

**Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social,
Sentencia 385/2018 de 17 Abr. 2018, Rec. 574/2017**

Ponente: Barriuso Algar, Félix.

Nº de Sentencia: 385/2018

Nº de Recurso: 574/2017

Jurisdicción: SOCIAL

El tiempo en que el empleado está en situación de incapacidad permanente transitoria computa para acceder a la jubilación parcial

JUBILACIÓN PARCIAL. Requisito de vinculación mínima de 6 años inmediatamente anteriores con la empresa. Se cumple en el caso cuando el trabajador ha estado de baja por incapacidad permanente revisable durante casi dos años y luego se le da de alta por mejoría. En ese espacio de tiempo el contrato no se ha extinguido, sino que ha estado suspendido con derecho a la reserva del puesto, por lo que ha de computarse todo el tiempo.

El TSJ Canarias desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y declara el derecho a acceder a la jubilación parcial como hizo el Juzgado núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife.

Sección: MAG

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.: 922 479 421

Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000574/2017

NIG: 3803844420160005313

Materia: Jubilación

Resolución: Sentencia 000385/2018

Proc. origen: Seguridad Social en materia prestacional Nº proc. origen: 0000708/2016-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 7 de Santa Cruz de Tenerife

Recurrente: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; Abogado: SERVICIO JURÍDICO SEGURIDAD SOCIAL SCT

Recurrido: Leon ; Abogado: IGNACIO RODRIGUEZ MARRERO

SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D^a. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ PARODI PASCUA

Magistrados

D./D^a. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL

D./D^a. FÉLIX BARRIUSO ALGAR (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 17 de abril de 2018.

Dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el Recurso de Suplicación número 574/2017, interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, frente a la Sentencia 101/2017, de 7 de marzo, del Juzgado de lo Social nº. 7 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos 708/2016, sobre jubilación parcial. Habiendo sido ponente el Magistrado D. FÉLIX BARRIUSO ALGAR, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por parte de D. Leon se presentó el día 6 de septiembre de 2016 demanda frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social en la cual alegaba que había solicitado de la entidad gestora el reconocimiento de una jubilación parcial y la misma se le desestimó por entender el organismo que el actor no tenía seis años de antigüedad en la empresa, con lo cual no estaba conforme el actor ya que lo ocurrido entre 2010 y 2012 no fue una extinción de la relación laboral sino una suspensión de la misma al reconocerse al demandante una incapacidad permanente total revisable antes de dos años por mejoría. Terminaba solicitando que se dictara sentencia por la que se reconociera al demandante la prestación de jubilación parcial solicitada, condenando a la demandada a estar y pasar por la misma.

SEGUNDO.- Turnada la anterior demanda al Juzgado de lo Social número 7 de Santa Cruz de Tenerife, autos 708/2016, en fecha 6 de marzo de 2017 se celebró juicio en el cual la parte demandada se opuso a la demanda alegando que no procedía el acceso a la jubilación parcial porque el demandante solo acreditaba antigüedad en la empresa desde 2012 y desde entonces no habían mediado seis años hasta la solicitud.

TERCERO.- Tras la celebración de juicio, por parte del Juzgado de lo Social se dictó el 7 de marzo de 2017 sentencia con el siguiente Fallo:

"ESTIMO la demanda interpuesta por D. Leon frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y declaro el derecho del actor a la pensión de jubilación parcial postulada, condenando al INSS a estar y pasar por tal declaración y abonar la pensión con arreglo a los parámetros y a las demás consecuencias legales inherentes".

CUARTO.- Los hechos probados de la sentencia de instancia tienen el siguiente tenor literal:

"1.- El demandante, D. Leon , con DNI NUM000 , nacido el NUM001 .1955 y afiliado a la Seguridad Social con el número NUM002 , solicitó el 03.06.2016 ante la Dirección Provincial del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, pensión de jubilación parcial, que le fue denegada por Resolución de fecha 06.06.2016, "por no acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de jubilación parcial, según el apartado B) del punto dos del artículo 215 de la LGSS aprobada por RDL 8/2015, de 30 de octubre " (folios 56 a 61 de los autos).

2.- Disconforme con esta resolución, el actor interpuso reclamación previa en fecha 21.06.2016, que fue desestimada por resolución del INSS de fecha 08.08.2016, con fundamento en que, " en su caso concreto, usted paso a situación de pensionista por incapacidad permanente con fecha 27 de octubre de 2010, extinguiéndose la relación laboral en esta fecha, situación que se mantuvo hasta que por mejoría se extinguió la prestación con fecha 30 de abril de 2012. Una vez producida esta situación y conforme a lo establecido en el RD 1451/1983, de 11 de mayo , usted, al tener preferencia absoluta para la readmisión, fue dado de alta nuevamente en la empresa con fecha 1 de mayo de 2012.

En este supuesto que le afecta se ha producido una nueva relación laboral ante una nueva contratación por lo que no se puede efectuar ningún puenteo a efectos de comprobar el requisito de antigüedad en la empresa para la pensión

de jubilación parcial y sin que a la nueva se le pueda acumular antigüedad anterior. Es por ello que a la fecha del hecho causante acredita únicamente 4 años y un mes de antigüedad en la empresa" (folio 63 de los autos)

En fecha 06.09.2016 el actor interpuso la demanda que ha dado lugar al presente procedimiento.

3.- El actor ha venido prestando sus servicios para la empresa MACHADO GALAN SA, con una antigüedad de 01.01.1970, categoría profesional de Oficial administrativo y salario mensual bruto de 1.849,74 € (folios 44 y 45 de los autos).

4. Por Resolución del INSS de fecha 29.10.2010 se reconoce con efectos económicos de 27.10.2010 al actor la prestación de Incapacidad Permanente en grado de absoluta., con derecho al percibo de una prestación con una base reguladora de 1.385,82 € y porcentaje del 100%. En dicha resolución se constata que:" la fecha a partir de la cual se puede instar la revisión por agravación o mejoría: 27.04.2012. Se prevé que la situación de incapacidad vaya a ser objeto de revisión por mejoría que permita la reincorporación al puesto de trabajo antes de dos años (artículo 48.2 de la Ley del estatuto de los Trabajadores)." (folio 51 de los autos)

La Dirección Provincial del INSS en fecha 26.04.2012, procede a la revisión del grado de incapacidad del actor por considerar que sus lesiones no son constitutivas en la actualidad de Incapacidad Permanente en ninguno de sus grados, a tenor del contenido del Informe emitido por el EVI (folio 53 de los autos).

Por Resolución del INSS de fecha 02.05.2016 se resuelve que el actor no se encuentra en situación de incapacidad permanente en ninguno de sus grados. (folio 52 de los autos).

5. El INSS en fecha 02.05.2012 comunica a la empresa MACHADO GALAN SA, que el actor se encuentra apto para su incorporación laboral a partir de 01.05.2012 (folio 55 de los autos). Incorporación que se efectuó en la empresa (folio 47 de los autos)".

QUINTO.- Por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social se interpuso recurso de suplicación contra la anterior sentencia; dicho recurso de suplicación fue impugnado por la parte actora.

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de lo Social el 19 de mayo de 2017, los mismos fueron turnados al ponente designado en el encabezamiento, señalándose para deliberación y fallo el día 16 de abril de 2018.

SÉPTIMO.- En la tramitación de este recurso se han respetado las prescripciones legales, a excepción de los plazos dado el gran número de asuntos pendientes que pesan sobre este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se mantienen en su integridad los hechos probados de la sentencia de instancia, al no haberse planteado motivos de revisión fáctica.

SEGUNDO.- El demandante, nacido en 1955, en junio de 2016 solicitó del Instituto Nacional de la Seguridad Social el reconocimiento de una jubilación parcial, que le fue denegada alegando la entidad gestora únicamente que el actor no tenía una antigüedad en la empresa de al menos 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de jubilación parcial. Se impugna judicialmente tal resolución administrativa por entender el actor que sí que tenía cumplido ese requisito, y la sentencia de instancia estima la demanda, al considerar acreditado que el actor desde 1970 estuvo de alta en la misma empresa en la que estaba en alta al pedir la jubilación parcial, salvo en un periodo entre octubre de 2010 y abril de 2012 en el que se le reconoció una incapacidad permanente revisable antes de dos años por expresa previsión de mejoría, concluyendo la juzgadora que tal situación no equivalía a una extinción del contrato sino una mera suspensión del mismo, conforme al artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores , y debía computar a efectos de antigüedad en la empresa. Disconforme con este pronunciamiento, el Instituto Nacional de la Seguridad Social recurre en suplicación pretendiendo que se revoque la sentencia de instancia y en su lugar se dicte otra que confirme ella resolución administrativa y desestime la demanda, a cuyo objeto formula, al amparo del artículo 193.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , un único motivo de examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia. El recurso ha sido impugnado por el actor, quien se opone al mismo y pide que sea desestimado.

TERCERO.- La entidad gestora acusa a la sentencia de instancia de aplicación indebida de la ley 27/2011, de 1 de agosto , sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social, y falta de aplicación de la ley 40/2007, de 4 de diciembre , de medidas en materia de seguridad

social, en cuando a la redacción dada al artículo 215.2.b de la Ley General de la Seguridad Social (texto refundido de 2015). Como cuestión previa alega que el actor actualmente está dado de alta a jornada completa en la empresa "Machado Galán, Sociedad Anónima", y a la fecha de la solicitud no se acreditaba que se hubiera modificado el contrato para pasarlo a tiempo parcial, sin lo cual no se puede acceder a la prestación solicitada. Y, en segundo lugar, insiste en que no se cumple el requisito de seis años de antigüedad en la empresa inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial, porque defiende la entidad gestora que cuando se reconoció al actor la incapacidad permanente en octubre de 2010 se extinguió su contrato y luego en abril de 2012 tras ser revisada por mejoría se le volvió a contratar, por lo que no cumpliría el mencionado requisito de antigüedad a la fecha de la solicitud de la pensión.

CUARTO.- La primera alegación del recurso debe rechazarse por ser cuestión nueva, que la entidad gestora no planteó ni en vía administrativa ni tampoco en juicio y que tampoco puede ser apreciada como ausencia de requisitos constitutivos de la prestación o hecho impeditivo de la misma, al no existir nada en los hechos probados o antecedentes no cuestionados que permitan afirmar que el demandante pretendió eludir el requisito de reducción de su jornada y sustitución por un trabajador relevista que impone el artículo 215.2.c) de la Ley General de la Seguridad Social, falta de pronunciamiento de los hechos probados derivada de que el único requisito para el acceso a la prestación cuya concurrencia fue discutida era exclusivamente el de antigüedad en la empresa. Pero es que además, como señala el recurrido, en la solicitud de la jubilación parcial se indicó que el actor seguiría trabajando en la misma empresa a tiempo parcial siendo reemplazado con un contrato de relevo (folio 18, punto 2.2 del formulario de solicitud), y se acompañó certificación de la empresa que identificaba el trabajador relevista (folio 22). Si no se llegó a concretar el porcentaje de reducción de jornada es porque en los formularios del Instituto Nacional de la Seguridad Social no se exige tal dato (véanse folios 18 a 21) y la entidad gestora tampoco lo requirió, al poner fin al expediente por otros motivos. Y, desde luego, *mal puede exigirse al demandante que proceda a reducir su jornada cuando la entidad gestora le ha denegado la jubilación parcial y hasta que haya resolución judicial que, en su caso, pueda darle la razón.* Ello obviamente sin perjuicio de que, para ejecutar la sentencia en sus propios términos, haya de operar en todo caso la preceptiva reducción de jornada y contratación de relevista.

QUINTO.- En cuanto a la segunda alegación, debe partirse de que el artículo 215.2.b) de la Ley General de la Seguridad Social ciertamente establece como requisito para acceder a la pensión de jubilación parcial "Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o en empresas pertenecientes al mismo grupo".

SEXTO.- Consta acreditado que el demandante estuvo en alta en la empresa "Machado Galán" desde el 1 de enero de 1970 hasta la fecha de la solicitud de la jubilación parcial, salvo en un periodo entre octubre de 2010 y abril de 2012 en que se tramitó la baja por reconocerse al actor una incapacidad permanente absoluta (hecho probado 4º). Pero también consta que en la resolución de reconocimiento de la pensión se previó que la situación incapacitante iba a ser objeto de revisión por mejoría que permitiría al trabajador la reincorporación al puesto de trabajo antes de los dos años, aplicándose el artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores (hecho probado 4º).

SÉPTIMO.- En consecuencia, tiene razón la juzgadora de instancia cuando entiende que *lo producido entre octubre de 2010 y abril de 2012 no fue una extinción del contrato de trabajo seguido de una nueva contratación, como defiende el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sino una mera suspensión del contrato de trabajo con derecho de reserva del puesto de trabajo,* como claramente dispone el artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores .

OCTAVO.- *La existencia de este tipo de suspensiones, que derivan de causas ajenas al trabajador y que en todo caso suponen mantener vinculación con la empresa empleadora, no pueden perjudicar al trabajador a la hora de un posterior acceso a la pensión de jubilación parcial. Ello porque lo que se pretende con la regla del artículo 215.2.b de la Ley General de la Seguridad Social es garantizar un tiempo mínimo de vinculación entre la empresa y quien pretende jubilarse, para evitar posibles fraudes (contrataciones de trabajadores de edad avanzada con la única finalidad de que los mismos puedan acceder a una jubilación parcial), y por ello no se justifica ignorar la vinculación previa a un periodo de suspensión del contrato, cuando esa suspensión no puede interpretarse como total desvinculación de la empresa. Lo procedente, por tanto, es computar la antigüedad desde el inicio de la prestación de servicios hasta la fecha de la solicitud de la prestación, haciendo un paréntesis en aquéllos periodos de tiempo*

en que el contrato se suspendió con reserva del puesto de trabajo, pues al fin y al cabo el 215.2.b) habla de seis años "inmediatamente anteriores" pero no que tales años hayan de ser en todo caso ininterrumpidos (en este mismo sentido, sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 29 de marzo de 2011, recurso 324/2011).

NOVENO.- De esta manera, *si el actor estaba, a la fecha de interesar el reconocimiento la jubilación parcial, vinculado con la misma empresa desde 1970, es evidente que una mera suspensión con reserva de puesto de trabajo, de duración inferior a dos años, no puede enervar que durante más de cuarenta años previos a la solicitud el demandante había estado trabajando para la misma empresa, y en estas condiciones se debe considerar cumplido el requisito de vinculación mínima con la empresa que establece el artículo 215.2.b de la Ley General de la Seguridad Social* . En este mismo sentido pueden citarse las sentencias de las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de mayo de 2017, recurso 175/2017 (en un supuesto sustancialmente idéntico al presente) o Madrid de 10 de octubre de 2012, recurso 876/2012 (en un caso de excedencia voluntaria). Con lo cual procede rechazar las infracciones jurídicas denunciadas por la entidad gestora, y confirmar la sentencia de instancia en todos sus términos.

DÉCIMO.- Gozando la parte vencida de beneficio de justicia gratuita por disposición legal al ser entidad gestora de la seguridad social (artículo 2.b de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita), de conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , no procede la imposición de costas.

FALLAMOS

Desestimamos íntegramente el recurso de suplicación presentado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, frente a la Sentencia 101/2017, de 7 de marzo, del Juzgado de lo Social nº. 7 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos 708/2016, sobre jubilación parcial, la cual se confirma en todos sus extremos. Sin expresa imposición de costas de suplicación.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 7 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez firme esta sentencia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Se informa a las partes que contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 , de 11 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

De recurrir la Entidad Gestora de la Seguridad Social, deberá presentar ante la oficina judicial, al preparar su recurso, certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso, hasta el límite de su responsabilidad, salvo en prestaciones de pago único o correspondientes a un período ya agotado en el momento del anuncio, advirtiéndole que no cumplirse efectivamente este abono se pondrá fin al trámite del recurso.

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