



Roj: **STS 5627/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5627**

Id Cendoj: **28079140012016100966**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2016**

Nº de Recurso: **3994/2014**

Nº de Resolución: **964/2016**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **JESUS SOUTO PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 9067/2014,**
STS 5627/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 17 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por la representación letrada del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada en fecha 2 de octubre de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, en el recurso de suplicación nº 1333/14, formulado por el organismo ahora recurrente, frente a la sentencia de fecha 7 de marzo de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Granada, en autos nº 178/13, seguidos a instancias de DON Luis Enrique contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre reclamación de revisión del porcentaje de pensión de jubilación. Se ha personado como parte recurrida el Letrado Don Antonio Fernández García, en nombre y representación de Don Luis Enrique.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de marzo de 2014 el Juzgado de lo Social nº 1 de Granada, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando la demanda interpuesta por D. Luis Enrique contra el INSS y la TGSS se declara el derecho del actor a percibir la pensión de jubilación en la cuantía mensual que resulte de aplicar sobre su base reguladora el coeficiente de 126%, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y al pago de la prestación en la forma dicha».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- D. Luis Enrique con DNI NUM000, nacido el NUM001 .1954 causó pensión de jubilación el 31.5.2004. En dicha fecha le faltaba al actor 5.360 días para tener la edad ordinaria de jubilación. Por resolución del INSS de fecha 1.6.2004 se le reconoce la pensión.

SEGUNDO. - El actor tiene reconocido un grado de minusvalía del 85% por ceguera total habiendo prestado servicios para la ONCE desde 19.5.1972. Tiene reconocida una pensión de jubilación desde fecha de efectos económicos 1.6.2004 en porcentaje de 102% de una base reguladora de 1.384 euros que posteriormente por Resolución del INSS de 9.10.2006 se modifica la base reguladora, a 1709,40 euros. El actor acredita 11.801 días cotizados entre 19.5.1972 hasta 1.6.2004).

TERCERO.- Se interpone por el actor solicitud de revisión del porcentaje el día 27.11.2012 la cual fue desestimada por resolución del INSS de 3.12.2012. Contra la misma se interpone reclamación administrativa previa 11.1.2013 que es desestimada el 22.1.2013.»



TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la referida sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, dictó sentencia con fecha 2 de octubre de 2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 DE GRANADA en fecha 7 de marzo de 2014, en Autos seguidos a instancia de Luis Enrique en reclamación sobre SEGURIDAD SOCIAL contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.»

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 19 de diciembre de 2013, recurso nº 1077/2013; e invoca como infringidos los arts. 163 de la LRGS y el artículo 5 del RD 1539/2003 de 5 de diciembre.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 24 de septiembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formulara su impugnación en el plazo de diez días, sin que lo haya verificado.

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar procedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el 17 de noviembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El núcleo de contradicción en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar el cálculo de porcentaje de la pensión de jubilación, con anterioridad a los 65 años, de quien tiene reconocida una minusvalía superior al 65%.

En el caso de la sentencia recurrida el actor, nacido el NUM001 de 1954, contaba con 50 años -reales- de edad el 31 de mayo de 2004, fecha en que se jubiló. Tenía acreditados 11.801 días de cotización (14,8 años). De conformidad con el art. 3 del RD 1539/2003 se le redujo a la edad de jubilación en 16 años en función del grado de minusvalía que tenía reconocido, de forma que se jubiló con una edad ficticia de 66 años. También se le incrementó el periodo cotizado en 5.360 días, tal como establece el art. 5 del Real Decreto citado, a tenor del cual el periodo de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación del trabajador se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión de jubilación. De esta forma, el total de días cotizados es 17.161 (47,6 años). El INSS le reconoció una pensión del 102% teniendo en cuenta la edad ficticia del actor a la fecha de jubilación.

El actor en su demanda pretende que se le reconozca un porcentaje de pensión del 126% teniendo en cuenta que desde la fecha de jubilación, desde el 1 de junio de 2004, los 5.360 días ficticios que se le abonan como consecuencia de la reducción de la edad de jubilación, lo que supone un total de días cotizados - reales y ficticios- de 17.161 días que, al dividir por 365, para calcular los años cotizados, sale la cifra de 47,01, es decir 48 años por redondeo, debiendo ser el porcentaje del 126%. Porcentaje que a su juicio resulta de lo dispuesto en el 163.1 LGSS - en la redacción vigente en el hecho causante - y de acuerdo con el siguiente cómputo:

- 1) Los primeros 15 años cotizados el 50%
- 2) De los 16 a los 25 un 30% (a razón del 3% por año)
- 3) Del 26 a 48 (22) un 44% (a razón de 2% por año).

Total un 124%, rectificando el error de cómputo del punto 3.

El INSS sostiene que los años cotización computables a efectos del % se cierran cuando llega al 100% de porcentaje (como dice el art.161.1.3º: "sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora exceda del 100%"), salvo lo que se establece en el nº 2 del mismo artículo 163 para quienes siguen cotizando tras haber cumplido los 65 años de edad. Para el INSS, como el actor cumplió la edad de 66 años (ficticios) en mayo de 2009 le corresponde solo un incremento del 2% por el año adicional de cotización.

La sentencia dictada en la instancia por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Granada estimó íntegramente la demanda.

La sentencia recurrida, -dictada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada- desestimó el recurso del INSS aplicando la doctrina unificada por la STS/IV de 12 de diciembre de 2013 (rcud 257/2013) que resuelve un problema distinto: si el tiempo de reducción de la edad de



jubilación previstos en el art. 2. 12 del Real Decreto 1559/1986 (...) debe computarse en su totalidad también a efectos de determinar el porcentaje aplicable a la prestación cuando la jubilación no se ha anticipado o no lo ha sido con el alcance que la norma permite (cómputo de todo el tiempo teórico de reducción) o si la consideración como cotizado de ese periodo de reducción debe limitarse al tiempo real de reducción que se hubiese aplicado. La sentencia tiene un auto de aclaración que dice: que estimamos en parte el recurso de suplicación del INSS y revocamos la sentencia, determinando que el porcentaje correspondiente a la pensión de jubilación del actor es del **124%** y no del 126%, y desestimamos el resto del recurso.

SEGUNDO.- Recurre el INSS en casación para la unificación de doctrina e invoca como sentencia de contraste la de la Sala IV de fecha 19 de diciembre de 2013 (rcud 1077/2013). Se trata de una pensión de jubilación del régimen especial de la minería del carbón. El actor se jubiló en edad real inferior a legal con aplicación de los coeficientes reductores y con un abono de cotizaciones ficticias por importe de 5.544 días. En función de ese cómputo pretende que se apliquen los incrementos previstos en el art. 163.2 LGSS por haber continuado cotizando con posterioridad al "cumplimiento ficticio" de la edad legal de jubilación. La sentencia niega esta pretensión razonando que: 19) para la aplicación de los porcentajes de incremento previstos en el art. 163 .2 es necesario haber cumplido realmente la edad legal de jubilación, sin que baste el cumplimiento de la edad ficticia, y 29) las cotizaciones ficticias correspondientes a la reducción de la edad de jubilación no se computan a estos efectos, ya que "existe una prohibición legal expresa de que los coeficientes reductores de la edad de jubilación previstos en determinadas actividades laborales -el trabajo en el mar, entre otras- puedan incidir en los incrementos en la cuantía de la pensión de jubilación".

Entre ambas sentencias existe la contradicción del artículo 219 de la LRJS , aunque las sentencias se refieran a colectivos distintos, limitación de la capacidad profesional en la recurrida y colectivo de la minería en la contradictoria, no altera la identidad, dado que en ambos supuestos se prevé, por una parte la reducción de la edad mínima de jubilación en función del tiempo trabajado en un determinado empleo o con una capacidad reducida, y por otro lado se establece que el periodo en que resulta rebajada la edad se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje de la pensión de jubilación.

Procede, pues, entrar a resolver el fondo del asunto.

TERCERO.- Se denuncia la infracción de los arts. 165 de la LGSS (reducción vigente 2004 y 5 del R.D. 1539/2003 .

La cuestión ya ha sido unificada por esta Sala IV, entre otras, en la de 19/12/13 (rcud 1077/13), invocada de contraste, que reitera la doctrina de la anterior de 27/3/2013 (rcud 2379/2012), y a la cual hemos de estar por razones de seguridad jurídica. En ella se establece la siguiente doctrina: "*La decisión más ajustada a derecho es la que ha dado la sentencia de contraste, por lo que el recurso, tal como informa el Ministerio Fiscal, debe ser estimado. Para llegar a esta conclusión debemos tener en cuenta la doble finalidad o razón de ser del principal precepto en cuestión, que consiste, por un lado, en propiciar e incentivar una mayor permanencia en la actividad tras alcanzar los 65 años de edad, y, por otro, en compensar la mayor contribución al sistema que ello conlleva.*

El Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del sistema de Protección Social suscrito el 9 de abril de 2001 por el Gobierno y determinadas organizaciones sindicales y empresariales, al que hacen expresa referencia los preámbulos o exposiciones de motivos tanto del RD-ley 16/2001 (BOE 31-12-2001) como la posterior Ley 37/2002 (BOE 13-7-2002), al igual que estas propias normas cuando establecieron un nuevo sistema de jubilación gradual y flexible, según decían, trataban de propiciar la actividad laboral de los ciudadanos más allá de la edad mínima habitual de jubilación (65 años) porque ello repercutía en la autoestima del trabajador, tendría efectos positivos sobre el sistema de pensiones y proporcionaría ventajas para el conjunto de la sociedad que, de esa forma, podría aprovechar la experiencia y conocimientos de los trabajadores de más edad. Parece claro que ninguna de tales finalidades se lograría si, a falta de previsión expresa al respecto, se aplicaran los incrementos porcentuales aquí cuestionados a quienes, como el demandante, aunque sea en razón a las peculiares condiciones en las que se desarrolla su actividad, no alcanzaran aquella edad mínima.

Quizá para aclarar las dudas que pudiera estar propiciando (y prueba de ellas es la impugnación de la que da cuenta la sentencia referencial) la regulación anterior a la Ley 40/2007, incluida la previsión reglamentaria invocada por el beneficiario en su escrito de impugnación (el art. 3 del RD 1132/2002), aquella norma, al incorporar el nuevo art. 161.bis a la LGSS , deja terminantemente claro que los incrementos porcentuales (2 o 3%) de la cuantía de la pensión de jubilación, aplicables sin duda a todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social (D. A. 8ª.1 LGSS), únicamente se podrán producir, no sólo cuando se acceda a la pensión desde una edad superior a los 65 años, tal como ya decía el art. 163.2, sino que, como con toda contundencia establece ahora el párrafo cuarto del citado art. 161 bis.1, "los coeficientes reductores de la edad no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, (...) a los beneficios establecidos en el apartado 2 del artículo 163...".



En otras palabras, existe una prohibición legal expresa de que los coeficientes reductores de la edad de jubilación previstos en determinadas actividades laborales -el trabajo en el mar, entre otras- puedan incidir en los incrementos en la cuantía de la pensión de jubilación. Y, como pone de relieve con acierto el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, "lo que hace la sentencia recurrida es tener en cuenta los coeficientes reductores de edad para aplicar los beneficios del art. 163.2 de la LGSS ". Procede, pues, la íntegra estimación del recurso."

CUARTO.- En el presente supuesto, habiendo sido reconocidos al actor 17.060 días cotizados, en aplicación del nº 1 del artículo 163, el porcentaje aplicable sería, 50% durante los 15 primeros años, un 3% durante los años 16 a 25 y un 2% por cada año adicional a partir del vigésimo quinto, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora pueda superar el 100%, salvo en el supuesto del apartado siguiente, que se refiere a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, que no es aplicable al supuesto enjuiciado, al haberse jubilado el actor a los 50 años, no correspondiéndole en consecuencia el incremento del 2% anual al que se refiere el apartado 2 del artículo 163 de la LGSS . -No se cuestiona aquí, por parte del INSS, el porcentaje del 102% que le reconoció en vía administrativa-

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, de fecha 2 de octubre de 2014 , recaída en el recurso de suplicación interpuesto por el organismo ahora recurrente, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Granada en fecha 7 de marzo de 2014 , en procedimiento nº 178/13, seguido a instancias de DON Luis Enrique contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Casar y anular la sentencia impugnada y, resolviendo el debate de suplicación, estimar el recurso de esta naturaleza interpuesto por el INSS contra la sentencia estimatoria de la demanda del Juzgado, que revocamos, desestimando en definitiva la demanda del actor. No se hace especial pronunciamiento de 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. Jesus Souto Prieto 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.