

Roj: **STS 144/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:144**Id Cendoj: **28079130072016100014**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **27/01/2016**Nº de Recurso: **1435/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **CELSA PICO LORENZO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ M 16718/2014,**  
**STS 144/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Enero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 1435/15 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Teresa Goñi Toledo en nombre y representación de ALTADIS, SA y LOGISTA, SA contra la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2014 dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Novena, en el recurso núm. 673/08 interpuesto al amparo del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, seguido a instancias de D. Germán contra la Resolución dictada por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de fecha 30 de diciembre de 2000 por la que se autoriza el Expediente de Regulación de Empleo NUM000 y contra la resolución de fecha 23 de septiembre de 2008 del Ministerio de Trabajo e Inmigración por la que se acuerda la inadmisión del recurso de alzada interpuesto por el actor frente a la anterior resolución de 20 de junio de 2008. Ha sido parte recurrida D. Germán representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso administrativo 673/08 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Novena, se dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 2014, que acuerda: "Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo nº 673/2008, interpuesto al amparo del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona por el Procurador Don Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y en representación de D. Germán, contra la Resolución dictada por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de fecha 30 de diciembre de 2000 por la que se autoriza el Expediente de Regulación de Empleo NUM000 y contra la resolución de fecha 23 de septiembre de 2008 del Ministerio de Trabajo e Inmigración por la que se acuerda la inadmisión del recurso de alzada interpuesto por el actor frente a la anterior resolución de 20 de junio de 2008 y, en consecuencia, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS que la citada resolución en el único aspecto discutido en autos vulnera el artículo 14 de la CE. No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia".

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de ALTADIS, SA y LOGISTA, SA, en la representación que ostenta, se preparan sendos recursos de casación y teniéndose por preparados, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.



**TERCERO.-** Dicha representación procesal de ALTADIS, SA, por escrito presentado el 20 de abril de 2015 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

La representación procesal de LOGISTA, SA, por escrito presentado el 22 de abril de 2015 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

**CUARTO.-** El Abogado del Estado mediante escrito de 31 de julio de 2015 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

El Ministerio Fiscal formula alegaciones mediante escrito presentado el 5 de agosto de 2015, solicitado la estimación parcial del recurso.

La representación procesal de D. Germán por escrito de 14 de septiembre de 2015 formaliza escrito de oposición al recurso de casación de ALTADIS, SA, interesando la desestimación del recurso. Por escrito presentado el 7 de octubre de 2015, manifiesta que "se opone e impugna específicamente el recurso de casación de LOGISTA, SA interesando la desestimación del recurso.

**QUINTO.-** Por providencia de 12 de noviembre de 2015 se señaló para votación y fallo para el 13 de enero de 2016, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto continuando el 20 de enero de 2016.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal de ALTADIS, SA y la de LOGISTA, SA interponen sendos recursos de casación bajo el número 1435/2015 contra la sentencia estimatoria de fecha 16 de diciembre de 2014 dictado por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Novena, en el recurso núm. 673/08 interpuesto al amparo del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, por D. Germán contra la Resolución dictada por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de fecha 30 de diciembre de 2000 por la que se autoriza el Expediente de Regulación de Empleo NUM000 y contra la resolución de fecha 23 de septiembre de 2008 del Ministerio de Trabajo e Inmigración por la que se acuerda la inadmisión del recurso de alzada interpuesto por el actor frente a la anterior resolución de 20 de junio de 2008. Resolvió la Sala anularla en el único aspecto discutido en autos por vulnerar el artículo 14 de la CE .

Expone la sentencia (completa en Cendoj **Roj:** STSJ M 16718/2014 - **ECLI:** ES:TSJM:2014:16718) los antecedentes relevantes con mención de la STC 2 de diciembre de 2013, recurso de amparo 6472/20121 , que retrotrajo las actuaciones del asunto 673/2008 para que la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJMadrid dictara nueva sentencia.

En el PRIMER fundamento identifica el acto impugnado.

En el SEGUNDO destaca los siguientes datos del expediente administrativo sobre los que no existe discusión entre las partes personadas en autos.

*"a) Junto a la solicitud de aprobación del referido ERE se aportó la Memoria explicativa de las causas motivadoras de la decisión empresarial. Y en dicho documento, en lo que afecta al presente recurso, se destaca que las prejubilaciones afectarían con carácter forzoso a todos los trabajadores mayores de 55 años y menores de 64 años al 31-12-2002 tanto de la empresa Altadis, S.A. como de la empresa Logista, S.A. Se especifica que esta medida va acompañada de unas condiciones económicas que permiten a los trabajadores afectados mantener hasta la jubilación unos ingresos en función del salario que venían percibiendo (indemnización mensual; Convenio Especial con la Seguridad Social para garantizar en su momento la percepción de la mayor pensión de jubilación posible; mantenimiento de la cotización al Plan de Pensiones por parte de la empresa). Asimismo, en la situación de jubilación, percibirán la pensión de la Seguridad Social junto con la correspondiente del Plan de Pensiones y una renta vitalicia a cargo de la empresa. Todas las prestaciones soportadas por la empresa se garantizarán a través de una póliza de seguros concertada con una entidad aseguradora de máxima solvencia.*

*b) Este ERE diseñó un Plan de extinción de relaciones laborales aplicable a los prejubilados forzosos en virtud de este expediente (los que hubiesen cumplido 55 años al 31 de diciembre de 2002). Este Plan implicaba que cada prejubilado pasaba por dos etapas: una primera etapa de Prejubilación en la que el interesado, al haberse extinguido su contrato de trabajo, pasaba a la situación de desempleo en la que cobraba la prestación de desempleo más un complemento abonado por la empresa, de modo que estos dos haberes sumados alcanzaban*



el 71% del sueldo regulador del interesado. Y una segunda etapa de Jubilación cuyo comienzo era distinto según el grupo de trabajadores en que quedasen encuadrados los afectados. Si el trabajador había cotizado al Mutualismo Laboral antes del 1 de enero de 1967, y por ello tenía derecho a obtener la pensión de jubilación de la Seguridad Social a los 60 años, venía obligado a solicitar tal pensión al cumplir esta edad, con lo que el importe de esta prestación de jubilación de la Seguridad Social se reducía en el porcentaje pertinente (la empresa se obligo a satisfacer al jubilado un complemento que, sumado a esa pensión, alcanzase el 78,50% del total del importe de la pensión de jubilación que hubiese obtenido a los 65 años). Si el trabajador había iniciado su cotización a la Seguridad Social después del 1 de enero de 1967, la referida etapa de prejubilación se mantenía hasta cumplir los 65 años, pues a partir del cumplimiento de tal edad comienza la etapa de jubilación, percibiendo la correspondiente pensión de jubilación de la Seguridad Social, pensión que se cobraba al 100 por 100 de su importe, al no haberse obtenido con ninguna clase de anticipación.

c) El actor, D. Germán, nació el NUM001 de 1946 y trabajó en Altadis, S.A. (antes Tabacalera S.A.) desde el 19 de septiembre de 1965. Y se vio afectado por el ERE referido y pasó a la situación de prejubilación regulada en dicho ERE el 31 de octubre de 2001. Era uno de los trabajadores que había abonado cotizaciones al Mutualismo Laboral antes del 1 de enero de 1967. Y el NUM001 de 2006, al cumplir los 60 años de edad, pasó obligatoriamente a la situación de jubilación, siéndole reconocida la pensión reducida propia de la jubilación anticipada. Y a partir de esa fecha las remuneraciones percibidas fueron inferiores a que las que hubiese cobrado desde entonces si se le hubiese aplicado el régimen o sistema retributivo que se asignó a los trabajadores del segundo grupo (los que habían iniciado su cotización a la Seguridad Social a partir del 1 de enero de 1967)."

Tras ello en el TERCERO consigna que " se solicita que se declare "el carácter discriminatorio o contrario al principio de igualdad de la segunda fase del plan de prejubilación contenido en el ERE".

Reseña que el actor alega que la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 30 de diciembre de 2000 vulnera el derecho fundamental a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la CE porque ha autorizado un régimen indemnizatorio que ha introducido una diferenciación entre los trabajadores "por el mero hecho de haber empezado o no a cotizar a la Seguridad Social antes del 1.1.1967".

Insiste en la idea de que dos trabajadores afectados por la misma medida de prejubilación forzosa del mismo ERE, con las mismas circunstancias personales, salario y edad reciben, "diferentes prestaciones económicas por el mero hecho de haber cotizado o no a la Seguridad Social antes del 1 de enero de 1967".

En el CUARTO refleja que tanto el ministerio fiscal como la administración al igual que las sociedades codemandadas interesan la desestimación del recurso por inexistencia de quebranto del principio de igualdad al existir una diferencia de trato objetiva.

Finalmente en el QUINTO examina si la resolución administrativa impugnada contiene pronunciamientos que vulneran el derecho fundamental a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la CE .

Explica no se discute que en el ERE NUM000 se regula de forma diferente la situación de los trabajadores a partir del momento en que cumplen 60 años, sino que la discrepancia se encuentra en determinar si esa regulación diferente tiene o no una justificación razonable. "Así, una vez alcanzada esa edad los trabajadores afectados por el ERE que hubieran iniciado su cotización al sistema público de la Seguridad Social después del 1.1.1967 se les mantenía hasta los 65 años (fecha de su jubilación) el derecho a seguir percibiendo el 71% de su sueldo regulador. Y ese colectivo de trabajadores, al cumplir los 65 años pasaba a la fase de jubilación percibiendo el 100% de su pensión de jubilación. Sin embargo, esa regulación no se aplicaba al colectivo de trabajadores afectados por el ERE que hubieran cotizado al Mutualismo Laboral antes del 1.1.1967. A este grupo de trabajadores, entre los que se incluye el actor, al alcanzar la edad de 60 años y hasta los 65 años se les incluía en la fase de jubilación anticipada en la que percibían ya pensión de jubilación por el importe del 78,5% de su pensión (el 60% se corresponde con la pensión reducida que percibe de la Seguridad Social por su jubilación anticipada, cantidad a la que se añade una renta vitalicia con cargo a la empresa del 18,5% de la base reguladora de la pensión de jubilación). Y al cumplir los 65 años hasta su fallecimiento seguían percibiendo el 78,5% de su pensión de jubilación".

Resalta que "Es cierto que la Ley General de la Seguridad Social (Disposición Transitoria Tercera 1.2ª) regula y reconoce la jubilación anticipada a partir de los 60 años para el colectivo de trabajadores que hubieran cotizado al Mutualismo laboral antes del 1.1.1967. Jubilación anticipada que se regula condicionada a la voluntad y deseo del trabajador quien deberá valorar dicha opción dado que su ejercicio le supone una pérdida adquisitiva en relación con el importe de la pensión de jubilación que puede percibir -se ve reducida en un porcentaje dependiendo de los años que tenga el trabajador afectado en la fecha de su solicitud-. Si en la regulación del ERE NUM000 se mantuviera el carácter voluntario del ejercicio de la jubilación anticipada examinada estaríamos entonces ante una aplicación de la ley que si se entendiera que es discriminatoria deberíamos previamente plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional".



Subraya que en el ERE examinado no es voluntaria la opción de jubilación anticipada que se regula respecto de los trabajadores que al cumplir 60 años han cotizado al Mutualismo laboral antes del 1.1.1967 "sino que se ven obligados a acogerse a la jubilación anticipada pues desde ese momento la empresa deja de abonar la indemnización correspondiente que les permitía hasta entonces percibir el 71% de su sueldo regulador" (el subrayado es nuestro).

Afirma que estamos ante dos colectivos de trabajadores cuya situación es diferente de acuerdo con la regulación de la Seguridad Social respecto del momento en que pueden acogerse a la jubilación y la pensión que por ello pueden recibir. "No obstante, no puede olvidarse el carácter voluntario de la regulación legal de la referida jubilación anticipada que no se ha respetado en la regulación de las consecuencias de la extinción del contrato de trabajo derivado del ERE. Y, además, esa situación que es diferente solo puede entenderse cuando el trabajador que aún permanece en su puesto de trabajo tiene la posibilidad de optar por la jubilación anticipada o de permanecer hasta los 65 años de edad en su puesto de trabajo para no ver afectado el importe económico de su pensión de jubilación. Opción esta que carece de sentido cuando el trabajador ha cesado ya en su puesto de trabajo por la extinción de su contrato de trabajo por aplicación del ERE. En consecuencia, atender a la diferente situación de los trabajadores dependiendo de su cotización antes o después del 1.1.1967 tiene su justificación en el ámbito de la seguridad social cuando se trata de extinción voluntaria del contrato de trabajo por parte del trabajador que quiere acogerse a la jubilación anticipada. Pero ya no existe situación diferente que permita, ampare y justifique una regulación diferente cuando se está ante trabajadores, que cualquiera que haya sido la fecha de su cotización a la Seguridad Social, se ven afectados por un mismo ERE que supone para todos la extinción de su contrato de trabajo y su pase a la situación de desempleo a partir de los 55 años cumplidos a la fecha de 31.12.2002. A partir de ese momento son situaciones homogéneas que exigen un tratamiento económico idéntico que no se ha dado en el ERE impugnado". (el subrayado es nuestro).

Concluye que la resolución administrativa impugnada en el único aspecto debatido en autos es nula de pleno derecho por cuanto "vulnera el principio constitucional de igualdad al establecer una regulación discriminatoria puesto que carece de justificación objetiva y razonable la diferencia de trato otorgada a los trabajadores afectados por el ERE al cumplir 60 años que habían cotizado al Mutualismo Laboral antes del 1.1.1967, entre los que se encuentra el actor".

A) Recurso de ALTADIS, SA.

**SEGUNDO.-** 1. Un primer motivo al amparo del art. 88. 1. C) LJCA aduce incurrir en incongruencia extra petita.

Sostiene que el actor solicitó en el suplico la nulidad de la segunda fase del plan de prejubilación contenido en el ERE, pero la sentencia declara que la resolución por la cual se aprobó el ERE vulnera el art. 14 CE debido a la diferencia de trato otorgada a los trabajadores afectados por el ERE al cumplir 60 años que habían cotizado al mutualismo laboral antes del 1.1.1967.

A su entender eso implica que, pese a que se solicitó en el escrito de demanda la inaplicación de la segunda fase del plan, la sentencia recurrida anula su aplicación respecto de aquellos trabajadores que, integrados en esa medida debían acceder a la jubilación anticipada a los 60 años, quedando en un limbo jurídico aquellos otros trabajadores a los que se les aplicó exactamente la misma medida, pero se jubilaron a edad más tardía.

1.1. Pide su desestimación el ministerio fiscal con cita de la Sentencia de 8 de octubre de 2009, recurso 7035/2003 , engarzada con el suplico de la demanda del recurrente en instancia.

Insiste en que la sentencia no resuelve sobre algo distinto a lo pedido.

1.2. El Abogado del Estado manifiesta se abstiene de formular oposición.

1.3. La defensa del demandante en instancia, Sr. Germán , pide la inadmisibilidad de los motivos segundo, tercero y cuarto por falta de interés casacional ( Sentencia de 3 de junio de 2004, recurso 6786/1999 ) en razón de que a día de hoy no quedan trabajadores mutualistas anteriores a 1 de enero de 1967 que jubilar anticipadamente.

En cuanto al fondo del primer motivo pide su desestimación en razón de la congruencia de la sentencia con el objeto del proceso en consonancia con la amplia doctrina jurisprudencial que reproduce.

Adiciona constituyen argumentos novedosos.

2. Un segundo al amparo del art. 88.1 d) LJCA sostiene infracción del art. 14 CE al considerar la sentencia que es discriminatorio el trato otorgado en el ERE a los trabajadores prejubilados que habían cotizado al mutualismo laboral antes del 1 de enero de 1967.

Defiende no cabe perseguir que en el ámbito de un ERE se introduzca la fecha de jubilación anticipada como límite temporal de la etapa de prejubilación. Esa circunstancia no implica un trato discriminatorio desde el



prisma constitucional por el hecho de que ello suponga que los prejubilados accedan a la jubilación a distintas edades según sus particulares circunstancias.

2.1. El Ministerio fiscal responde conjuntamente al segundo motivo de ALTADIS SA y al único de LOGISTA, SA por su coincidencia interesando su estimación.

A su entender la sentencia parte de un error de planteamiento, tal y como señalan las entidades recurrentes. Y ello, porque la lectura del Expediente de Regulación de Empleo revela que no regula de forma diferente la situación de los trabajadores a partir de la fecha en la que cumplan 60 años edad, ni utiliza como criterio diferenciador la cotización al Mutualismo Laboral antes del 1 de enero de 1967.

2.2. Lo refuta el recurrido objetando que la argumentación es ajena al motivo casacional mezclando cuestiones diferentes.

Señala que la cuestión de que algunos trabajadores mutualistas pudieron jubilarse algún tiempo después de los 60 años es una cuestión nueva que la empresa jamás suscitó en el debate así como que hay ausencia de crítica razonada a los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada.

Tras prolijas exposiciones sobre la realidad de las diferencias económicas en la aplicación del ERE discutido considera no ha habido vulneración del art. 14 CE por la sentencia.

3. Un tercero al amparo del art. 88.1. d) LJCA sostiene infracción de la DT 3 del RDLegislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la LGSS, al considerar la sentencia que los coeficientes reductores aplicados por la Seguridad Social a aquél que se jubilara a los 60 años son del 8% equivocándose a la hora de determinar la cantidad correspondiente a la pensión de jubilación y a la renta vitalicia.

3.1. Interesa su desestimación el ministerio fiscal por afectar a un vicio de legalidad ordinaria.

3.2. Pide su desestimación el recurrido no solo por ausencia de infracción alguna de los preceptos invocados sino por tratarse de una cuestión nueva nunca antes invocada, además de no respetar los hechos fijados por la Sala de instancia.

4. Un cuarto al amparo del art. 88.1. d) LJCA invoca quebranto de la doctrina del TJUE contenida en Sentencia de 6/12/2012, caso Johann Odar c. Baxter Deutschland GmbH, que interpreta el art. 6 de la directiva 2000/78, relativa a la justificación de diferencias de trato por motivos de edad, en la que se establece que no es discriminatoria la normativa encuadrada en el régimen de previsión social de una empresa que establece, respecto a sus trabajadores de más de 54 años y que son despedidos por causas económicas, que el importe de la indemnización a la que tienen derecho se calcule de acuerdo con la fecha más temprana posible a la jubilación.

4.1. También solicita su desestimación el ministerio fiscal al no ser de aplicación la sentencia recurrida.

Argumenta que la sentencia invocada analiza la posible existencia de diferencias de trato basadas exclusivamente en la edad, en el marco de despidos de trabajadores por causas económicas. Sin embargo, la parte recurrente articula su recurso sobre la base de la inexistencia en la resolución impugnada de un trato diferenciado en función de la edad de los trabajadores afectados por el ERE, sustentando que el criterio de diferenciación utilizado no es la edad, sino el tener agotadas las prestaciones de desempleo y el causar la jubilación anticipada antes de cumplir los 65.

Así, la finalidad del ERE fue la de asegurar la viabilidad de la empresa ante los graves problemas que amenazaban su futuro por lo que se acordó que afectase, con carácter forzoso, a todos los trabajadores mayores de 55 años.

Razona que aunque del ERE se desprende una distinta regulación entre mutualistas laborales que han cotizado antes del 1 de enero de 1967 y los que no han cotizado al Mutualismo Laboral antes de dicha fecha, tal circunstancia no permite concluir, que se haya infringido el art. 14 CE, pues ambas situaciones no son idénticas.

Resalta que como plantea LOGISTA S.A., la resolución impugnada en origen es un ERE que deriva de un acuerdo suscrito por la empresa y los representantes sindicales de los trabajadores. Es decir un convenio en términos de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, (Sentencia de 9 de julio de 2012 (rec. N° 147/2012)).

Desde la anterior perspectiva, entiende que una diferencia en la cuantía de la pensión basada en el dato de causar, una vez agotadas las prestaciones públicas de desempleo, la jubilación anticipada antes de cumplir los 65 años, no puede considerarse incurso en alguna de las causas de la discriminación prohibidas por la Constitución o por la ley.



Insiste en que el criterio origen de la diferenciación es un criterio objetivo y razonable, que, además, no resulta desproporcionado. Así, los trabajadores que alcanzan la jubilación anticipada, perciben una indemnización consistente en una renta mensual vitalicia de naturaleza variable (entre el 18,5% y el 4%, en función de la edad en la que se alcance la jubilación anticipada) que se añade a la pensión de jubilación, por lo que la cuantía final percibida por el actor no se ve minorada de manera desmedida, como sustenta la sentencia.

4.2. También muestra su oposición el recurrido.

Argumenta que no solo es una cuestión nueva, además no aplicable en este caso, al no estar basada la demanda en una discriminación por razón de edad.

Adiciona que lo enjuiciado en la sentencia del Tribunal de Justicia es discriminación por edad y por discapacidad y lo aquí discutido se refiere a discriminación de trabajadores con la misma edad por la sola razón de que tiene derecho a jubilarse anticipadamente a edad más temprana.

Concluye que la sentencia en cuestión aplica una Directiva comunitaria no invocada en la instancia.

B) Recurso de LOGISTA, SA.

Un único motivo por infracción del art. 14 CE .

Aduce que el elemento de diferenciación de trato en este caso no es la edad del trabajador, ni menos aún la concreta edad de 60 años, sino una serie de circunstancias objetivas cuales son tener agotadas las prestaciones por desempleo y reunir las circunstancias legales necesarias para acceder a la jubilación anticipada antes de los 65 años, sin que ninguno de estos elementos constituya una causa de discriminación prohibida por la CE o la ley.

Defiende que la jubilación anticipada es una modalidad de jubilación establecida y regulada legalmente.

Arguye que entre las causas de discriminación no se encuentra el haber sido mutualista con anterioridad al 1 de enero de 1967.

**TERCERO.-** Procede despejar lo primero la causa de inadmisibilidad opuesta por el demandante en instancia alegando falta de interés casacional.

Reiterados pronunciamientos de la Sección primera de esta Sala ( por todos los Autos de 10 de enero de 2013, recurso 1463/2012 y 11 de abril de 2013, recurso casación 695/2012 ) interpretan el art. 93.2. e) LJCA sobre que el asunto no afecte a un gran número de situaciones o no posea el suficiente contenido de generalidad y presente perfiles singulares (FJ Cuarto de ambos Autos).

Dado que nos hallamos en un proceso de protección de los derechos fundamentales de la persona afectantes al demandante en instancia resulta indiferente que, a día de hoy, no hubiere más situaciones como la de aquel, ya que lo relevante son las circunstancias del recurrido.

El criterio anterior se encuentra consagrado por nuestra jurisprudencia que no ha sido restrictiva en la interpretación del art. 93.2. e) LJCA en el ámbito del proceso de protección de los derechos fundamentales. No conviene olvidar que el art. 86.2. b) LJCA limitativo de la "summa gravaminis" en el acceso al recurso de casación, retira tal excepción al procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales al consignar "procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso".

Tal opción interpretativa se encuentra actualmente plasmada (aunque no entre en vigor hasta el 22 de julio 2016) en el apartado i) del art. 88. 2 LJCA repuntando de forma objetiva la existencia de interés casacional en los procesos de protección de los derechos fundamentales.

**CUARTO.-** Para enjuiciar el primer motivo de ALTADIS, SA nos remitimos, al Fundamento Cuarto de la Sentencia de 11 de junio de 2014, recurso de casación 4159/2012 que expone prolijamente la doctrina general sobre el vicio de incongruencia.

Si nos atenemos a la doctrina general allí expresada hemos de concluir que la sentencia no incurre en dicho vicio de incongruencia extrapetita en razón del fallo de la Sentencia si lo engarzamos con el petitum de la demanda al que se atiende. No son los razonamientos los que determinan la incongruencia, como arguye la recurrente, salvo que hubiere incongruencia interna, aquí no denunciada.

. No se acoge el primero motivo de ALTADIS, SA.

**QUINTO.-** Invirtiendo el orden de los motivos procede, tal cual argumenta el ministerio fiscal, inadmitir el tercer motivo por plantear cuestiones de legalidad ordinaria ajena al debate en este proceso especial de protección de los derechos fundamentales.

**SEXTO.-** No resulta necesario explayarse para rechazar el cuarto motivo.



No se trata de situaciones similares, tal cual explicitan ministerio fiscal y recurrido. Aquí se trata de enjuiciar una eventual discriminación cometida entre trabajadores de la misma, no de diferente edad.

Además cuando se invoca la infracción de jurisprudencia es preciso la invocación de dos sentencias al menos coincidentes en el establecimiento de una determinada doctrina, de conformidad con el carácter reiterado que impone el art. 1.6. C. Civil ( Sentencias 8 de febrero de 2012, recurso de casación 4815/2009 , 8 de octubre de 2014 , recurso de casación 2458/2013, de 15 de diciembre de 2014 , recurso de casación 2459/2013 ).

Y la jurisprudencia que cabe esgrimir como vulnerada ha de ceñirse a la de la propia Sala Tercera, sin que lo vertido en la Sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2012 (asunto 152/2011 ) fuere extrapolable. Sin perjuicio de reseñar que la afirmación relativa a que hay discriminación cuando la medida controvertida no está justificada por razones objetivas ajenas a tal discriminación (punto 67) constituye también doctrina de esta Sala.

**SÉPTIMO.-** Finalmente procede examinar conjuntamente el único motivo de LOGISTA, SA engarzado con el segundo de ALTADIS, S.A. al girar ambos sobre la interpretación del art. 14 CE .

Para el examen del motivo es preciso recordar que constituye condición primordial que se combatan los razonamientos de la sentencia impugnada y no los argumentos del acto administrativo de que trae causa ( sentencia de 21 de junio de 2010, rec. casación 4940/2008 ).

En la sentencia de esta Sala de 27 de octubre de 2009, recurso de casación 522/2008 , con mención de otras sentencias anteriores, citábamos una constante doctrina acerca de que el recurso de casación no es ni un recurso de apelación ni una segunda instancia que permita reabrir todo el debate procesal. Insistimos en que su objeto es la protección de la norma y de la jurisprudencia.

Por tanto, el combate de la vulneración del art. 14. CE debe realizarse teniendo en cuenta la razón de decidir esencial de la Sentencia, esto es que la extinción del contrato de trabajo de forma forzosa conlleva efectos discriminatorios en la pensión de jubilación sólo previstos para supuestos de jubilación voluntaria, 60 años, edad bastante distinta de los 65 años que no ven afectado el importe de la pensión de jubilación.

Plasma la STC de 2 de diciembre de 2013 , FJ Séptimo, la Sentencia de la Sala de lo Social de 23 de enero de 2006 que la discusión gira sobre el régimen de indemnización previsto en el controvertido plan de prejubilación acordado en el ERE mas, entiende este Tribunal, que ello no significa que la Sala de instancia hubiere entendido existente una discriminación por razón del régimen de afiliación a la Seguridad Social, sino que la discriminación tiene su amparo en la discriminación sufrida por trabajadores de la misma edad por la sola razón que mientras unos pueden jubilarse anticipadamente a edad más temprana otros, entre ellos el recurrente, reciben un tratamiento distinto.

No se trata, como aduce ALTADIS, SA, que el derecho a la jubilación anticipada no sea una circunstancia particular discriminatoria sino que los efectos económicos de la regulación de la jubilación anticipada, voluntaria como recuerda la sentencia de instancia, trascienden a la jubilación forzosa como consecuencia del ERE de forma distinta en la situación de partida del recurrente respecto al régimen general mayoritario en la empresa.

La diferencia de trato ulterior, no contemplada en la confección del ERE, respecto de sujetos de la misma edad es la que para la Sala de instancia determina la quiebra del art. 14 CE que esta Sala reputa ajustada a derecho.

**OCTAVO.-** Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción , a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente, a tenor del apartado tercero del art. 139 LJCA , la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte éstas o hasta una cifra máxima". Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil , la cantidad de 3000 euros a cada recurrente, LOGISTA, SA y ALTADIS, SA.

Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal de ALATADIS, SA y la de LOGISTA, SA contra la sentencia estimatoria de fecha 16 de diciembre de 2014 dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Novena, en el recurso núm. 673/08 interpuesto al amparo del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, por D. Germán contra la Resolución dictada por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos



Sociales de fecha 30 de diciembre de 2000 por la que se autoriza el Expediente de Regulación de Empleo NUM000 y contra la resolución de fecha 23 de septiembre de 2008 del Ministerio de Trabajo e Inmigración por la que se acuerda la inadmisión del recurso de alzada interpuesto por el actor frente a la anterior resolución de 20 de junio de 2008.

En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ