



Roj: STSJ AR 493/2012  
Id Cendoj: 50297340012012100203  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Zaragoza  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 154/2012  
Nº de Resolución: 207/2012  
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION  
Ponente: JOSE ENRIQUE MORA MATEO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**T.S.J.ARAGON SALA SOCIAL**

**ZARAGOZA**

**SENTENCIA: 00207/2012**

**T.S.J.ARAGON SALA SOCIALZARAGOZA**

-

CALLE COSO Nº 1

Tfno: 976208361

Fax:976208405

**NIG:** 50297 34 4 2012 0101103

402250

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0000154 /2012

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DEMANDA 0000487 /2011 JDO. DE LO SOCIAL nº 006 de ZARAGOZA

**Recurrente/s:** Gabriela

**Abogado/a:** MARIA VILLAS PEREZ

**Procurador/a:**

**Graduado/a Social:**

**Recurrido/s:** INSS Y TGSS

**Abogado/a:**

**Procurador/a:**

**Graduado/a Social:**

**Rollo número:** 154/2012

**Sentencia número:** 207/2012

L

**MAGISTRADOS ILMOS. Sres:**

**D. CARLOS BERMÚDEZ RODRÍGUEZ**

**D. JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO**

**D. RAFAEL MARIA MEDINA Y ALAPONT**

En Zaragoza, a dos de mayo de dos mil doce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres. indicados al margen y presidida por el primero de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

## SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 154 de 2.012 (Autos núm. 487/2.011), interpuesto por la parte demandante D<sup>a</sup> Gabriela , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Seis de Zaragoza, de fecha treinta de Diciembre de dos mil once ; siendo demandados el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre prestación por jubilación anticipada. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Según consta en autos, se presentó demanda por D<sup>a</sup> Gabriela , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre prestación por jubilación anticipada, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social nº Seis de Zaragoza, de fecha treinta de Diciembre de dos mil once , siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por D<sup>ña</sup> Gabriela contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social debo absolver y absuelvo al demandado de los pedimentos deducidos en su contra."

**SEGUNDO** .- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

"PRIMERO.- La demandante D<sup>ña</sup>. Gabriela el NUM000 /1948.

SEGUNDO.- El 20/1/2011 presenta solicitud de prestación de jubilación (f. 22).

TERCERO.- El INSS dicta Resolución el 172/2011 en la que deniega la prestación solicitada porque "*En la fecha del hecho causante 20/1/2011 acredita ser demandante de empleo de forma ininterrumpida por un periodo de 27 días inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de jubilación, en lugar de los 180 días exigidos legalmente para acceder a la jubilación anticipada según lo establecido en el artículo 161 bis 2.b) de la LGSS*" (f. 29).

CUARTO.- El INSS dicta una nueva Resolución de fecha de 7/2/2011 en la que deniega la prestación solicitada con la siguiente argumentación:

" *Por no tener cumplidos sesenta y cinco años de edad en la fecha del hecho causante de la pensión, según lo dispuesto en el art. 161.1.a) de la LGSS y no haber tenido la condición de mutualista en cualquier mutualidad laboral de trabajadores por cuenta ajena con anterioridad a 1 de Enero de 1967 y no serle de aplicación o dispuesto en la Disposición Transitoria Primera número 9 de la Orden de 18 de Enero de 1967, según redacción dada a la misma por la Orden de 17 de Septiembre de 1967 (BOE 30.09.76).*

*Denegar, así mismo, por no encontrarse inscrito en la oficina del servicio público de empleo como demandante de empleo durante un plazo de al menos seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación que empezarían a contar desde el momento en que se acreditan los 30 años completos de cotización en su caso, desde 25/12/2010, según lo dispuesto en el art. 161 bis 2. de la LGSS aprobada por el Real decreto Legislativo mencionado anteriormente, modificado por la Ley 40/2007 de 4 de Diciembre en la redacción dada al mismo por el art. 3 de la Ley 35/2002 y art. 1 del R.Dto 1132/2002 de 31 de Octubre*" (f. 30).

QUINTO.- Se formula Reclamación Previa que es desestimada.

El INSS en Resolución de 6/4/2011 la desestima por no tener cumplidos los 65 años de edad a la fecha del hecho causante y así mismo deniega la prestación de jubilación anticipada al no acreditar la condición de mutualista en cualquier mutualidad de trabajadores por cuenta ajena con anterioridad a 17/1/1967, requisito exigible en la D. T. 3<sup>a</sup> del Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de Junio ; "*En efecto las cotizaciones que Ud realizó al Régimen de Empleadas de Hogar entre Marzo y Abril de 1965 no sirven para causar pensión de jubilación a partir de 60 años de edad al no tratarse de una mutualidad laboral por cuenta ajena. Tampoco procede el reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada al amparo del art. 161.bis.2 dado que no reúne la totalidad de los requisitos legalmente exigibles: si tiene más de 61 años de edad (tiene 62 años) y más de 30 años cotizados en toda su vida laboral (30 años y 27 días ), en la fecha del hecho causante no alcanza el periodo de 6 meses como demandante de empleo dado que en su caso los 10950 días (30 años) los acreditó el 25/12/2010; a partir de esa fecha deben transcurrir 180 días como demandante de empleo (6 meses) y en su caso sólo han transcurrido 27 días. Todo ello en aplicación conjunta de los apartados 3 y 4 del art. 1 del Real Decreto 1132/2002 de Octubre (BOE del 27) de desarrollo de determinados preceptos de la*

*Ley 35/2002 de 12 de Julio de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. En consecuencia se ratifica la resolución desestimatoria en todos sus términos" (f. 49).*

SEXTO.- La demandante Sra Gabriela se encuentra inscrita de manera ininterrumpida como demandante de empleo desde el 10/12/2008 (f. 35).

Los datos sobre las cotizaciones obran detallados a los folios 36 y ss de las actuaciones que se dan por reproducidos.

La demandante Sra Gabriela ve extinguida su última relación laboral mantenida con la ONCE el 31/7/2006.

Percibe prestación por desempleo durante 751 días (del 1/8/2006 al 30/7/2008).

Suscribe Convenio Especial Ordinario desde el 1/8/2008.

La demandante Sra Gabriela consta de alta en la prestación por desempleo para mayores de 52 años.

La demandante completa los 30 años de cotización (10.950 días) el 25/12/2010.

SÉPTIMO.- La demandante Sra. Gabriela el 28/6/2011 presenta nueva solicitud de prestación de jubilación (f. 69).

OCTAVO.- El INSS reconoce en su Resolución de 1/7/2011 prestación de jubilación con una base reguladora de 2.056'88 euros, con un porcentaje del 71'30%, y fecha de efectos del 29/6/2011; siendo el importe mensual inicial de 1.466'56 euros (f. 71).

NOVENO.- De estimarse la demanda la base reguladora de la prestación solicitada sería de 2.097'81 euros, con un porcentaje del 71'30%, con fecha de efectos del 20/1/2011, y un importe inicial de la prestación de 1.495'73 euros, según datos aportados por la entidad gestora que no han sido controvertidos."

**TERCERO** .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado dicho escrito por el demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Al amparo del art. 193 c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), denuncia el recurso infracción de lo dispuesto en el art. 161 bis .2 de la Ley General de la Seguridad Social, que dispone: "Podrán acceder a la jubilación anticipada, los trabajadores que reúnan los siguientes requisitos:

a) Tener cumplidos los sesenta y un años de edad, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el apartado anterior.

b) Encontrarse inscritos en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación.

c) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social, el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

d) Que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1

Los requisitos exigidos en los apartados b) y d) no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social.

En los casos de acceso a la jubilación anticipada a que se refiere este apartado, la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir los sesenta y cinco años, de los siguientes coeficientes:

- 1º Entre treinta y treinta y cuatro años de cotización acreditados: 7,5 por ciento.
- 2º Entre treinta y cinco y treinta y siete años de cotización acreditados: 7 por ciento.
- 3º Entre treinta y ocho y treinta y nueve años de cotización acreditados: 6,5 por ciento.
- 4º Con cuarenta o más años de cotización acreditados: 6 por ciento.

Para el cómputo de los años de cotización se tomarán años completos, sin que se equipare a un año la fracción del mismo".

**SEGUNDO.-** En aplicación de esta norma, la Sala tiene declarado ( Sentencia de 14.11.2011, r. 749/11 ): La cuestión litigiosa ha sido ya resuelta por esta Sala en análogos supuestos de hecho precedentes, últimamente en sentencias de 17.11.2008 (r. 836/08 ), 9.12.2009 (r. 852/09 ), 15.3.2010 (r. 137/10 ), 24.3.2010 (r. 136/10 ) y 9.6.2010 (r. 346/10 ), que argumentan, en síntesis: «El comentado n. 2 d) del art. 161 bis LGSS procede de la reforma efectuada por la Ley 40/2007, de 4 diciembre, y su entrada en vigor se produjo, conforme a lo preceptuado en su DF 6ª, el 1.1.2008. El n. 1 de la DF 3ª de esta Ley establece: "Las modificaciones en el régimen jurídico de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social introducidas por medio de la presente Ley, serán de aplicación únicamente en relación con los hechos causantes producidos a partir de la entrada en vigor de la misma, salvo en los supuestos a que se refiere el último párrafo del apartado 4 del art 179 y la disposición transitoria decimosexta LGSS ". Y en el caso litigioso es llano que el hecho causante de la jubilación es posterior a aquella fecha, por lo que la aplicación de la nueva normativa es obvia y no puede quedar supeditada, cual se pretende, a un hipotético desarrollo reglamentario. Por lo demás, los destinatarios de la norma están identificados de forma general -"Podrán acceder a la jubilación anticipada, los trabajadores que reúnan los siguientes requisitos...", comienza el reformado art 161 bis.2, d)-, por lo que supeditar su vigencia a la fórmula de acceso a la prejubilación (en función de convenio colectivo o de contrato individual), cual pretende la Gestora en su recurso, se traduce en una interpretación que, además de ser contradictoria con la propia finalidad del precepto a la que se hará inmediata mención, debe ser rechazada por restrictiva. Atendiendo a la evolución de la regulación normativa en la materia ( art. 3 del R. Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre ; art 3 de la Ley 35/02, de 12 de julio , y art 3 de la Ley 40/07 ), pocas dudas pueden quedar sobre la perfecta correspondencia existente entre el pacto que el 1.11.1998 suscribieron el trabajador demandante y su empresa, y el "contrato individual de prejubilación" al que se refiere el nuevo precepto, llamado a superar la controversia existente respecto de la voluntariedad de determinadas formas de extinción de la relación laboral como requisito de acceso a la jubilación voluntaria por parte de los trabajadores no mutualistas. Por consiguiente, no discutiéndose en el presente caso la concurrencia de las circunstancias económicas a que se refiere el comentado párrafo segundo de art 161 bis.2 d) del Texto Refundido, es conforme a Derecho el reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada que efectúa la sentencia instancia, que no incurre en la vulneración legal que se le atribuye y debe ser confirmada por tanto».

Y asimismo esta Sala decía en la anterior sentencia de 21.1.2010 (r. 904/09 ), con criterio reiterado en otras, como las de 7.6.2010 (r. 366/10 ), 9.6.2010 (r. 346/10 ), 14.2.2011 (r. 55/11 ) y 30.6.2011 (r. 451/11): «El art. 161 bis.2 de la LGSS condiciona el acceso a jubilación anticipada a la concurrencia de los siguientes requisitos: a) tener cumplidos 61 años de edad, sin aplicación de coeficientes reductores; b) haber estado inscrito como demandante de empleo durante, al menos, los seis meses inmediatos anteriores a la solicitud de jubilación; c) acreditar como mínimo una cotización efectiva de 30 años, sin tener en cuenta al respecto la parte proporcional de pagas extras; y d) que el cese en el trabajo no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. Ahora bien, el segundo y el cuarto de estos requisitos (la inscripción como demandante de empleo y que la extinción de la relación laboral no haya sido debida a la libre voluntad del trabajador) no se exigen "en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiere correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social". La reforma legislativa operada por la Ley 40/2007 supone que el legislador ha aceptado los llamados contratos de prejubilación como vía para acceder a la jubilación anticipada, puesto que ha añadido

el contrato individual de prejubilación como supuesto concreto que exime de los requisitos de las letras b ) y d) del art. 161.bis.2º de la LGSS ...."

**TERCERO.-** La cuestión ahora planteada es resuelta por STSJ de Asturias de 23.3.2012, r. 292/2012 , en la forma siguiente: "...el INSS insiste en que el demandante incumplía el requisito legal de "encontrarse inscrito en las oficinas de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos seis meses, inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de jubilación". Afirma que este periodo de 6 meses debe cumplirse con posterioridad al momento en que el trabajador, cesado por una causa extintiva del contrato no imputable a su voluntad, haya completado los 30 años de cotización. La Entidad Gestora de la Seguridad Social no expone en el recurso ningún argumento en apoyo de la interpretación que realiza del art. 161 bis 2 LGSS . El sentido literal de la norma no avala tal solución hermenéutica que establece un criterio restrictivo en su aplicación. Cuando el precepto ha querido matizar alguno de los requisitos, así lo declara expresamente, verbigracia, en apartado a) donde exige para la jubilación anticipada tener cumplidos los 61 años de edad y añade que a estos efectos no resultan de aplicación los coeficientes reductoras de la edad de jubilación; o en el apartado d) al excluir del beneficio de la jubilación anticipada a los trabajadores que por causa imputable a su libre voluntad hayan cesado en el trabajo. Tampoco, como señala con acierto la sentencia de instancia, la interpretación lógica o finalista de la norma concede a la propuesta de la Entidad Gestora una mayor consistencia que la resultante del tenor literal y, ha de coincidirse igualmente con el Juzgado, en que el Instituto demandado no aporta razones para proceder a una interpretación sistemática que justifique ese criterio restrictivo. En la fecha de la solicitud de la jubilación anticipada, el demandante cumplía todos los requisitos que para acceder a la prestación exige el art. 161 bis 2 LGSS : tenía 61 años de edad, se encontraba inscrito en la oficina de empleo como demandante de empleo durante un plazo ininterrumpido muy superior al de 6 meses, acreditaba el periodo mínimo de cotización de 30 años y había cesado en el trabajo por una causa extintiva no imputable a su voluntad. La sentencia de instancia al reconocer el derecho a la pensión no vulnera el indicado precepto".

**CUARTO.-** La Sala acoge esta misma interpretación y entendemos que existe otro argumento que la abona: el precepto contempla la posibilidad de que la jubilación anticipada proceda sin necesidad de que el trabajador esté inscrito como demandante de empleo, caso de prejubilación anterior, y precisamente exige a la empresa el abono al trabajador (en los dos años anteriores a la solicitud de jubilación anticipada) de al menos la suma de lo que al trabajador le hubiera correspondido por desempleo más la cuota abonada o que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social.

Ello significa, de un lado, que la condición de demandante de empleo no es requisito sustancial para la jubilación anticipada (por cuanto no se requiere en determinadas condiciones); y, de otro lado, la propia norma prevé que el trabajador prejubilado esté cotizando mediante Convenio Especial, cotización que no tiene otro sentido, razón o finalidad que completar los 30 años de cotización efectiva, pues, de no ser así, es decir, si estos años tuvieran que acreditarse de forma independiente (o además), como interpreta la Gestora, del tiempo de desempleo, el trabajador prejubilado no tendría necesidad de cotizar tiempo alguno mediante Convenio Especial.

Es decir, la propia norma prevé la posibilidad de que el trabajador prejubilado haya tenido que cotizar mediante Convenio Especial para completar los 30 años de cotización efectiva ("que hubiera abonado"), como también contempla el supuesto de que no haya tenido que hacerlo por contar ya con 30 años de cotización ("que hubiera podido abonar").

**QUINTO.-** Lo cual lleva a concluir que no es conforme al tenor literal ni a la finalidad de lo dispuesto en el art. 161 bis .2 de la LGSS la exigencia por la que, en el caso enjuiciado, se ha denegado por la Gestora a la demandante la prestación por jubilación anticipada desde el 20.1 2011, concediéndosela sólo desde el 1.7.2011, ya que en la primera de las fechas citadas la trabajadora reunía ya los requisitos legales precisos, y en concreto los de 30 años de cotización efectiva y de seis meses de inscripción como demandante de empleo, tiempo éste que no tiene que ser necesariamente posterior al cumplimiento de los 30 años de cotización efectiva.

Finalmente, añade la Gestora en defensa de su tesis el contenido de lo dispuesto en el art. 1 .3 y . 4 del R. Decreto 1132/2002 : "3. Encontrarse inscritos en las oficinas del servicio público de empleo, como demandantes de empleo, durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación. No obstará al cumplimiento de este requisito la simultaneidad de la inscripción señalada con la realización de una actividad por cuenta propia o ajena, siempre que dicha actividad sea compatible con la inscripción como demandante de empleo, según la legislación vigente. 4. Que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable

a la libre voluntad del trabajador. A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Se presumirá que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria, cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1 LGSS".

En nada obsta la norma reglamentaria expuesta a la pretensión de la demandante en este proceso. En todo caso, al contrario de lo entendido por la Gestora, la abona, en cuanto permite simultanear el tiempo de inscripción en demanda de empleo con el desarrollo de actividad por cuenta propia o ajena compatible con esa inscripción, actividad que conllevará lógicamente las cotizaciones oportunas y la posibilidad también de computar éstas para completar los 30 años de cotización efectiva.

En atención a lo expuesto, dictamos el siguiente

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación nº 154 de 2012, ya identificado antes, y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, y, estimando la demanda, declaramos el derecho de la demandante a percibir prestación por jubilación anticipada con efectos desde el 20.1.2011, con la base reguladora y porcentaje de pensión legalmente pertinentes, que no han sido controvertidos.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que:

- Contra esta sentencia pueden preparar recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por conducto de esta Sala de lo Social en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.

- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el recurso de casación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de 600 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.