



Roj: **STSJ AND 4568/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:4568**

Id Cendoj: **41091340012017101012**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2017**

Nº de Recurso: **1510/2016**

Nº de Resolución: **1465/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PEREZ SIBON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO Nº 1510/16 - JM SENTENCIA Nº 1465/17

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Recurso nº 1510/2016 - JM

Il'tmos. Sres.:

D. Luis Lozano Moreno

D. Francisco Manuel Álvarez Domínguez

D^a María del Carmen Pérez Sibón, ponente

En Sevilla, a diecisiete de mayo de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Il'tmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 1465/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D. Victorino , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla, Autos nº 279/15; ha sido Ponente la Il'tma. Sra. D^a. María del Carmen Pérez Sibón, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en autos, se presentó demanda por D. Victorino contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 20/01/16, por el Juzgado de referencia, en la que se desestimó la demanda.

SEGUNDO: En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

" **PRIMERO.-** El 21/11/14 el INSS dictó resolución por la que denegó a D. Victorino , nacido el NUM000 /53, pensión de jubilación anticipada solicitada el 20/11/14, "porque el cese en el trabajo no se ha producido como consecuencia de una reestructuración empresarial de acuerdo con lo establecido en el artículo 161 bis 2 A d LGSS , redactado según el artículo 6 del RD 5/2013 de 15 de marzo ". Se da por reproducida la citada resolución.

SEGUNDO .- Se da igualmente por reproducido informe de vida laboral del actor. Desde 11/2/13 hasta 3/6/13 el actor prestó servicios para Agapito en virtud de contrato temporal eventual por circunstancias de la



producción. El fin de la relación laboral se produjo por finalización de contrato. Con posterioridad estuvo percibiendo el desempleo, figurando inscrito como demandante de empleo.

TERCERO .- Agotada la vía previa se presentó la demanda origen de los presentes autos."

TERCERO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : La Entidad Gestora denegó la petición de prestación de jubilación anticipada efectuada por el beneficiario, Sr. Victorino , por no haber cesado en su trabajo como consecuencia de una reestructuración empresarial o de una causa de las establecidas en el Art. 161 de la Ley General de la Seguridad Social .

Interpuesta demanda por el beneficiario, la sentencia dictada -desestimatoria de la pretensión- es recurrida por aquél en suplicación, formulando un único motivo en el que con amparo procesal en el párrafo c) del Art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , denuncia la infracción de los Arts. 15.6 del Estatuto de los Trabajadores , 216 y 218.1 de la Ley 1/2000 , de Enjuiciamiento Civil, la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

SEGUNDO : El Art. 161 bis punto 2 de la Ley General de la Seguridad Social , (Texto de 1994), en la redacción que mantenía al tiempo del Hecho Causante (14-3- 2012), disponía:

" *Artículo 161 bis. Jubilación anticipada.*

1. La edad mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca.

De igual modo, la edad mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas.

La aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años.

Los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el apartado 2 del artículo 163, a la jubilación regulada en la norma 2.ª del apartado 1 de la disposición transitoria tercera y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada.

2. Se establecen dos modalidades de acceso a la jubilación anticipada, la que deriva del cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador y la que deriva de la voluntad del interesado , para las cuales se exigen los siguientes requisitos:

A) Respecto de la **derivada del cese en el trabajo por causa no imputable** a la libre voluntad del trabajador.

a) *Tener cumplida una edad que sea inferior en cuatro años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación según lo establecido en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima, 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 la solicitud de la jubilación.*

c) *Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará 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 se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral.** A estos efectos, las causas de extinción del



contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes:

- a. El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores .
- b. El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores .
- c. La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal .
- d. La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.
- e. La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido en el artículo 51.7 del Estatuto de los Trabajadores .

En los supuestos contemplados en las letras a y b, para poder acceder a la jubilación anticipada derivada de cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador, será necesario que éste acredite haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva.

El percibo de la indemnización se acreditará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente.

La extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género dará acceso a esta modalidad de jubilación anticipada.

En los casos de acceso a la jubilación anticipada a que se refiere este apartado A), la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima, de los siguientes coeficientes en función del período de cotización acreditado:

(...)

A los exclusivos efectos de determinar dicha edad legal de jubilación, se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 161.1 a) y en la disposición transitoria vigésima.

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

B) Respecto del acceso anticipado a la jubilación por voluntad del interesado :

- a) Tener cumplida una edad que sea inferior en dos años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación según lo establecido en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el apartado anterior.
- b) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 35 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.
- c) Una vez acreditados los requisitos generales y específicos de dicha modalidad de jubilación, el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada.

En los casos de acceso a la jubilación anticipada a que se refiere este apartado B), la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima, de los siguientes coeficientes en función del período de cotización acreditado:

(...)

A los exclusivos efectos de determinar dicha edad legal de jubilación, se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho



causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima.

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

En el presente caso, el actor pretende acceder a la jubilación anticipada desde la situación de edad prevista en el apartado A) del precepto transcrito, y la dicción literal del mismo es claro que la conecta directamente con la exigencia de unas causas ajenas a la voluntad del trabajador y expresamente referidas a razones objetivas, en concreto a las derivadas de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral, estableciendo asimismo el precepto un listado de causas y situaciones entre las que no se encuentra la finalización de un contrato temporal, como es el del trabajador, extinguido por el transcurso del tiempo pactado por las circunstancias productivas (contrato eventual).

En apoyo de su pretensión invoca la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, en cuyo Art. 4, dispone que " *Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas*".

Ciertamente en el caso de los trabajadores eventuales, podríamos decir que su contrato se extingue -al igual que los fijos comparables- por una causa productiva. Ahora bien, aquí las causas productivas (circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos) son previas, no posteriores. Es decir, a diferencia de contratos temporales de otra naturaleza como el de interinidad o el de obra o servicio determinado, la extinción no tiene aquí como causa el surgimiento de un acontecimiento externo posterior, sino que por el contrario, las circunstancias que justifican la extinción del contrato son las contrarias, esto es, el fin de las causas que dieron lugar a la existencia de mano de obra por la empresa. La reincorporación del sustituido o el fin de la obra conllevan el sobredimensionamiento de la plantilla (causa objetiva en el sentido de la Directiva y de la jurisprudencia), pero en el caso del eventual las dificultades de gestión empresarial nacen antes, en relación a necesidades puntuales de mano de obra y ello es el fundamento de la contratación. Así, y analizando una extensión aplicativa de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14-9-2016, dictada en el asunto C 596/14 (De **Diego Porras**), ha de concluirse que no puede existir en el caso ahora sometido al enjuiciamiento de esta Sala un elemento de comparación con el trabajador fijo, en tanto que un productor de esta naturaleza no tiene, por definición y a diferencia del eventual, pactado término, esto es, su relación laboral nunca finalizaría por actualización de la cláusula temporal, lo que excluiría del términos de comparabilidad exigido por la Directiva.

El recurso, por todo lo expuesto, se desestima.

TERCERO: El recurrente disfruta del beneficio de justicia gratuita, ya que litiga ejercitando pretensión propia de beneficiario de la seguridad social (art. 2 de la Ley 1/1996 de 10 de enero), lo que impide imponerle el pago de las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto al efecto en el art. 235.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social .

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR** y **DESESTIMAMOS** el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de Victorino contra la sentencia de fecha 20-1-2016, dictada por el juzgado de lo social nº 1 de Sevilla , en autos 297/2015, seguidos a instancia de Victorino contra EL Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de Seguridad Social, y, en consecuencia, **CONFIRMAMOS** la Resolución impugnada.

No se efectúa condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de



notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Sevilla a 17 de mayo de 2017.