el periodo de antigüedad exigido deba completarse como trabajador por cuenta ajena, de lo que no cabe inferir que dicha exigencia temporal quede excluida si se ha llevado a cabo como trabajador asimilado en las condiciones que nos son conocidas, no quedando tampoco excluida de la norma la coexistencia de una relación laboral y una societaria.

De esta manera, y teniendo en consideración lo expuesto, el cómputo de tiempo de prestación de servicios del demandante como administrador de la sociedad, debe tenerse en consideración a los efectos solicitados y ello, no solo porque no existe norma alguna que excluya tal circunstancia, ni porque el precepto no establece que los años de antigüedad deban identificarse con una prestación de servicios por cuenta ajena, sino también por que de esa forma se cumple con la finalidad propia de la Jubilación Parcial, como es la de facilitar el alargamiento de la vida laboral a través de una Jubilación gradual y flexible que pueda armonizarse con el fomento de la contratación, a lo que hay que añadir que la asimilación que efectúa otro de los preceptos que se dicen infringidos (97.2.k) únicamente excluye las prestaciones de desempleo y FOGASA.

El requisito de "antigüedad en la empresa" ha sido igualmente interpretado por la Sala IV del TS en sentencia, citada en la resolución recurrida, de 25/03/2013 (rcud. 1775/2012), si bien en un supuesto en el que la prestación de servicios objeto de discusión lo había sido con ocasión de una vinculación funcionarial. En esta resolución, el TS mantiene que en la determinación de la exigible antigüedad ininterrumpida en la misma empresa (6 años) el trabajador por cuenta ajena puede computar los servicios prestados para la misma entidad en régimen funcionarial, argumentando que hay que partir de la literalidad del artículo 166.2.b) LGSS , y de que la expresión "antigüedad en la empresa" debe entenderse comprensiva de toda prestación de servicios con la empresa, añadiendo que el significado de antigüedad es "el tiempo transcurrido desde que se obtiene un empleo" y que ese tiempo puede definirse de forma distinta según los efectos a los que se refiere su cómputo.

El Alto Tribunal sostiene que dada esta polivalencia semántica, la conclusión a la que debe llegarse es la de que la «antigüedad» exigida por el artículo 166 LGSS equivale a la «vinculación» o prestación de servicios [ininterrumpida durante los seis años precedentes], y ello porque no hay criterio interpretativo alguno que pueda avalar el parecer de que esa vinculación deba ser exclusivamente laboral, excluyendo la funcionarial. Antes al contrario, el elemento literal sirve de apoyo a la solución opuesta, siendo así que donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete, máxime cuando se trata de restringir derechos que la misma establece (recientes, SSTs 09/12/10 -rcud 321/10 -; 16/11/12 -rco 208/11 -; y 05/03/12 -rco 57/11 -); y el componente finalista de la exigencia, también apunta en la misma dirección, pues los intereses que la norma parece tutelar en forma alguna pueden perjudicarse con la diferente naturaleza jurídica de los tiempos de «vinculación».

Teniendo en consideración esta doctrina, implícitamente mantenida por la Sala IV en su sentencia de 19/11/2014 (recud. 3323/2013) en donde se nos recuerda que establecido el límite prestacional en el ámbito de la Seguridad Social no existe razón para ampliar la exclusión, pues el reconocimiento de la pensión de jubilación en cualquiera de sus modalidades no significa traslado de la condición de asimilado al ámbito del Estatuto de los Trabajadores sino que la operatividad se limita al campo de las prestaciones y en ese solo existen dos exclusiones. "El principio de odiosa restringenda sunt impide llevar más lejos de la previsión legal el impedimento para acceder a otras prestaciones".

Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto, solo cabe confirmar la resolución recurrida al no apreciarse ninguna de las infracciones que se dicen cometidas, y todo ello sin expresa condena en costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN interpuesto por la representación letrada de la Administración de la Seguridad Social contra la Sentencia nº 28/18 del Juzgado de lo Social nº 2 de Navarra, de fecha 26 de enero de 2018 , dictada en los autos nº 673/17 promovidos por DON Luis Andrés contra la parte recurrente, sobre jubilación parcial y CONFIRMAMOS DICHA SENTENCIA, sin expresa condena en costas.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a su notificación, durante el cual tendrán a su disposición en la oficina judicial de esta Sala los autos para su examen, debiendo la Entidad Gestora, si recurre, acreditar que continua el pago de la prestación y que lo proseguirá mientras dure la tramitación del recurso.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de lo social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

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

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.