



Roj: **STS 1786/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1786**

Id Cendoj: **28079140012018100421**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/04/2018**

Nº de Recurso: **2036/2016**

Nº de Resolución: **422/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2036/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 422/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 19 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), contra la sentencia dictada el 26 de abril de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 3945/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Orense, de fecha 2 de junio de 2015, recaída en autos núm. 271/2015, seguidos a instancia de D.^a Aida frente al INSS y la TGSS, sobre pensión de **jubilación anticipada**.

Ha sido parte recurrida D.^a Aida, con asistencia letrada de D.^a Isabel André Veloso.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de junio de 2015 el Juzgado de lo Social nº 2 de Orense dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: « **1º.-** La actora D.^a Aida, nacida el NUM000 -1952-1952, figura afiliada a la S.S. con el no NUM001. **2º.-** En fecha 17-10-2014 solicitó pensión de **jubilación** al amparo de la normativa comunitaria prestación que fue denegada por Resolución de la D.P. del INSS de 4-2-2015 por no acreditar el periodo mínimo de cotización de 30 años para acceder a la **jubilación anticipada**. Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución de 4-3-2015. **3º.-** La actora acredita las siguientes cotizaciones a la S.S. Española: -4374 días, a tiempo completo, en diversos periodos comprendidos

entre el 1-9-85 al 4-9-2014. Las cotizaciones del periodo 6-4-2005 a 4-9-2014, lo son durante la percepción del subsidio por desempleo. -924 días teóricos (1619 días reales) a tiempo parcial, comprendidos entre el 20-11-95 al 20-9-2014. 4º.- La actora acredita asimismo un total de 5418 días cotizados a la S.S. Alemana, comprendidos entre el 1- 11-70 al 31-8-85».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «Que estimando la demanda interpuesta por D.ª Aida , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir la pensión de **jubilación** solicitada, en cuantía resultante de aplicar a una base reguladora mensual de 653,58.-€ los porcentajes del 76% por edad, los 90% por cotización, y un factor prorratea a cargo de la S.S. Española del 51,33%, con efectos del 4-9-2014, y en consecuencia, condeno a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a abonar a la actora la prestación indicada».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D.ª Aida ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 26 de abril de 2016 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada el 2/6/2015 por el Juzgado de lo Social Nº 2 de PONTEVEDRA en autos Nº 271-2015 sobre **JUBILACIÓN ANTICIPADA** seguidos a instancias de D.ª Aida , resolución que se mantiene en su integridad».

TERCERO.- Por la representación de INSS y de la TGSS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en fecha 13 de enero de 2004 (RSU 1934/2003). La parte considera que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el artículo 161.bis.2 apartado c) de la LGSS , en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en relación con la Disposición adicional vigésimo octava del mismo cuerpo legal .

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso formalizado debe ser desestimado.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de abril de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver reside en determinar si pueden computarse las cotizaciones por **jubilación** efectuadas por la entidad gestora del subsidio de desempleo de mayores de 55 años, a efectos de acreditar el periodo de carencia de 30 años exigido para el acceso a la **jubilación anticipada**.

2.- La sentencia del juzgado de lo social estima la demanda de la trabajadora y establece que esas cotizaciones son válidas a tal efecto.

El recurso de suplicación interpuesto por el INSS es desestimado en la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 26 de abril de 2016, rec. 3945/2015 , que confirma la de instancia.

Contra dicha sentencia formula la entidad gestora el presente recurso de casación unificador, que articula en un único motivo en el que denuncia infracción del art. 161. Bis 2 apartado c) LGSS , en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en relación con la disposición adicional 28ª del mismo cuerpo legal y de la doctrina establecida en la STS 13 de mayo de 2015, rcud. 838/2014 .

Sostiene el recurso que, de conformidad con lo previsto en la citada disposición adicional, la obligación de cotizar por la contingencia de **jubilación** durante la percepción del subsidio de desempleo para mayores de 55 años, que impone el art. 161.1 LGSS a la entidad gestora de la prestación de desempleo, solo tiene eficacia para el cálculo de la cuantía y porcentaje de la base reguladora de la **jubilación**, y no puede ser computada para acreditar el periodo mínimo de cotización exigible, tanto si se trata de **jubilación** ordinaria como **anticipada**.

Invoca de contraste la sentencia de la Sala Social del TSJ de Andalucía-Granada de 13 de enero de 2004, rec. 1934/2003 .

SEGUNDO . 1.- Debemos resolver en primer lugar si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS , que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

2.- En el supuesto de la sentencia recurrida la trabajadora demandante solicitó pensión de **jubilación anticipada** que le fue denegada por no acreditar el periodo mínimo de cotización de 30 años. Para alcanzar los 30 años cotizados que le son exigibles, debería computarse necesariamente lo cotizado durante el periodo de subsidio de desempleo.

Como ya hemos avanzado, la sentencia recurrida ha dado eficacia a la cotización del subsidio de desempleo para mayores de 55 años a efectos de acreditar la carencia exigida, al entender que lo dispuesto en la disposición adicional 28ª LGSS solo es aplicable a la **jubilación** ordinaria y no a la **anticipada**.

La sentencia recurrida conoce de un asunto idéntico, y concluye que, en aplicación de esa misma DA, lo cotizado por la contingencia de **jubilación** durante la percepción del subsidio de desempleo de mayores de 52 años, carece de validez para completar el periodo mínimo de cotización para el acceso a la pensión de **jubilación anticipada**.

Estamos de esta forma ante doctrinas contradictorias que es necesario unificar.

TERCERO. 1.- El punto de partida para la resolución del asunto no puede ser otro que lo dispuesto en el art. 215 1º apartado 3) LGSS, con la siguiente dicción literal: "Los trabajadores mayores de cincuenta y dos años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de **jubilación** en el sistema de la Seguridad Social".

Para su correcta exégesis hemos de atenernos a los criterios hermenéuticos que impone el art. 3.1 del Código Civil: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".

En la traslación de estos criterios a aquel texto legal, hay que reseñar que el legislador limita el reconocimiento del subsidio de desempleo a los trabajadores que reúnan todos los requisitos para acceder a la pensión de **jubilación** - salvo el de edad-, y de forma específica enfatiza y destaca que ese requisito afecta al acceso a "cualquier tipo de pensión contributiva de **jubilación**".

Aquí hemos de reparar en la expresión "cualquier tipo", que utiliza la norma para dejar constancia de que se refiere a toda clase y modalidad de pensión de **jubilación** contributiva, a lo que luego además añade "en el sistema de la Seguridad Social", con lo que viene a englobar todos los posibles tipos de **jubilación** contributiva contemplados en el sistema de seguridad social, reiterando con ello la idea de que se refiere por igual a cualquier clase de **jubilación**.

A la vista de tan explícito aserto, la interpretación literal del precepto no puede ser otra que la de entender que es de aplicación a cualquiera de los diferentes subtipos de **jubilación** que en cada momento pueda contemplar nuestro sistema de seguridad social.

No hay por lo tanto ninguna razón para sostener que los efectos jurídicos derivados de ese precepto legal se encuentren limitados a una determinada categoría de pensión de **jubilación**, a la que podemos denominar como **jubilación** ordinaria que se alcanza al llegar a la edad legal de **jubilación** del art. 161.1 LGSS (actual art. 205, 1 letra a) de la Ley vigente), y que no deban aplicarse en sus mismos términos a los supuestos de **jubilación anticipada**.

Bien al contrario, si el legislador ha dispuesto de forma expresa que el acceso al subsidio de desempleo para mayores de 52 (55) años está condicionado a que se reúnan los requisitos - salvo la edad- para acceder a cualquier tipo de **jubilación** contributiva del sistema de seguridad social, no encontramos argumentos para defender que esta previsión legal no resulte de aplicación a cualquiera de las muy diferentes tipos y subtipos de **jubilación** que prevé nuestro ordenamiento jurídico.

2.- Por su parte el art. 218.1 LGSS establecía en su redacción original que: "Durante la percepción del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y cinco años la entidad gestora deberá cotizar por la contingencia de **jubilación**"; tras la reforma operada por Ley 30/2005, de 29 de diciembre, pasó a ser el art. 218.2 LGSS, con la siguiente contenido "En el supuesto de subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años, la entidad gestora deberá cotizar, además, por la contingencia de **jubilación**".

Tampoco hace la menor distinción entre una u otra clase de **jubilación**.

Este precepto se incluye en el mismo capítulo III del título III de la LGSS relativo a la prestación de desempleo, lo que en buena lógica y conforme a su sistemática interpretación, obliga a concluir que esa obligación de cotizar por **jubilación** que impone a la entidad gestora de la prestación de desempleo, se desenvuelve con la misma

eficacia y consecuencias jurídicas para cualquier tipo de **jubilación** contributiva del sistema de seguridad social a la que pudiese acceder en el futuro el titular del subsidio de desempleo.

Dicho de otra forma, tampoco aquí hay razón para entender que el legislador haya querido otorgar unos efectos jurídicos distintos a esa obligación de cotizar en función de la modalidad o clase de **jubilación** a la que tenga derecho el desempleado.

3.- En ese contexto, la Ley 20/1998, de 30 de diciembre, incorporara a la LGSS la Disposición Adicional 28ª, en la que se dispone: "Las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora por la contingencia de **jubilación**, conforme a lo previsto en el apartado 2 del art. 218 de esta Ley, tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de **jubilación** y porcentaje aplicable a aquélla. En ningún caso dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido en el art. 161.1.b) de esta Ley, que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 215.1.3 ha debido quedar acreditado en el momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de 52 años".

Son muchas las sentencias de esta Sala IV en las que ya hemos establecido que lo dispuesto en esta disposición adicional impide computar esas cotizaciones a efectos de carencia para el acceso a la pensión de **jubilación**, quedando limitada su eficacia al cálculo de la base reguladora y el porcentaje de aplicación (STS 15-3-2016, rcud. 3249/2014 , y las que en ella se citan de 9-10-2003, rcud. 981/2003 ; 27-4-2004, rcud. 4170/2003 ; 29-6 2004, rcud. 538/2003 ; 17-1-2005, rcud. 4891/2005).

Y ese mismo criterio debemos mantener si se trata del acceso a la **jubilación anticipada**, porque no hay ninguna razón lógica que justifique una solución diferente.

Del texto de la DA 28ª destacamos que no contempla tampoco ninguna previsión que pudiese interpretarse como voluntad del legislador de excluir de su ámbito alguna determinada modalidad especial de **jubilación**.

Es verdad que no se refiere de manera singular a la **jubilación anticipada**, pero, por el contrario, no solo no la excluye, sino que se remite con carácter general a lo dispuesto en el art. 215.1.3 LGSS , que ya hemos dicho que comprende el acceso a cualquier tipo de pensión de **jubilación** contributiva del sistema de seguridad social, por lo que esa remisión incluye necesariamente la **jubilación anticipada** como uno de los tipos de **jubilación** sometidos a esta regulación.

Antes, al contrario, lo que no tiene sentido es considerar que el último inciso de esa DA afecte exclusivamente a la **jubilación** ordinaria - en cuanto establece que esas cotizaciones carecen de eficacia para completar el periodo mínimo de acceso a la **jubilación**-, puesto que en relación con esa clase de **jubilación** y como seguidamente señala la propia DA, dicho periodo ya ha debido quedar acreditado en el momento de la solicitud conforme al art. 215 1º apartado 3), lo que haría del todo innecesario esa reiteración cuando, precisamente en ese caso ya estaría cubierto el periodo de carencia.

Más bien entonces se estaría refiriendo a la imposibilidad de completar con las cotizaciones del subsidio un periodo mínimo de carencia diferente al contemplado en el art. 215.1º apartado 3, es decir, el que pudiese adicionalmente requerirse para el acceso a cualquier otro tipo de **jubilación** distinto de aquel cuyas cotizaciones ya estuvieran perfectamente cubiertas en el momento de solicitud del subsidio de desempleo.

Lo que no queda desdicho por la circunstancia de que la DA mencione el art. 161.1 b) LGSS , por cuanto en el momento su entrada en vigor ese artículo era el único precepto que aludía a los beneficiarios de la pensión de **jubilación** sin que la **jubilación anticipada** estuviere entonces desarrollada ni incluida tampoco en otro artículo distinto de la LGSS.

La única alusión a la **jubilación anticipada** la encontrábamos en el apartado 2 de ese mismo artículo art. 162, que se limitaba simplemente a indicar que "La edad mínima a que se refiere el apartado a) anterior podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, 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".

Esta previsión sobre la **jubilación anticipada** no incluye ningún requisito específico sobre la exigencia de una determinado periodo de cotización diferente al de quince años previsto con carácter general en el art. 161.1 b), y esto explica que la DA 28ª mencione singularmente este último precepto porque es el que contempla un periodo mínimo de cotización, y lo pretendido en la nueva norma es , justamente, que las cotizaciones durante el subsidio de desempleo carezcan de eficacia para acreditar la carencia exigible para el acceso a la **jubilación**.

La DA 28ª se refiere por lo tanto al art.161.1.b), porque no había otro en la LGSS que en materia de **jubilación** incluyere una cuantificación del periodo exigido, ya que hasta la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, no se introduce

el art. 161 bis referido a la **jubilación anticipada**, en el que por vez primera se menciona en la LGSS un periodo de cotización diferente en **jubilación** al único hasta entonces contemplado.

4.- Sin que resulte de aplicación a este caso la doctrina contenida en la STS 13-5-2015, rcud. 838/2014, que conoce de una cuestión diferente a la que constituye el objeto de este recurso.

En esta sentencia se trataba de establecer el alcance que debiere darse a lo dispuesto en la disposición adicional 28ª LGSS, a efectos del cómputo recíproco de cotizaciones entre el RGSS y el RETA y en orden al acceso a la pensión de **jubilación anticipada**, que no está contemplada en este último régimen.

Concluimos que "ha de resolverse partiendo de que si a priori existe período de carencia en virtud del mencionado cómputo recíproco, ya no resulta de aplicación la referida Disposición adicional 28ª de la LGSS y sobre esta base, no es posible excluir los días de cotizaciones del tiempo de subsidio de desempleo para mayores de 52 para la determinación del periodo de cotizaciones totales al RGSS...".

Lo que hacemos es simplemente descartar que en ese caso resulte aplicable dicha disposición adicional, porque ya se acredita a priori que existe periodo de carencia por el cómputo recíproco de cotizaciones entre ambos regímenes de seguridad social, de lo que en modo alguno se desprende que estemos a favor de interpretarla en el sentido de que permita el cómputo de lo cotizado durante el subsidio de desempleo cuando se trate de una pensión de **jubilación anticipada**, cuando sin embargo no lo admite para la **jubilación** ordinaria.

5.- A la vista de la dicción literal de los preceptos que hemos transcrito, y a su interpretación sistemática y teleológica conforme al art. 3.1 CC, no hay nada que pudiese justificar que lo dispuesto en la disposición adicional 28ª LGSS resulte inaplicable a una específica modalidad de **jubilación**, como es la **jubilación anticipada**, cuando ya hemos dicho que la propia definición del subsidio para mayores de 52 (55) años se refiere y extiende a cualquier tipo de **jubilación** contributiva del sistema de Seguridad Social, sin excluir una u otras, ni contemplar tampoco un tratamiento jurídico diferenciado para ninguna de sus diferentes modalidades.

Lo que además carecería de la menor razonabilidad y sería contrario a una interpretación finalista de los preceptos legales en litigio, en tanto que supondría conceder mayores derechos a quienes pretendan acceder a un subtipo especial y privilegiado de **jubilación**, como es la **anticipada**, frente a los que lo hacen por la vía de la **jubilación** ordinaria al cumplimiento de la edad legal.

En definitiva, lo pretendido por el legislador no es otra cosa que reconocer el derecho al subsidio de desempleo a los mayores de 52 (55) años que ya reúnan en aquel momento "todos" los requisitos para acceder a "cualquier tipo" de **jubilación** contributiva "en el sistema de Seguridad Social", imponiendo a la entidad gestora del desempleo la obligación de cotizar por la contingencia de **jubilación** a los únicos efectos del cálculo de la base reguladora y el porcentaje de la pensión de **jubilación**, pero sin que tales cotizaciones tengan eficacia para acreditar el periodo mínimo de cotización exigido.

Lo que tanto ha de valer para el periodo de cotización de 15 años exigido en la **jubilación** ordinaria, como para el de 30 años que requiere la **jubilación anticipada**.

CUARTO .- Conforme a lo razonado y oído el Ministerio Fiscal, es la sentencia referencial la que contiene la buena doctrina, lo que obliga a estimar el recurso interpuesto por el INSS, casar y anular la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación con la estimación del recurso de tal clase interpuesto por la entidad gestora para revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), contra la sentencia dictada el 26 de abril de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 3945/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Orense, de fecha 2 de junio de 2015, recaída en autos núm. 271/2015, seguidos a instancia de D.ª Aida frente al INSS y la TGSS, sobre pensión de **jubilación anticipada**.

2º) Casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar el recurso de igual clase formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de



la Seguridad Social (TGSS), para revocar la sentencia de instancia y desestimar íntegramente la demanda, absolviendo a las demandadas de las pretensiones ejercitadas en su contra. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ