

Id Cendoj: 28079140012010100227  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 790/2009  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

JUBILACIÓN ANTICIPADA. ES JUBILACIÓN INVOLUNTARIA Y NO VOLUNTARIA, A EFECTOS DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 3<sup>a</sup>.1.2<sup>a</sup> DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. EL CESE TIENE SU ORIGEN Y BASE EN UN EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO POR EL QUE SE AUTORIZÓ A LA EMPRESA NUREL, S.A. A EXTINGUIR SU CONTRATO DE TRABAJO CON 59 TRABAJADORES. NO ES EXIGIBLE EL REQUISITO DE LA INSCRIPCIÓN ININTERRUMPIDA COMO DEMANDANTE DE EMPLEO DURANTE LOS SEIS MESES ANTERIORES A LA SOLICITUD, ATENDIENDO A LAS CIRCUNSTANCIAS FÁCTICAS DEL CASO CONCRETO, PARTIENDO DEL CARÁCTER INVOLUNTARIO DEL CESE.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a catorce de Abril de dos mil diez.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. David Burgos Marco, en nombre y representación de D. Bartolomé , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 3 de febrero de 2009, recaída en el recurso de suplicación nº 12/09, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Zaragoza, dictada el 21 de octubre de 2008, en los autos de juicio nº 507/08, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Bartolomé contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre Pensión de Jubilación.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Rosa María Viroles Piñol, Magistrada de Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de octubre de 2008, el Juzgado de lo Social nº 1 de Zaragoza, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "QUE ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D. Bartolomé , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho del actor al percibo de la pensión de jubilación anticipada con efectos desde la fecha de la solicitud, en la cuantía y las condiciones legalmente establecidas.".

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "1º.- El demandante D. Bartolomé , nacido el 27 de febrero de 1946, y con DNI nº NUM000 , prestó servicios para la empresa Nurel S.A. hasta el 10.10.2002. Entre el 11.10.2002 y el 10.10.2004 percibió prestación por desempleo, y en fecha 1.01.2005 suscribió Convenio Especial; 2º.- El actor vio extinguida su relación laboral con la empresa Nurel S.A. en virtud de autorización contenida en resolución dictada por la Autoridad Laboral en Expediente de regulación de Empleo, a la que precedió Acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores, de fecha 16.07.2002, con el contenido que consta en el acta de la reunión referida, cuya copia obra en autos y se da por reproducido; 3º.- En virtud del acuerdo referido en el hecho anterior, el actor ha percibido de la empresa Nurel S.A. las cantidades acordadas en el referido acuerdo, que garantiza la percepción de una renta mensual así como el pago de las cuotas del Convenio Especial suscrito con la Seguridad Social. En el periodo de los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión de jubilación (de febrero de 2006 a enero de 2008) el actor percibió de Nurel S.A., a través de Mapfre Vida, la cantidad de 27.780,52 #; las cuotas del Convenio Especial, también asumidas por la empresa y referidas al mismo periodo ascienden a 17.685,81 #; 4º.- Las cotizaciones por contingencias

comunes y desempleo correspondientes al actor, y a los 180 días inmediatamente anteriores a su cese en la empresa Nurel S.A. ascienden a la cantidad de 10.943,09 #; 5º.- En fecha 27.02.2008 el actor formuló ante la Dirección Provincial del INSS, solicitud de pensión de jubilación, cuya petición fue desestimada, en resolución de 14.03.2008, por no tener el actor cumplidos sesenta y cinco años, y no hallarse inscrito como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación. El actor formuló reclamación previa, que fue desestimada en resolución de 16.05.2008 ; 6º.- El demandante permaneció inscrito como demandante de empleo en los períodos de 16.1.2002 a 15.10.2004 y de 15.11.2004 a 16.02.2005; 7º.- De estimarse la pretensión del demandante, le correspondería percibir la pensión de jubilación en cuantía del 79% de su base reguladora mensual de 1.627,40 #, extremos éstos sobre los que existe conformidad entre las partes.".

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictó sentencia en fecha 3 de febrero de 2009 , en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos el recurso de suplicación nº 12/2009, ya referenciado, interpuesto contra la sentencia nº 367/2008, dictada en 21 de octubre de dos mil ocho, por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Zaragoza . Revocamos y dejamos sin efecto la sentencia recurrida y desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por Bartolomé contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social a quien absolvemos libremente de cuantos pedimentos contra él han sido deducidos. Sin costas.".

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la representación de D. Bartolomé , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de fecha 17 de enero de 2008 , rec. suplicación nº 686/2007.

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar IMPROCEDENTE el presente recurso.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 17 de noviembre de 2009 y posteriormente para el día 18 de febrero de 2010, ambos actos fueron suspendidos por necesidades del servicio. Se señaló nuevamente para el día 8 de abril de 2010, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- La sentencia que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en 3 de febrero de 2009 (rec. 12/2009). En ella se contemplaba la situación de un trabajador (nacido el 27/02/1946) de la empresa Nurel S.A. que, vió extinguida su relación laboral en virtud de autorización de la autoridad laboral en un expediente de regulación de empleo, precedida de un acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores de fecha 16/07/2002. El 27/02/2008 solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada que el INSS le denegó alegando no tener cumplidos 65 años de edad y no hallarse inscrito como demandante de empleo durante al menos seis meses anteriores a la fecha de la solicitud. El último periodo de inscripción en la oficina de empleo es del 15/11/2004 al 16/02/2005. En los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud el recurrente percibió de la empresa la cantidad de 27.780,52 # y las cuotas del convenio especial, en un importe total del que no se hace cuestión a los efectos del *art. 161 bis.2 apartado d), párrafo segundo* . La sentencia recurrida revoca el fallo de instancia y desestima la demanda aplicando la doctrina de la STS de 7.2.2008 (rec. 4237/2006 ) que, en relación con la jubilación anticipada de un trabajador de Telefónica, considera involuntario el cese producido en el contexto y bajo la cobertura de un expediente de regulación de empleo. La razón de decidir de la sentencia es que la extinción del contrato del actor fue voluntaria debido a la existencia de un acuerdo anterior entre la empresa y los representantes de los trabajadores en el que se pactó expresamente que "con el fin de mitigar en lo posible las consecuencias de dicha medida -la extinción de 59 contratos- la misma afectará únicamente a los trabajadores de NUREL S.A. que de mutuo acuerdo con la empresa así lo convengan".

Lo que alega la entidad gestora al resolver la reclamación previa es que al solicitante no le es aplicable lo dispuesto en el *art. 161 bis 2 d) párrafo segundo* , porque está previsto para los supuestos de obligación empresarial adquirida mediante acuerdo colectivo y su jubilación anticipada procede de un expediente de regulación de empleo.

2.- La indicada sentencia es recurrida por el demandante en origen en casación para la unificación de doctrina, designando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de

Justicia de Extremadura de 17 de enero de 2008 . Consta probado en dicha sentencia que: el actor, nacido el 30.11.1945, trabajó en Endesa hasta el 30.11.2000; percibió prestaciones de desempleo desde el 1.12.2000 hasta el 30.11.2002 y suscribió un convenio especial desde el 1.12.2002 que continuaba en vigor cuando solicitó la pensión de jubilación anticipada el 30.11.2006; mediante acuerdo colectivo de fecha 21.7.1998 el actor percibió de la empresa la cantidad total de 233.622,93 # durante los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la jubilación. La entidad gestora le denegó el derecho al percibo de la pensión por no cumplir el requisito de haber permanecido inscrito como demandante de empleo durante al menos seis meses antes de la solicitud, pero la sentencia declara no ajustada a derecho esa resolución con fundamento en el *art. 161.3 LGSS* en la redacción dada por la *Ley 35/2002*, cuyo número 3 d) exime de la inscripción como demandante de empleo y del cese por causa no imputable al trabajador, pero no exige que el cese sea por causa involuntaria para estar exento de la inscripción, criterio que corrobora el *art. 1 del RD 1132/2002 reproducido en el apartado 4 párrafo primero del art. 161.3 d) LGSS* . La sentencia acaba razonando que la relación laboral en principio se extinguiría de forma involuntaria por el expediente de regulación de empleo, pero como además hubo un acuerdo colectivo -el actor suscribió el 30.11.2000 un documento con la empresa en el que consta no solo su afectación por el ERE, sino las condiciones descritas, modificadas por otro posterior de septiembre de 2005 como consecuencia de la entrada en vigor de la *Ley 35/2002* , se dan ambos supuestos de forma sucesiva.

3.- La sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2008 (rec. 4237/2006 ) en la que apoya su pronunciamiento la sentencia recurrida señala textualmente que " no puede hablarse..., de que el origen de la jubilación sea voluntario, en cuanto que no existe mutuo acuerdo extintivo en la extinción del contrato de trabajo, sino aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario, en el marco de un expediente de regulación de empleo, decisión que impone al trabajador, tras un intervalo de desempleo involuntario, una jubilación anticipada asimismo involuntaria".

En el caso de este recurso el juez de instancia estima la demanda razonando que si bien la extinción del contrato del actor se debió a un expediente de regulación de empleo, debe calificarse de voluntaria por la existencia del acuerdo anterior entre las partes al que se ha hecho referencia; y entendiendo que el contrato se extinguío tanto con base en un acuerdo colectivo como en un acuerdo individual llega a la conclusión de que está en el supuesto del *art. 161 bis 2.d) LGSS, párrafo segundo* . La Sala de suplicación por el contrario, decide que el acuerdo individual entre empresa y trabajador para la inclusión de éste entre los afectados por el expediente de regulación de empleo implica que el cese en el trabajo se produjo por causa imputable a la libre voluntad del trabajador, por lo que, faltando el requisito del *apartado b) del art. 161.1 LGSS* , aquél no tiene derecho a la jubilación anticipada.

4.- De la comparación de ambas sentencias, ha de concluirse que concurre el requisito de contradicción en los términos previstos en el *art. 217 de la LPL* .; y sin que a ello obste que en un supuesto estuviera ya vigente la reforma introducida por la *Ley 40/2007* , que exonera de aquel requisito a los supuestos en que el cese sea consecuencia de acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación (siempre que se produzca el abono de la cantidad prevista, cuya cuantía en el presente recurso es indiscutible que excede de la estipulada en el *párrafo segundo del art. 161 bis 2 ) LGSS*, pues lo cierto es que, en cuanto aquí interesa , nada nuevo aporta la *Ley 40/2007* .

**SEGUNDO.-** 1.- Superado el requisito de la contradicción (*art. 217 LPL* ), procede examinar el motivo de recurso relativo al fondo del asunto.

Entiende el recurrente que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia de contraste. Refiere que el 2º párrafo del *art. 161 bis 2 de la LGSS* , exige el abono de determinadas cantidades por la empresa, y que el mismo se haga "en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación", sin señalar nada respecto a la forma de la extinción; lo que exige es que producido la misma, se abonen unas sumas al trabajador mediando un pacto previo con la empresa, bien de carácter colectivo, bien individual. Y en el caso concreto, la extinción de la relación laboral se produce mediante el uso que la empresa hace de la autorización que se le concede en el marco de un expediente de regulación de empleo, pero tanto dicho mecanismo de extinción de relaciones laborales, como el abono de las correspondientes cantidades, se producen en virtud y como consecuencia de un acuerdo colectivo entre la representación de los trabajadores y la empresa.

2.- Como se ha señalado, el actor solicitó el reconocimiento de pensión de jubilación anticipada ante el INSS, que le fue denegado por no tener cumplidos 65 años de edad y no hallarse inscrito como demandante de empleo durante al menos seis meses anteriores a la fecha de la solicitud. La sentencia recurrida revoca el fallo de instancia (que había estimado la pretensión) y desestima la demanda aplicando la doctrina contenida en la STS de 7 de febrero de 2008 (rec. 4237/2006 ).

La razón de decidir de la sentencia es que la extinción del contrato del actor fue voluntaria debido a la existencia de un acuerdo anterior entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La Entidad Gestora al resolver la reclamación previa, alegaba que al solicitante no le es de aplicación lo dispuesto en el *art. 161 bis 2 d, párrafo segundo*, porque está previsto para los supuestos de obligación empresarial adquirida mediante acuerdo colectivo y su jubilación anticipada procede de un expediente de regulación de empleo.

3.- La sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 7 de febrero de 2008 (rec. 4237/2006), cuya doctrina reproduce la sentencia recurrida, califica como forzosa la jubilación anticipada allí examinada, señalando que:

*"(...) 1.- La recurrente denuncia como infringida por la sentencia que recurre la norma reguladora de este tipo de situaciones contenida en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 208.1 de la misma en cuanto que de dichas normas se desprende a su juicio que una extinción del contrato de trabajo que unía al trabajador con su empresa, por estar fundada y articulada bajo las previsiones de una resolución administrativa que autorizó un expediente de regulación de empleo no puede ser calificada de extinción voluntaria a los efectos previstos en los indicados preceptos.*

*2.- Para la solución del supuesto aquí contemplado hay que partir, en definitiva, de la realidad de unos hechos que afirman cómo la extinción del contrato de trabajo del actor se produjo en el contexto y bajo la cobertura de un expediente de regulación de empleo resuelto por Resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 16 de julio de 1999 en el que se autorizó a la empresa a extinguir el contrato de trabajo con un gran número de trabajadores siempre que estos aceptaran las condiciones ofrecidas, siendo con ese condicionante con el que el actor aceptó la extinción y el pase a la situación de prejubilado y con esa garantía previa con la que prestó su consentimiento a dicha extinción; por ello, el que hubiera consentimiento del trabajador no permite afirmar que su cese fuera voluntario o por causa imputable a la voluntad del trabajador por cuanto derivó de la existencia de una causa objetiva previa independiente de su voluntad. Por lo tanto, no puede serle de aplicación las previsiones contenidas en el párrafo primero de la regla 2<sup>a</sup> de la Disposición transitoria tercera de la LGSS, como esta Sala ya dijo con toda claridad en la sentencia del Pleno de fecha 25 de octubre de 2006 (rec.- 2318/05), seguidas por otras muchas en el mismo sentido, con referencia precisamente a un supuesto igual al resuelto por la sentencia de contraste, en el que se advirtió como en estos casos de cese precedido de un expediente de regulación de empleo "No puede hablarse..., de que el origen de la jubilación sea voluntario, en cuanto que no existe mutuo acuerdo extintivo en la extinción del contrato de trabajo, sino aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario, en el marco de un expediente de regulación de empleo, decisión que impone al trabajador, tras un intervalo de desempleo involuntario, una jubilación anticipada así mismo involuntaria".*

Doctrina que reitera la contenida en la STS de 24 de octubre de 2006, según la cual el cese en virtud de Expediente de Regulación de Empleo (ERE) tiene carácter involuntario, y que dio lugar a la revisión de oficio por parte del INSS de determinados expedientes tramitados bajo el criterio de la voluntariedad del cese, con efectos de la notificación de la referida sentencia. Doctrina y medida que incorpora la *Disposición final tercera 2 de la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social (Ley 40/2007 de 4 de diciembre)* al señalar que:

*"2. A efectos de la aplicación del requisito a que se refiere la letra d) del apartado 2 del artículo 161 bis y el párrafo tercero de la norma 2<sup>a</sup> del apartado 1 de la disposición transitoria tercera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se considerará, en todo caso, que las jubilaciones anticipadas causadas entre el 1 de enero de 2004 y la fecha de entrada en vigor de la referida Ley motivadas por ceses en la relación laboral producidos en virtud de expedientes de regulación de empleo **tienen carácter involuntario**. Las resoluciones denegatorias de las pensiones de jubilación anticipada, así como las cuantías de las pensiones ya reconocidas se revisarán a instancia de los interesados".*

4.- Sentado cuanto antecede, ha de señalarse que no se cuestiona en la litis que el actor reúna los requisitos exigidos en el *art. 161.bis 2 de la LGSS*, salvo la inscripción como demandante de empleo en el periodo señalado. La cuestión litigiosa queda centrada y limitada a determinar si al actor le es de aplicación lo dispuesto en el *párrafo segundo de la letra d) del art. 161 bis 2 de la LGSS* - en relación a la no exigencia de los requisitos exigidos en los apartados b) y d) -, que en su redacción actual (dada por *Ley 40/2007*), señala que:

*" (...) 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 consecuencia, no es exigible al actor, el único requisito ahora cuestionado de encontrarse inscrito en la oficina de empleo como demandante de empleo durante un plazo de al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación, pues con independencia del carácter involuntario de su extinción contractual por ERE, lo cierto es que la indemnización percibida (no discutida) tras producirse tal extinción, lo fue en virtud de la obligación adquirida mediante "acuerdo colectivo" (sea estatutario o extraestatutario) o "contrato individual de prejubilación", conforme al redactado introducido por la Ley 40/2007, aplicable al caso atendiendo a la fecha de la solicitud de la pensión de jubilación anticipada (27/02/2008).

**TERCERO.-** La consecuencia de cuanto precede, visto el informe del Ministerio Fiscal, no puede ser otra que la estimación del recurso, al apreciarse las infracciones denunciadas, y revocando la sentencia recurrida, ha de resolverse el debate en suplicación, desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia que declaró el derecho del actor al percibo de la pensión de jubilación anticipada con efectos desde la fecha de la solicitud, en la cuantía y las condiciones legalmente establecidas. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. David Burgos Marco en nombre y representación de D. Bartolomé, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 3 de Febrero de 2009, en recurso de suplicación que deja sin efecto la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Zaragoza y desestima la demanda formulada por el ahora recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Revocamos la sentencia recurrida, y resolviendo el debate en suplicación, se desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Rosa María Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.