

## Jubilación a edad reducida y cuantía de la pensión

### Early retirement and the amount of pension

ANTONIO ÁLVAREZ MONTERO

CATEDRÁTICO DE EUI DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE JAÉN

#### Resumen

El art. 161.2 de la LGSS contenía una previsión legal por la que se autoriza al Gobierno establecer coeficientes reductores de la edad ordinaria común de jubilación vigente en cada momento en aquellos trabajos de naturaleza penosa, peligrosa, tóxica o insalubre y causen una elevada morbilidad. Extendida después a trabajadores con un alto grado de discapacidad igual o superior al 65 %. Por Ley 40/2007 de 4 de diciembre se incorpora un nuevo art. 161bis con el contenido del núm. 2 del art. anterior incluyendo también a los trabajadores con discapacidad igual o superior a 45 % siempre que se constaten evidencias que determinan de forma generalizada una reducción de la esperanza de vida de esas personas. En sentido contrario, el art. 163.2 de la LGSS incentiva a los trabajadores que retrasen la edad ordinaria de jubilación reconociendo al interesado un porcentaje adicional de su pensión por cada año completo cotizado. Pues bien, el presente comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª de 17 noviembre 2016 pretende poner de relieve las opciones propuestas por los tribunales inferiores y los precedentes jurisprudenciales contenidos en las sentencias del TS dictadas con anterioridad con el objetivo de determinar si los incrementos de la cuantía de las pensiones de jubilación previstas en art. 163.2 de la LGSS se aplican también a los trabajadores discapacitados una vez alcanzada la edad ficticia de jubilación por aplicación de los coeficientes reductores previstos en art. 161 bis de la LGSS. Hoy el contenido de los artículos mencionados se regula en los arts. 206 a 210 de RDL 8/2015 de 30 de octubre por el que se establece un nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

#### Palabras clave

Seguridad Social; coeficientes reductores; edad reducida; discapacidad; cuantía de la pensión

#### Abstract

Art. 161.2 of the LGSS contained a legal provision authorizing the Government to establish reducing coefficients of the common retirement age in force at any time in those jobs of an arduous, dangerous, toxic or distressing nature and that may be cause of a high morbidity. It was later extended to workers with a high degree of disability equal to or greater than 65 %. By the Act 40/2007 4th December, a new article, 161bis, was added with the content of the prior no. 2 article including also workers with a degree of disability equal to or higher than 45 %, provided that there is evidence that generally determine a reduction in the life expectancy of these people. In the opposite direction, article 163.2 of the LGSS encourages workers to delay the common retirement age recognising the person concerned an additional percentage of their pension for every year of contribution. Therefore the present commentary on the Supreme Court Judgement referred to in the title is intended to highlight the proposed options by the lower courts and the jurisprudential precedents contained in the judgements of the Supreme Court, previously issued with the purpose of determining whether the increases in the amount of the retirement pensions provided for in article 163.2 of the LGSS also apply to disabled workers after reaching the made-up retirement age by applying the reduction coefficients provided in article 161bis of the LGSS. Nowadays the content of the aforementioned articles is regulated in arts. 206 to 210 of the RDL 8/2015 30th October establishing a new combined General Law of Social Security.

#### Keywords

Social Security; reducing coefficients; reduced age; disability; amount of the pension

## 1. APROXIMACIÓN GENERAL

### 1.1. El contexto jurídico de la Sentencia

El diagnóstico de los factores confluente en la situación del Sistema de Seguridad Social Español se ha realizado, en el marco del diálogo social, por la literatura jurídica que se ocupa de estos temas y concretada en textos como el *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo* (aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 25 de enero de 2011) así como en textos normativos como, en síntesis, se recoge en la Exp. de Motivos I y II de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

La Seguridad Social se califica de forma indiscutida como “pilar central” consolidado del Estado de bienestar después de la sucesiva ampliación de su cobertura subjetiva y de la progresiva mejora de su intensidad protectora. Tampoco se duda que, en estos momentos, la Seguridad Social en general y la prestación por jubilación en particular se insertan y están condicionadas hoy por una realidad socioeconómica que ejerce una fuerte tensión sobre el marco jurídico de una de las primeras prestaciones del Sistema. El futuro de las pensiones, déficit del sistema, envejecimiento activo, retraso en la edad de jubilación, etc., son términos comunes en el lenguaje normativo, jurisprudencial y de la calle que entrañan una preocupación creciente por la “sostenibilidad del sistema”. Tensiones y desafíos que tienen que ver con la evolución demográfica, del empleo y el consiguiente déficit financiero del Sistema.

El diálogo permanente sobre su viabilidad institucionalizada en el Pacto de Toledo para afrontar los desafíos que presentan los datos objetivos de la realidad socioproductiva en nuestro país, identifica los factores confluente, en primer lugar, en la *evolución demográfica* que se concreta en una mayor esperanza de vida y menor tasa de fecundidad. Junto a ello es evidente a una progresiva disminución del periodo medio de actividad laboral debido al retraso de la edad de inicio de la actividad laboral y la disminución de la tasa de participación de las personas mayores de 50 años. Realidades que se proyectan sobre las pensiones resultando un mayor incremento del número de pensionistas y cuantía creciente de las mismas respecto a la población activa.

Todas estas realidades han sido objeto de discusión en el marco del Diálogo social y del Pacto de Toledo con orientaciones contenidas en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 25 de enero de 2011.

En la actualidad encontramos una amplia literatura social, económica y jurídica sobre los problemas de financiación del Sistema de Seguridad Social que mantiene un déficit persistente en los años de la “crisis”, debiendo acudir constantemente a sacar ahorros de la llamada “hucha de las pensiones”. Y en cuanto a sus soluciones, resultan necesarias políticas activas de apoyo a la familia y quizá a medio-largo plazo facilitar la inmigración. Pero también, de forma inmediata, reforzar la *contributividad* del sistema mediante un mayor esfuerzo individual y colectivo para la adecuación y equilibrio entre las cotizaciones y la prestación a percibir.

Esto último se ha realiza mediante diversas técnicas. La más fácil e inmediata y la que se ha trasladado a la legislación actual ha consistido en endurecer las condiciones para acceder a las pensiones de jubilación como la solución prioritaria de respuesta a la situación creada. En sentido positivo, medidas de prolongación de la vida activa reteniendo al trabajador durante más tiempo cotizando. En primer lugar, retrasando la edad ordinaria requerida para acceder a la jubilación prolongando de forma progresiva la edad requerida desde los 65 a los 67 años [art. 205.1.a)]; Con el mismo objetivo se desincentiva de la *jubilación anticipada* favoreciendo el mantenimiento en el mercado de trabajo mediante la reducción del importe de las pensiones si se opta por la jubilación anticipada (arts. 207.2 y 208.2 LGSS 2015) ; Junto a ellas, la incentivación del acceso a la pensión de jubilación a una edad superior a la prevista legalmente en el art. 205.1.a) de la LGSS 2015<sup>1</sup>. Son todos ellos estímulos que contribuyen a mantener al trabajador en la vida activa.

En sentido contrario se establecen previsiones de adelanto de la edad de jubilación, con otro objetivo más orientadas a las necesidades y expectativas de grupos de trabajadores. Entre esas previsiones debemos distinguir entre *jubilación anticipada* que puede ser voluntaria o involuntaria (art. 161bis.2.A y B LGSS) o *jubilación a edad reducida* (art. 161 bis.1 LGSS). En cuanto a esta última podemos encontrar dos supuestos: La reducción de la edad de acceso según la actividad que realizan con de terminadas características y dificultad, que requieren condiciones singulares y aptitudes del trabajador; Y otro, en cuanto que el propio trabajador tiene cierto grado de discapacidad. Pues bien desde la primigenia LGSS de 1966 hasta la reciente LGSS 2015, se mantiene la autorización al gobierno para rebajar la edad ordinaria común o estándar de acceso a la jubilación. Estamos ante lo que se ha llamado una excepción a la edad de jubilación ordinaria estableciendo que cuando se cumplan determinados requisitos, el Gobierno puede adelantar la edad de jubilación mediante real decreto a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

La regulación ha mantenido a lo largo de las vicisitudes y cambios su el núcleo normativo y la finalidad excepcional de la misma: Excepcionalidad de la naturaleza “penosa, toxica, peligrosa o insalubre” manifestada en altos índices de *morbilidad o mortalidad* y se acredite un mínimo de permanencia en dicha actividad (art. 206.1 LGSS 2015). La pervivencia en el tiempo ha seguido una tendencia expansiva sumando por decreto una “profesión tras otra, y a veces hasta una rama de actividad”<sup>2</sup> hasta alcanzar un buen número de sectores y categorías profesionales.

En síntesis, podemos decir que desde el punto de vista económico y de Seguridad Social la combinación de dos tendencias: disminución de la natalidad y disminución de la mortalidad que originan un envejecimiento de la población calificada como “inevitable” y de “proceso característico de los países avanzados” dan como resultado el consiguiente cambió en la proporción entre el número de trabajadores activos y perceptores de pensión de jubilación. Desproporción que se acentúa en situaciones permanentes de alto nivel de desempleo. Fenómenos que proyectan y tensionan el sistema de protección de la vejez. Sin

<sup>1</sup> En adelante las referencias a los reales decretos legislativos por los que se aprueban los textos refundidos de la Ley General de la Seguridad Social 1/1995, de 20 de junio y el 8/2015 de 30 de octubre serán: LGSS 1995 y LGSS 2015, respectivamente.

<sup>2</sup> Vid OJEDA AVILÉS, A. y MARÍN ALONSO, I., en José Luis Monereo Pérez y M<sup>a</sup>. Nieves Moreno Vida, *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, T.II, Ed. Comares, 1999pág. 1483

ánimo de ser exhaustivos son muy diversos los remedios adoptados para corregir toda esa compleja fenomenología (y que aquí solo mencionamos), unos de ellos implantados recientemente y otros con larga trayectoria: Establecimiento de topes máximos de las pensiones, incentivación del retraso en la edad de jubilación, revalorización en porcentaje menor al IPC, jubilación gradual y flexible y jubilación gradual y flexible.

Por lo que aquí interesa decir que todas esta problemática y las soluciones jurídicas que se aportan van a estar en la raíz y en el fondo del supuesto de hecho y de la interpretación de esas normas que se da en la Sentencia que se comenta.

## 1.2. Evolución del marco normativo

La mención en la sentencia objeto de comentario y en las que en ella se hace referencia a la LGSS se refieren al RDL de 1/1994. En la actualidad los principales artículos que se mencionan en la Sentencia, arts. 161 a 163, se numeran ahora en el RDL 8/2015 en los arts. 204 a 210 con un contenido sustancialmente idéntico. En este comentario mantendremos la referencia a la norma vigente y referida en la sentencia. Preceptos que contienen, junto a la normativa de desarrollo, el núcleo normativo que regula los supuestos, circunstancia, y requisitos de fijación de la edad de jubilación así como de los porcentajes a aplicar a la base reguladora en función de que se decida adelantar o retrasar la edad *ordinaria* de jubilación.

Lo primero a destacar que el marco normativo de la jubilación anticipada ha sufrido un intenso proceso en diversos recorridos: proceso de extensión de los supuestos de jubilación anticipada, ampliación de la normativa básica necesitando un nuevo art. 161bis o corrigiendo los términos de referencia a las condiciones del sujeto receptor de la prestación: la discapacidad.

En cuanto a esta última, la *discapacidad*, el Ordenamiento español ha conceptualado al individuo y concretamente el art. 161 de la LGSS hasta la reforma de 2007 como «minusválido» término en progresivo desuso por sus connotaciones despectivas, que debería haber sido corregido con anterioridad puesto que si bien la CE y la Ley 13/1982, de 7 de abril (LISMI) define el término y lo usa con preferencia al de discapacitado. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, ya recogió el cambio de denominación en coherencia con la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad. Hoy ambas normas derogadas por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con *discapacidad* y de su inclusión social.

Como hemos dicho, en torno al momento de la jubilación el ordenamiento jurídico refleja la tensión socioeconómica del momento actual que tiene dos manifestaciones interrelacionadas: las *altas tasas de desempleo* y las *altas tasas* de personas con prestaciones contributivas de *jubilación* que ponen contra las cuerdas la sostenibilidad del Sistema. De ahí que se promuevan mecanismos e instrumentos de política de empleo de disminución de las altas tasas de desempleo fomentando la creación de puestos de trabajo o, cuando menos, como es el caso, facilitando su distribución mediante la anticipación de la edad de jubilación, en algunos casos penalizando la cantidad a percibir con coeficientes reductores de la

prestación. Medidas que conviven con otras directamente orientadas a mantener los niveles de financiación del sistema facilitando el retraso de la edad de jubilación estableciendo fórmulas que favorezcan la salida gradual beneficiando al trabajador con un incremento de la prestación.

Un concepto nuclear en esta problemática gira en torno a la *edad ordinaria de jubilación*, viene a ser un “el tope mínimo inicial”. Aunque en realidad son dos: 67 desplazando la anterior que era de 65 años de implantación progresiva o manteniendo la edad de 65 si la persona acredita una larga carrera de cotización que se fija en 38 años.

En función de ese concepto debemos situar e interpretar los supuestos de *jubilación anticipada*, que tiene por finalidad desincentivar esta opción con objeto de retener al trabajador activo y cotizando para paliar los efectos negativos sobre sostenibilidad del sistema que tiene el pago de pensiones a edad temprana. Se permite al trabajador acceder a la jubilación antes de la edad ordinaria de jubilación (67 ó 65 años) imponiendo una penalización mediante la fijación de coeficientes reductores de la cuantía de pensión diferentes en función de que el cese sea voluntario o no (Art. 161 bis2 LGSS).

En cuanto a la vertiente de *fomento de la permanencia* –retraso de la edad de jubilación– en la actividad productiva y fomento de largas carreras de cotización, la legislación básica se contiene en el art. 163 de la LGSS (En la actualidad en el art. 210 de la LGSS, 2015). Norma que ha seguido un proceso expansivo desde su primera versión en 1994 que sólo regulaba la determinación la aplicación progresiva de porcentajes a partir del mínimo a partir de una carrera mínima de 15 años de cotización a los que correspondía el 50 % de la base reguladora. Muy pronto por RD-L 16/2001 de 27 de diciembre se introduce un núm. 2 en el precepto estableciendo el incentivo de 2 % adicional por cada año completo de cotización a partir de los 65 años y una carrera de cotización de 35 años. Las reformas del precepto operada por L 40/2007, de 4 de diciembre el leva al porcentaje al 3 % si el interesado acredita 40 años cotizados, limita el crecimiento de la pensión hasta la cuantía máxima que cada año establece el Gobierno en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, pero atribuye el derecho a percibir la cantidad anual que se devengará por meses vencidos. En la reforma de Por ley 27/2011 se mantiene la estructura del precepto variando los porcentajes.

A ello se suman una serie de supuestos casos de anticipación de la edad mínima de jubilación que pueden resumirse en dos supuestos con objetivos y efectos en la percepción económica diametralmente opuestos: *Jubilación anticipada y edad ordinaria especial o rebajada* –se reduce la edad ordinaria de jubilación por aplicación de coeficientes reductores–.

En cuanto a la regulación del adelanto de la *edad ordinaria* común fijando lo que se ha llamado *edad ordinaria especial*<sup>3</sup> solo se aplica a dos de supuestos: *de un lado* a grupos, categorías o ramas de actividad completas determinados por el Gobierno quien mediante Real Decreto regula el procedimiento y los coeficientes de reducción edad donde los trabajos sean de naturaleza de “penosa, toxica, peligrosidad o insalubre”, con índices de “morbilidad

<sup>3</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA: *Manual de Seguridad Social*, 11ª ed. 2015, pág. 359.

o mortalidad”, que los trabajadores acrediten el mínimo de actividad que en cada caso se establezca reglamentariamente y después de realizar los estudio sobre la efectiva siniestralidad y penosidad en las condiciones de trabajo y los requerimientos físicos de los trabajadores y siempre que no haya sido posible la modificación de dichas condiciones (Actual art. 206.1 de la LGSS, 2015 que introduce modificaciones en relación al 161.bis.1 de la LGSS de 1994).

Cabe la jubilación anticipada por esta vía, nunca por debajo de los 52 años aplicable a todos los colectivos a partir de la Ley 40/2007, a favor de los siguientes colectivos. Cada colectivo tiene una norma de desarrollo en la que delimita el colectivo o las actividades, los porcentajes de reducción, la edad mínima e incluso si se requieren algún tipo de cotización adicional. La mayoría en Real Decreto: *personal de vuelo* (Real Decreto 1559/1986, de 28 de junio); *Bomberos* (RD 283/2008); miembros de la *ertzaintza* (se incorporó este colectivo por DA 47ª en la LGSS Ley 26/2009, de 23 de diciembre); *mineros* (RD 2366/1984, de 26 de diciembre, de reducción de la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del Estatuto del Minero, aprobado por Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre); *ferroviarios* (art. 3 del RD 2621/1986 de 24 diciembre 1986 por el que reduce la edad mínima de jubilación para grupos y actividades profesionales de naturaleza especialmente peligrosa o penosa, mediante la aplicación al período de tiempo efectivamente trabajado de diversos porcentajes); *artistas y taurinos* (arts. 11 y 18 Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integran los Regímenes Especiales de la Seguridad Social diversos colectivos entre ellos el de toreros y artistas; el límite de 52 años no se aplica a los trabajadores del mar y minería que ya tuvieran reconocidos coeficientes reductores de la edad de jubilación).

De otro lado, se aplica también la reducción de edad a los trabajadores con grandes discapacidades. Supuesto introducido por la modificación del contenido del art. 161.2 redacción incorporada por la disposición adicional primera de la Ley 35/2002, de 12 de julio fijando la posibilidad de adelantar la edad de jubilación a personas discapacitadas con un grado de minusvalía superior al 65 % Posteriormente en Ley 40/2007 se desgaja esta materia y se regula a partir de entonces en 161.bis.1 de la Ley General de la Seguridad Social, ampliando el contenido del anterior núm. 2 para acoger también a los discapacitados con un grado de minusvalía del 45 %. Por RD 1539/2003 de 5 diciembre 2003 se desarrollan los contenidos de la LGSS y se fijan coeficientes reductores del en la edad de los trabajadores con una minusvalía igual superior al 65 %. También en un grado de discapacidad igual o superior al 45 % siempre que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida y que podrán dar lugar a la anticipación de la edad de jubilación regulada (RD 1851/2009 de 4 diciembre).

## **2. DATOS RELEVANTES DEL SUPUESTO DE HECHO OBJETO DE LA SENTENCIA ANALIZADA**

### **2.1. Principales datos de la sentencia comentada**

Entrando en el análisis de la sentencia conviene realizar una previa descripción sus datos y parámetros básicos a efectos de acotar los elementos y términos de la misma para la posterior y mejor comprensión crítica de la doctrina que contiene.

Estamos ante la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de fecha de fecha 17 de noviembre de 2016 (Rec. num. 3994/2014). Sentencia que anula en unificación de doctrina y resuelve el recurso interpuesto contra STSJ Andalucía/Granada Sala de lo Social de 2 de octubre de 2014.

Básicamente esta sentencia concluye que no procede aplicar el incremento adicional en la pensión, previsto en art. 163.2 de LGSS, a los grupos o actividades determinados por el Ministerio de Trabajo en desarrollo del art. 161 bis.1 de la LGSS en atención a las condiciones de trabajo o a su grado de discapacidad que accedan a ella por aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación a una edad ficticia superior a la edad real ordinaria o estándar prevista legalmente para acceder a la jubilación. Existe una prohibición legal de que esos coeficientes incidan en los incrementos de la cuantía de la pensión de jubilación que tiene como tope el 100 % de la base reguladora (163.1 de la LGSS). De conformidad con la legislación vigente la edad ordinaria de jubilación es de 65 años con largas carreras de cotización o de 67 de implantación paulatina (D Transt. Séptima LGSS 2015).

En el Fallo, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo estima el recurso de Casación para Unificación de Doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de 2 de octubre de de 2014 por la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (Sede Granada) que resolvió el recurso suplicación interpuesto por el organismo ahora recurrente, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Granada en fecha 7 de marzo de 2014, en procedimiento nº 178/13, recaída en Autos seguido frente a aquella entidad a instancia de un trabajador de la ONCE con una minusvalía del 85 % en reclamación de Seguridad Social que solicitó en su día una pensión de jubilación equivalente al 126 % de la base reguladora. Estimada la demanda por el Juzgado de lo Social y confirmada por el TSJ de Andalucía (Granada), en esta Sentencia el TS, casa y anula la Sentencia impugnada y resuelve el debate de suplicación confirmando la jurisprudencia anterior de la Sala 4ª que, en síntesis, impide aplicar un porcentajes a la base reguladora superior al 100 % al haberse jubilado el trabajador a la edad de 50 años.

## **2.2. El problema suscitado. Los hechos y la cuestión debatida**

Los antecedentes de hecho de la sentencia objeto de comentario se pueden resumir en los siguientes:

a) El trabajador con una discapacidad reconocida del 85 % (ceguera total) ha prestado servicio en la once desde 19 de mayo de 1972 hasta 1 de junio de 2004 lo que suma un total de 11.801 días cotizados. La Entidad Gestora le reconoce una pensión de jubilación el 31 de mayo de 2004 con efectos de 1 de junio de 2004 que equivale al 102 % de la base reguladora que se le calculó 1384 €, corregida después por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a 1709,40 €. En esa fecha faltaba al trabajador 5360 días para alcanzar la edad ordinaria de jubilación.

b) El trabajador interpone recurso de revisión del porcentaje ante la entidad gestora que lo desestimó. Contra esta resolución el trabajador interponer reclamación administrativa previa que también es desestimada.

c) El trabajador interpone demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada en reclamación de Seguridad Social quien después de celebrar juicio dicta sentencia en cuya parte dispositiva estima la demanda y declara el derecho del trabajador a percibir la pensión de jubilación en la cuantía mensual que resulte de aplicar sobre su base reguladora el coeficiente de 126 %, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y al pago de la prestación en la forma dicha.

d) El INSS formula recurso de suplicación contra la referida sentencia del Juzgado de los Social y, además de solicitar una rectificación por mero error de cálculo el número de días acreditados como cotizados que será de 11700 días, entiende el JS ha infringido los arts. 161 bis en relación con el 163 de la LGSS y art. 5 del RD 1539/2003 de 5 de diciembre que circunscriben la aplicación de coeficientes de reducción al computo de la edad ficticia de jubilación y no a incrementar el porcentaje a aplicar a la base reguladora.

e) La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dicta sentencia con fecha 2 de octubre de 2014 en la que estimado el recurso suplicación interpuesto por el INSS, confirma la sentencia del Juzgado de lo Social.

f) Es precisamente contra esta sentencia dictada en suplicación, el INSS interpone recurso de casación para unificación de doctrina alegando como contradictoria la STS de 19 de diciembre de 2013. Por providencia de la Sala 4ª se admite a trámite el mencionado recurso, considera procedente y una vez instruido se dicta la sentencia que ahora se comenta.

### **2.3. Sentencia de contraste**

En cuanto ahora interesa, el INSS presenta como sentencia contradictoria la dictada por el TS (Sala Social) de fecha 19 de diciembre de 2013 que reitera la doctrina de sentencia anterior del mismo tribunal de 27 de marzo de 2013.

En dicha sentencia dilucida también el derecho de un trabajador del sector de minería con reducción de edad de jubilación previstas en RD 2366/1984 de 26 de diciembre, en RD 3255/1983 de 21 de diciembre por el que se aprueba el Estatuto Minero y en el Decreto 298/1973 de 8 de febrero (actualizado 1995) que solicita el incremento de su pensión al amparo del artículo 163.2 de la L.G.S.S. Pretensión estimada por el Juzgado de los Social y en la que se fija un incremento del 28 % de la pensión máxima de jubilación reconocida. Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS, por entender que los incrementos porcentuales previstos en el art. 163.2 LGSS pueden aplicar en cuando se tengan cumplidos los 65 años de edad real, y no sobre la edad ficticia que se ha alcanzado por aplicación de los coeficientes reductores previstos en el Régimen Especial de La Minería del Carbón. El TSJ desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia por entender que el art 163.2 es de aplicación a todos los regímenes de seguridad social en virtud de lo previsto en la Disposición Adicional octava de la LGSS, y como el RD por el que se regula el Régimen de la Minería del Carbón permite la jubilación antes de los 65 años aplicando coeficientes reductores, se alcanza esa edad por ficción legal, se tiene derecho a esos porcentajes adicionales sobre la edad alcanzada de 65 años.

El INSS Plantea como cuestión sustancial si el derecho al incremento porcentual previsto en el art. 163.2 LGSS cuando se alcanza la edad real de 65 años se tiene también



cuando dicha edad es ficticia por aplicación de coeficientes reductores. Después de manifestar que sobre la cuestión ya se ha pronunciado recientemente el TS en Sentencia de 27 de marzo de 2013, y fijarse en las finalidades del precepto: la mayor permanencia en la actividad (y por ende mantener el flujo de cotización) y de otro compensar con el incremento porcentual de la pensión. Inmediatamente concluye que esas finalidades no se conseguirían si, como en los casos de referencia, se aplican esos porcentajes sobre quienes no alcanzado la edad cronológica de 65 años. Se podría añadir, aunque hubiesen permanecido trabajando algunos años sin agotar todas las posibilidades que ofrecen los porcentajes previstos en el respectivo RD de aplicación.

En la respuesta es contundente el argumento de existencia de una prohibición legal expresa de que los coeficientes reductores de la edad de jubilación previstos en determinadas actividades laborales —el trabajo en el mar, entre otras— puedan incidir en los incrementos en la cuantía de la pensión de jubilación y la sentencia recurrida del TSJ no la tiene en cuenta. Literalmente hace lo contrario, aplicarlos.

### 3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La STS que nos ocupa versa sobre una problemática que ha sido objeto de diversos pronunciamientos realizados por la Sala 4ª citadas en la sentencia objeto de este comentario como la STS Sala 4ª de 19 de diciembre de misma de 2013, STS Sala 4ª de 27 de marzo de 2013 así como en otras, no citadas como la STS Sala 4ª de 10 de febrero de 2015.

La cuestión central planteada en todos ellos es idéntica, aunque referida a sujetos que han realizado actividades en sectores diferentes (aéreo, el mar, minería o discapacitados) y regulados en normas de desarrollo diferentes como hemos dicho más arriba. Como confirma el párrafo final del f.j segundo de la sentencia comentada, la regulación *ad hoc* para colectivos diferentes no altera la identidad, "... dado que en ambos supuestos [en realidad en todos] se prevé, por una parte, la reducción de la edad mínima de jubilación en función del tiempo trabajado en un determinado empleo o con una capacidad reducida, y por otro lado se establece que el periodo en que resulta rebajada la edad se computará como cotizado al exclusivo efecto...".

Así pues, recordando una vez más que el asunto central que se debate en la sentencia comentada, en las que hace referencia y en otras en las que el TS fija idéntica doctrina como en la Sentencia TS 716/2015 - ECLI: ES:TS:2015:716, la cuestión que plantea consiste en determinar si los incrementos porcentuales de la cuantía de la pensión de jubilación (2 % o 3 %: art. 163.2 LGSS ), aplicables cuando se accede a ella después de los 65 años de edad y con cotizaciones posteriores a dicha edad, pueden afectar también a quienes, como es el caso, el demandante, al tener derecho a jubilarse con anterioridad a esa edad en virtud de los coeficientes reductores, pueden sumar a la cotización real toda la cotización ficticia que se obtenga de la aplicación de los porcentajes previstos en cada caso por aplicación de los coeficientes reductores.

En nuestro caso el trabajador con 50 años de edad real y 11.801 día (32,33 años) en su carrera de cotización real se le aplican los coeficientes reductores previstos en RD 1539/2003, incrementando el periodo de cotización en 5.360 días (14,8 años). Si se suman ambos periodos para calcular el importe de la pensión, tenidos en cuenta para que

efectivamente pueda jubilarse a esa edad y no a la mínima que se requiere en esos momentos de forma general de 65 años, nos da como resultado que el periodo de cotización resultante llegaría a los 47 años cotizados.

De aceptar la tesis del trabajador y sustentada en la Sentencia del TSJ Andalucía Sala de lo Social de 2 de octubre de 2014 que ahora se recurre con apoyo en la doctrina del manifestada por el TS, Sala 4ª de 12 diciembre de 2013, a los 35 años necesarios para aplicar el 100 % de la base reguladora, se añadirían los 12 años más que exceden de esos 35 necesarios. El exceso es resultado de sumar el periodo real de cotización y el periodo bonificado, que equivalen al 24 % de acuerdo con el art. 163.1 LGSS vigente en ese momento. No se cuestiona la sentencia, porque tampoco se hace en el recurso, el porcentaje del 102 % que se reconoció por vía administrativa y las diferencias entre 124 % y 126 % que se pedía puesto que se atribuyen a correcciones contables.

La pretensión del trabajador es acogida en la Sentencia recurrida del TSJ Andalucía apoya en la STS de 12 de diciembre de 2013. El problema que resuelve esta sentencia es diferente puesto que en este caso la jubilación no se ha anticipado o no se ha hecho con el alcance que posibilita la norma, concretamente el trabajador se jubila a la edad de 63 años. Y lo que pretende es que al periodo efectivamente cotizado se añada el periodo ficticiamente cotizado por aplicación del coeficiente reductor del 0,40 % que prevé el art. 2 Real Decreto 1559/1986. Conclusión que se desprende del art. 4 puesto que *“Nada dice el RD en relación a que las bonificaciones deban estar limitadas al tiempo que le resta al solicitante para alcanzar los 65 años de edad reales”, es decir, que la sentencia ahora recurrida considera que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 del reglamento citado, todo el tiempo teórico de reducción ha de tenerse en cuenta a efectos del porcentaje aplicable a la base reguladora con independencia de cuál haya sido la edad efectiva de jubilación”*.

Sentencia que a su vez menciona otra anterior de 28 de junio de 2013. En el punto 4 del fº segundo de esta última, se acoge que de la interpretación conjunta de los arts. 2.1 y 4 del Real Decreto 1559/1986, no se desprende que se pueda limitar “el cómputo de las bonificaciones de cotización al período de tiempo existente entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad de 65” sino que las “bonificaciones de cotización resultantes del artículo 4 en relación con el artículo 2.1 del repetido Real Decreto deban aplicarse íntegramente [...] sin la limitación temporal” hasta los 65 años que la norma no contempla.

Ahora bien, la literalidad del art. 161 de la LGSS no deja lugar a dudas de que los porcentajes aplicables a la base reguladora no pueden superar en ningún caso el 100 por 100 de la base reguladora. Redacción que se mantiene cuando se incorpora el núm. 2 al citado artículo para premiar con 2 % adicional a quienes accedan a la edad de jubilación con más de 65 años. Por si la redacción del 161 pudiera ofrecer alguna duda el párrafo cuarto del art. 161 bis.1 reitera con toda claridad que “los coeficientes reductores de la edad no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, (...) a los beneficios establecidos en el apartado 2 del artículo 163...”. Existe por tanto un mandato legal expreso y reiterado que impide aplicar los coeficientes reductores que se prevén en determinadas actividades laborales y para sujetos discapacitados a los incrementos de la pensión previstos en el art. 163.2 reservados solamente para los trabajadores en activo más allá de 65 años de edad cronológica.

Lo cierto es que del análisis de los argumentos expuestos en la Sentencia y de las sentencias de los TSJ casadas por el TS, podemos afirmar que nos encontramos ante una *res dubia* que se mantiene controvertida por enfrentarse, a mi entender, la *literalidad* de la norma –que no deja margen de interpretación– y el *espíritu* de la norma contenida en el art. 163 que no puede dejar excluidos a los trabajadores discapacitados.

La solución justa y equitativa que eliminaría buena parte de las controversias en esta materia pasaría por eliminar toda referencia explícita o no a la no afectación de la aplicación de los coeficientes reductores de la edad si el resultado fuese superior a la edad ordinaria estándar de jubilación. Especialmente el último párrafo del art. 161bis.1 LGSS (En la actualidad 206.3). Y, en positivo, el legislador debería hacer un esfuerzo de aclaración fijando una dicción legal en la que se concretara que la utilización de los coeficientes reductores de la edad en los porcentajes que se fijen para cada colectivo o actividad tengan solo efectos hasta alcanzar la edad estándar de jubilación fijada en la LGSS. Y que, una vez alcanzada esa edad y aplicado el 100 % de la base reguladora, al exceso de edad que se hubiera obtenido, se aplicarán también los porcentajes de aumento de la pensión por cada año tenido por cotizado en los mismos términos que se aplica el art. 163.1 (210.2 actual) para el supuesto de acceso a la jubilación a una edad real superior a la ordinaria. Y es que la obtenida a efectos de aplicación de los coeficientes reductores para los colectivos señalados es *su* la edad, la edad de jubilación *ordinaria* para esos colectivos.

Con todo lo anterior considero que estamos ante una cuestión que suscita controversia puesto que la legislación de base y el espíritu que subyace en las posibilidades que ofrece la regulación de la prolongación de la vida activa más allá de “edad ordinaria” de jubilación no se aplique precisamente al colectivo de discapacitados.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL

La aplicación de coeficientes reductores a actividades laborales en las escalas, categorías o especialidades cuyo ejercicio exija unos requerimientos físicos o psíquicos para el ingreso y desarrollo de la actividad por lo que su ejercicio resulta muy dificultoso a determinada edad o que por la excepcional penosidad de la actividad, que provoca un incremento notable del índice de siniestralidad a partir de tal edad, y la aplicación también a trabajadores con discapacidades, tienen como *objetivo* permitir a esos trabajadores el acceso anticipado a la jubilación, incentivando al trabajador y favoreciendo la decisión sin reducción de la cuantía de la pensión y como *fundamento* en el mayor esfuerzo y la *penosidad que ocasiona para un trabajador la realización de una actividad profesional* en esas condiciones excepcionales del trabajo o con esas condiciones y peculiaridades del trabajador.

Junto estas políticas de anticipación de la edad de jubilación (y otras de jubilación anticipada con penalización) con las consecuencias expuestas, nos encontramos con otra política que se orienta al retraso de la edad de jubilación en sus modalidades de continuidad total y de continuidad parcial de los trabajadores más allá de la edad ordinaria con el objetivo de contribuir a neutralizar el desequilibrio entre trabajadores activos y pensionistas y contribuir a la sostenibilidad financiera del Sistema introduciendo diversas técnicas de retraso con incentivos a la permanencia activa de los trabajadores. Por lo que ahora concierne, sin entrar en más detalles, nos interesa reiterar que el art. 163 de la LGSS reconoce al interesado un “porcentaje adicional por cada año completo cotizado” protegiendo

este incentivo hasta el punto de prever que si la cantidad final fuera superior a la cuantía máxima de pensiones contributivas, el pensionista lo percibirá en forma de cuantía anual.

Pues bien, el núcleo de la problemática suscitada que reiteramos una vez más consiste en dilucidar si los coeficientes reductores de la edad de jubilación pueden tener eficacia también para incrementar los porcentajes la pensión de jubilación cuando se prolonga la actividad productiva más allá de la edad ordinaria de jubilación alcanzada de forma ficticia. Nos encontramos por tanto ante dos supuestos de *edad ordinaria* de jubilación: uno que he llamado *común o estándar* y otros supuestos de *edad ordinaria especial* para determinados colectivos que alcanzan aquella por aplicación de los reiterados coeficientes.

En este sentido, en primer lugar la contundencia de los arts. 161 bis en relación con el art. 163.2 de la LGSS vetan de forma expresa la posibilidad de aplicar los coeficientes reductores de la edad de jubilación en el conjunto de supuestos previstos legalmente bien sea por la naturaleza *penosa* (concepto que queremos darle un sentido amplio aglutinador de todos las circunstancia previstas legalmente) o bien que el trabajador acredite discapacidad en los porcentajes establecido en el art. 161 bis.1 LGSS para incrementar la pensión sumando a la cotización real la cotización ficticia. La sentencia concluye que dada la literalidad de las normas en aplicación, con prohibición expresa, otra solución diferente a la dada no podría sustentarse y carecería de anclaje normativo sólido.

La jurisprudencia reiterada del TS, como hemos visto, opta por apreciar que el veto impuesto por el último párrafo del art. 161bis.1 en el que, con claridad literal no deja lugar a dudas que los “coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de [...] acceder] a los beneficios establecidos en el apartado 2 del art. 163” en el que se prevén los incrementos porcentuales de la pensión por permanencia activa más allá de la *edad ordinaria* de jubilación.

Ahora bien, en los supuestos previstos por la norma, aplicados al caso concreto que resuelve esta Sentencia, están confluyendo dos objetivos dispares y motivaciones bien diferentes. Uno de los que tiene una gran relevancia con el objetivo de contribuir a la sostenibilidad del sistema consiste en desincentivar la jubilación anticipada aplicando unos coeficientes reductores de la pensión que corresponda en una proporción inversamente creciente al tiempo de cotización (Art. 161 bis.2 LGSS). Y, por lo que ahora interesa, otro de los instrumentos que persigue la misma finalidad de retener durante más tiempo al trabajador activo, consiste en premiar la prolongación del acceso a la pensión de jubilación a una edad superior a la edad ordinaria de jubilación [art. 161.1.a) LGSS] reconociendo al interesado un *porcentaje adicional por cada año completo cotizado entre la fecha que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión*.

Pues bien, a mi entender el concepto clave sería la de *edad ordinaria* de jubilación. Los supuestos de aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación tienen naturaleza diferente a los supuestos de jubilación anticipada, aunque ambas medias permiten la anticipación unas incentivando y otras penalizando. En síntesis, con ambos supuestos se consigue una jubilación a una edad cronológica anterior a la considerada estándar. Como se ha puesto de relieve en ambos casos el adelanto se hace comparándolo con la edad normal u ordinaria de jubilación. Así la jubilación anticipada se hace por referencia a la prevista en el art. 161.1.a) de la LGSS de forma que “quien se jubila anticipadamente lo hace antes de la

edad que le correspondería hacerlo”<sup>4</sup> y con efecto penalizador en la prestación. Sin embargo, en el supuesto que ahora nos interesa, el adelanto de edad de jubilación en los supuestos que se prevén en el art. 161 bis.1 se puede considerar que es también *ordinaria* puesto que el trabajador *se jubila a su edad*, a la edad que le corresponde (aunque sea previa a la estándar para la generalidad de los trabajadores) puesto que lo relevante son las condiciones excepcionalmente dificultosas que entraña el trabajo desarrollado o las condiciones subjetivas del trabajador. Insisto en que la edad de jubilación sería la *normal*, la que corresponde, la ordinaria en esas condiciones de trabajo o subjetivas (objetivadas en el porcentaje de discapacidad requerido). Las consecuencias serían, entre otras que el menor periodo de cotización se consideraría también el normal para esos supuestos sin que se requiera mayores cotizaciones y la neutralidad de esas circunstancias en el importe de la pensión a percibir sin que quepa penalización alguna.

Al margen de las razones actuales en torno a la necesidad de prolongación de la vida activa con el objetivo de contribuir a resolver la crisis y el déficit del sistema y de la posible obsolescencia de la fijación de edades por no haberse modificado desde sus orígenes cuando asistimos a una prolongación muy significativa de la esperanza de vida de las personas en los países de nuestro entorno, desde la perspectiva del trabajador la fijación de la jubilación ordinaria a determinada edad obedece o se explica en atención a la muy probable quiebra de las facultades para la realización de la generalidad de las operaciones propias de su oficio o actividad, permitir también el relevo por personas más jóvenes y permitir a los trabajadores desprenderse de la carga del trabajo y disfrutar en el último tercio de su existencia de una vida más lúdica. Naturalmente la situación concreta de cada uno tanto en sus condiciones personales como en el tipo de trabajo desarrollado puede ser muy variable. De ahí que el legislador deje a cada trabajador, y premie con una pensión mayor, la prolongación voluntaria de la vida activa más allá de su edad ordinaria de jubilación.

Es decir, la raíz de este tratamiento diferenciado por el que se veta la posibilidad de que el discapacitado pueda acceder a los incrementos de su pensión si no supera la edad cronológica real de 65 ó 67 años (según los casos) como literalmente requiere el art. 163.2 LGSS con su remisión al art. 161.1.a) del mismo cuerpo legal es el entendimiento de que el discapacitado no accede a la jubilación a su edad ordinaria estándar. Como dije más arriba, entiendo que tanto en el supuesto de desarrollo de actividad en determinada *condiciones materiales* de peligrosidad en los términos generales previstos por el Gobierno como de *condiciones personales* del trabajador justificadas por la obtención de un grado de discapacidad del 65 % o incluso del 45 %, nos encontramos ante una edad ordinaria de jubilación para ese tipo de sujetos hasta el punto de considerar que el periodo hasta la edad ordinaria estándar para jubilación se computa como años cotizados sin *ninguna penalización*, por lo tanto habría que entender que la edad de jubilación rebajada por la aplicación de los coeficientes es, sin duda, su *edad de jubilación ordinaria*.

Trasladando esta reflexión a los grupos de actividades a las que se asignan coeficientes de reducción de la edad de jubilación, su edad ordinaria de jubilación será aquella en la que se alcance la edad ordinaria común por el mecanismo de añadir a la edad real el producto resultante de aplicar el coeficiente reductor. Y no más. Es decir, no puede

<sup>4</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de régimen jurídico”, en *Revista doctrinal de Aranzadi Social*, núm 1/2013, pág. 2.

añadir más tiempo de cotización con efectos en la pensión, puesto que, si el trabajador continúa prestando servicios y pueda alcanzar una edad ficticia de jubilación superior a la edad ordinaria a común, no resultará premiado con una mayor pensión. A mi entender un resultado que consagra un tratamiento diferenciado e injustificado pero que viene avalado la literalidad de la norma que aprecia esta sentencia.

En este caso entendemos que la solución jurisprudencial dada en esta sentencia del TS y en las mencionadas en el mismo sentido consagra un tratamiento diferenciado para este colectivo cuando su permanencia en la vida laboral activa se prolonga más allá de su edad de jubilación ordinaria. El trabajador hace un esfuerzo personal de permanencia en el trabajo con equivalentes efectos en materia reducción de gastos de Seguridad Social, sin obtener los beneficios de incremento de la pensión que les son negados por no superar la edad cronológica real de prevista en el 161.1.a). Máxime cuando en el supuesto de requisito de 45 % de discapacidad se aplica porque estadísticamente se prevé una reducción apreciable de la esperanza de vida.