



Roj: **STSJ AS 733/2012 - ECLI: ES:TSJAS:2012:733**

Id Cendoj: **33044340012012100619**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **03/02/2012**

Nº de Recurso: **3024/2011**

Nº de Resolución: **301/2012**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JESUS MARIA MARTIN MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 733/2012,**
STS 735/2013

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00301/2012

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2011 0103104

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0003024 /2011

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000871/2010 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de OVIEDO

Recurrente/s: INSS INSS INSS

Abogado/a: LETRADO SEGURIDAD SOCIAL

Recurrido/s: TGSS, Jesús Ángel

Abogado/a: LETRADO SEGURIDAD SOCIAL, JUAN ANTONIO PADILLA VAZQUEZ

SENTENCIA Nº 301/12

En OVIEDO, a tres de Febrero de dos mil doce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNANDEZ, Presidente, D^a. PALOMA GUTIERREZ CAMPOS, D^a. MARIA VIDAU ARGÜELLES y D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003024/2011, formalizado por el LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en nombre y representación del INSS, contra la sentencia número 411/2011 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de OVIEDO en el procedimiento DEMANDA 0000871/2010, seguidos a instancia de Jesús Ángel frente al INSS y la TGSS, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo Sr **D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Jesús Ángel presentó demanda contra el INSS y la TGSS, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 411/2011, de fecha veintisiete de Septiembre de dos mil once .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º) El actor, afiliado a la Seguridad Social con el nº NUM000 , prestó sus servicios para el Ayuntamiento de Mieres con la categoría profesional de Albañil y desde el mes de octubre de 2004 pasó a la situación de jubilación parcial reduciendo su jornada en un 85%, situación en la que permaneció hasta el cese en el trabajo el 26 de junio de 2008. Simultáneamente el Ayuntamiento concertó un contrato de relevo para cubrir la jornada que dejó vacante el actor.

2º) Las cotizaciones efectuadas por el actor desde la jubilación parcial fueron las siguientes:

- año 2004 - octubre a diciembre 288,81 €/mes.

- año 2005 - enero 298,07 €, febrero 497,34 €, marzo a julio 300,97 €/mes, agosto 335,81 €, septiembre 639,46 €, y octubre a diciembre 306,37 €/mes.

- año 2006 - enero 309,86 €, febrero 613,29 €, marzo a mayo 317,81 €/mes, junio 499,65 €, julio 346,25 €, agosto 376,65 €, y septiembre a diciembre 319,65 €/mes.

- año 2007 - enero 370,21 €, febrero 601,82 €, marzo a junio 370,21 €, julio 429,01 €, agosto 399,61 €, septiembre 370,21 €, octubre 406,21 €, noviembre 435,01 € y diciembre 370,21 €.

- año 2008 - enero 421,92 €, febrero 589,68 €, marzo y abril 390,70 €, mayo 450,10 € y junio 373,31 €.

3º) Solicitó la pensión de jubilación el 27 de junio de 2008 que le fue reconocida por resolución de de 9 de julio, con una base reguladora mensual de 1.427,69 €, en un 100% con efectos al 27 de junio de 2008.

4º) Presentó reclamación previa en tiempo y forma, contra la citada, que fue desestimada por otra resolución de 2 de agosto de 2010. Interpuso la demanda el 14 de octubre.

5º) Si se hubiesen computado las bases de cotización efectivamente realizadas durante el periodo trabajado a tiempo parcial hasta el 100 por 100, con el límite del tope máximo de cotización, la base reguladora de la pensión de jubilación ascendería a 1.578,10 €.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimo la demanda interpuesta por D. Jesús Ángel contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y declaro el derecho del actor a percibir la pensión de jubilación sobre una base reguladora mensual de 1.578,10€, en un porcentaje del 100% y con efectos desde el 27 de junio de 2008".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por el INSS formalizándolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 25 de noviembre de 2011.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 12 de enero de 2012 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: Se advierte que esta sentencia se firma fuera de plazo por falta de personal en la Secretaría de la Sala para su transcripción.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de la pretensión desarrollada en este procedimiento que se declare el derecho del actor a percibir la pensión de jubilación que tiene reconocida conforme a una base reguladora de 1.578,10 euros, de acuerdo con las cotizaciones efectivamente realizadas durante el periodo comprendido entre los meses de octubre de 2004 y junio de 2008, durante los que permaneció en la situación de jubilación parcial.

La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Oviedo de 8 de junio de 2011, resuelve aceptar el planteamiento del demandante y, estimando la demanda, declaró el derecho del actor a percibir la prestación de jubilación conforme a la base reguladora reclamada con efectos desde la fecha de su reconocimiento inicial, y, frente a esta resolución judicial, se alza en suplicación la Letrado de la Administración de la Seguridad Social, desde la perspectiva que autoriza el Art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/95, de 7 abril, para que se revise el derecho que estima ha sido aplicado indebidamente, solicitando en definitiva la integra desestimación de su demandada, previa la revocación de la resolución de instancia.

SEGUNDO.- En sede de censura jurídica, denuncia la Letrado recurrente la infracción de lo dispuesto en el Art. 10 a) del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, en relación con lo que al efecto establece el Art. 18 del propio texto reglamentario, y la doctrina recogida en las SSTSJ-Madrid de 18 de noviembre, 25 de febrero y 18 de febrero de 2008.

Ante ello se ha de comenzar recordado que si bien el artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral señala como posible objeto del recurso de suplicación en su apartado c): "examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia", por tal ha de entenderse únicamente la doctrina legal emanada del Tribunal Supremo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 párrafo 6º del Código Civil, siendo necesarias, al menos, dos sentencias conformes (o una sola dictada en unificación de doctrina) y, por tanto, al no crear propia y verdadera jurisprudencia, no puede basarse este motivo en la infracción de doctrina de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (STTS de 2 de julio de 1992), ni siquiera cuando el criterio del juez colisione con el de la Sala ante la que se sustancia el recurso.

Argumenta la Entidad Gestora, en sustancia, que en la determinación de la base reguladora de la prestación, cuando esta viene precedida como es el caso de una situación de jubilación parcial, no se deben tomar en consideración exclusivamente las cotizaciones efectuadas por el actor sino que también se debe tener en cuenta la procedencia de esas bases y, en consecuencia, no se debe aplicar una regla de tres simple, reduciendo el salario percibido a tiempo parcial al porcentaje de reducción de la jornada y elevándolo posteriormente al 100%, sino que la situación es más compleja ya que el mecanismo previsto lo que persigue es efectuar una equiparación a efecto de base reguladora -y en oposición a la regla general de la D.A. 7ª de la LGSS- entre el trabajo a tiempo parcial y el trabajo a tiempo completo y no establecer un mecanismo de mejora de la base reguladora del trabajador a tiempo parcial.

La magistrada de instancia, siguiendo el parecer de la Sala, recogido en la STSJ-Asturias de 19 de noviembre de 2010, señala que las bases de cotización efectuadas durante el periodo en cuestión se deben elevar al 100% como si hubiese realizado la jornada a tiempo completo y puesto que los cálculos aportados al efecto por el actor ponen de relieve que en ningún caso han superado el límite máximo de cotización, la base a tomar en consideración será la 1.578,19 euros

El Art. 10 a) del R.D. 1131/2002, dispone que "el trabajador concertará, previo acuerdo con su empresa, un contrato a tiempo parcial, reduciendo la jornada de trabajo y el salario, entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 85 por 100 de aquéllos, en los términos previstos en el Art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores. Los porcentajes indicados en el párrafo anterior, se entenderán referidos a una jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable".

A su vez, el Art. 18.2 de la precitada norma reglamentaria determina que para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación ordinaria de un trabajador que previamente accedió a la situación de jubilación parcial a una edad inferior a los 65 se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes al periodo de trabajo a tiempo parcial en la empresa donde redujo su jornada y salario, incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido de haber realizado en la empresa, en dicho periodo, el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la situación de jubilación parcial, y siempre que la misma se hubiese simultaneado con un contrato de relevo.

Como recuerda la STS de 15 de julio de 2010, examinando el precitado Art. 18 del RD 1131/2002, "...según explicita el INSS en su recurso, tras hacer una exposición histórica de los antecedentes del citado precepto,



que es consecuencia de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, la interpretación correcta es la siguiente:

"Entendemos que la limitación de la aplicación del beneficio de incremento de las bases de cotización no necesariamente tiene que ser considerado como una consecuencia para el jubilado parcial del incumplimiento empresarial, sino que deben tenerse en cuenta los principios que inspiran el Sistema de la Seguridad Social que hacen referencia a la suficiencia financiera del Sistema". Partiendo de lo cual, afirma que "la base reguladora de la prestación de jubilación está en función de las cotizaciones efectuadas a la Seguridad Social, tanto del trabajador parcialmente jubilado como del relevista, de modo que no cotizado la totalidad del periodo, la base de la prestación debe atemperarse al tiempo y cuantía cotizados", afirmación ésta última que toma literalmente del Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia de contraste", sin embargo, sigue diciendo al Sala "cabe otra interpretación del artículo 18, que debe ser puesto en conexión con la Disposición Adicional Segunda del propio RD 1131/2002 . Según esta interpretación alternativa, que es la que hace la sentencia recurrida en su Fundamento de Derecho Tercero, el modelo legal que surge de la reforma introducida por la Ley 35/2002 y su reglamento de desarrollo, el RD 1131/2002, como dice su Exposición de Motivos, es el de eliminar rigideces en el acceso a la jubilación parcial existentes en la regulación anterior por lo que, concluye el recurrente," siendo en consecuencia el interés prevalente de esta regulación el facilitar la jubilación parcial y anticipada, no pueden asumirse principios restrictivos de la misma y en particular no puede interpretarse extensivamente el deber de sustitución del trabajador relevista durante la vigencia del contrato de relevo a que se refiere la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1131/2002 ".

Es decir, aún cuando nos atuviéramos a la interpretación de la Gestora más arriba recogida, la base reguladora a computar no sería el resultado de aplicar a la base reguladora existente al tiempo de la jubilación parcial el itinerario que marca la actualización del IPC (situación que el Art. 18.4 prevé para cuando la jubilación parcial no fue simultaneada con contrato de relevo, al indicar que "cuando la base reguladora de la pensión de jubilación se haya determinado en una fecha anterior a la del hecho causante, a la cuantía de la pensión resultante se le aplicarán las revalorizaciones que se hubiesen practicado desde dicha fecha hasta la del hecho causante"), sino el resultado de sumar las bases de cotización del trabajador parcialmente jubilado y las del relevista, o lo que es lo mismo, elevando al 100% el porcentaje de salario que le corresponde al actor en función de su jornada reducida, como si trabajara a jornada completa en el puesto de trabajo que venía desempeñando antes del acceso a la jubilación parcial.

Analizando un supuesto análogo al ahora analizado, relativo a otro trabajador del Ayuntamiento de Mieres decía la sentencia de la Sala de 19 de Noviembre del 2010 (Rec. 1108/2010) "de lo expuesto se desprende que habiendo desarrollado el actor un trabajo a tiempo parcial y constando probado que al mismo tiempo se concertó un contrato de relevo con otro trabajador para cubrir la jornada dejada vacante por el demandante, acierta la sentencia de instancia al concluir que las bases de cotización efectuadas durante el periodo en cuestión se deben elevar al 100% como si hubiese realizado la jornada a tiempo completo y puesto que los cálculos aportados al efecto por el actor ponen de relieve y no se discute de contrario que en ningún caso han superado el límite máximo de cotización y siendo ello así no cabe sino confirmar por sus propios fundamentos la sentencia impugnada, debiendo añadirse finalmente que la alegación contenida en la resolución que deniega la reclamación previa referida a que en los cálculos efectuados por la entidad gestora se ha tenido en cuenta para determinar las bases de cotización, el salario del convenio del Ayuntamiento de Mieres para el que prestaba servicios el actor al pasar a jubilación parcial con los incrementos habidos desde entonces, no se reproduce en el recurso ni se solicita la introducción de los datos correspondientes en los hechos probados por lo que no pueden ser tomados en consideración para resolverlo".

Criterio que se ha seguir manteniendo pues, pese a lo afirmado por la Gestora al dar respuesta a la reclamación previa, aquí no se observan los pretendidos incrementos de las bases de cotización por encima o que no sean una mera consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo de aplicación; así por ejemplo, si tomamos en consideración la nomina del mes de noviembre de 2005, podemos observar que tanto el sueldo base, la antigüedad, el complemento de destino o el específico percibidos por el actor se corresponden con el 15% que para tales conceptos retributivos se establecen en la tabla salarial pactada para el año 2005 en el anexo II.1 del convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Mieres 2004-2007 (BOPA de 27/8/2005); dicha norma paccionada establecía para un ayudante de oficial de 1ª-Grupo D respectivamente 553,32 euros de sueldo base, 16,50 euros por cada trienio (el actor contaba con 2), 360,98 euros de complemento de destino, 476,14 euros de específico y plus de asistencia de 36 euros, más dos gratificaciones extraordinarias de igual cuantía, de suerte que el único concepto de la estructura retributiva cuya cuantía no aparece especificada en la norma paccionada es el complemento de productividad al depender su importe de "unos objetivos mínimos a cumplir por cada uno de los distintos servicios municipales, y si a criterio de ambas partes se han alcanzado éstos en el año anterior, se procederá a conceder a cada trabajador un importe determinado en concepto de este complemento" y, por tanto, la base reguladora resultante de 306,37 euros, no solamente se ajusta



a la remuneración total conforme determina en el Art.109.1 de la Ley General de la Seguridad Social , texto refundido aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, sino que el salario efectivamente percibido se corresponde con el 15% de un trabajador a tiempo completo que resulte comparable habida cuenta de la jornada reducida pactada.

Es cierto que en el referido convenio (también el convenio colectivo 2008-2011, BOPA de 5-1-2010, que sustituyo al anterior) establecía en su Art. 28.6.1.11 y en referencia a los trabajadores que se jubilan de forma parcial que estos tenían derecho a percibir "un complemento que sumado a la pensión recibida por el INSS y al 15% que le corresponde por la prestación de trabajo, será igual a la que percibiría este trabajador de seguir trabajando al 100% de su jornada completa anual. Esta cantidad (incluidas las pagas extras y demás complementos) se prorrateara en 12 mensualidades; y se actualizarán cada año con ocasión de las actualizaciones salariales marcadas en el Convenio Colectivo vigente. La suma de los complementos percibidos durante toda la situación de jubilación parcial compensará a las indemnizaciones previstas en el artículo 28.4 del vigente Convenio Colectivo ". Pero el referido complemento, que en el mes que se ha tomado de muestra ascendía 160,25 euros, no se ha computado al conformar la base de cotización y, por tanto, el porcentaje que ha de servir de modulo para el cálculo de la base reguladora mensual no resulta distorsionado.

En definitiva, no se puede hablar de aumentos desproporcionados de las cotizaciones o que los mismos carecen de base real alguna ni de otros elementos que permitan sostener la existencia de fraude como se pretende en la resolución de la reclamación previa, con cita expresa del Art. 162.2 de la LGSS y de la jurisprudencia que lo aplica e interpreta, tesis que se pretende introducir en el recurso y que por lo mismo ha de ser rechazada, por ser contraria a la interpretación literal del precepto comentado que no deja lugar a dudas sobre cual sea su sentido y finalidad, debiendo, en consecuencia y en consideración a todo lo expuesto, desestimarse el presente motivo del recurso.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Letrado de la Administración de la Seguridad Social contra la sentencia de 27 de septiembre de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo en los autos núm. 871/2010, seguidos a instancia de D. Jesús Ángel contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación sobre pensión de jubilación, y, en su consecuencia, confirmamos la misma en todos sus pronunciamientos. Sin costas.

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito que se presentará ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para que puedan cumplirse los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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