

Id Cendoj: 28079140012009100063  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 600/2008  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: MARIANO SAMPEDRO CORRAL  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

Jubilación. Importe de la pensión del trabajador con cese voluntario de prejubilación en Telefónica y contrato temporal de tres meses concertado en tiempo próximo a dicha contratación temporal. Falta del presupuesto de contradicción.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil nueve

Vistos los presentes autos, pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Letrado D. Pedro Manuel González López, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Almudena , contra la sentencia dictada en fecha 26 de diciembre de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de Suplicación núm. 2263/2007, interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia dictada el 2 de enero de 2007 por el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid en los autos núm. 595/2006 seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Almudena , sobre prestación de jubilación. Es parte recurrida el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representada por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. MARIANO SAMPEDRO CORRAL,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid, contenía como hechos probados: "PRIMERO. D<sup>a</sup> Almudena con fecha de nacimiento 21.4.1945, suscribió Convenio Especial con la T.G. S.S. con fecha de efectos 2 de enero de 1999 , base mensual de cotización de 357.000 pesetas (folio 9). SEGUNDO. La actora solicita y se le reconoce, con efectos 22 de abril de 2006, pensión de jubilación con base reguladora de 2.059,84 euros, porcentaje 68%, años cotizados 44. TERCERO. Interpone reclamación previa respecto al porcentaje y se desestima alegando que "tras analizar su vida laboral no se puede considerar que su caso se encuentre incluido en alguna de las situaciones previstas en dicha norma legal" (folio 60). CUARTO. La actora estuvo trabajando en TELEFONICA desde 1963 a 1 de enero de 1999; el 2.1.1999 suscribió *Convenio Especial hasta 21 de abril de 2006 y comenzó a trabajar en ZIMMERMANN del 4 de mayo de 2005a 3 de agosto de 2005* (92 días), (folio 61). QUINTO. El contrato suscrito con ZIMMERMANN HEIN GERMAN fue eventual por acumulación de tareas y lo fue para prestar servicios como Auxiliar Administrativo; se le notifica la terminación del contrato (folio 14). La actora se inscribió en la Oficina de desempleo del 4 de agosto de 2005 al 8 de mayo de 2006 y del 7 de febrero de 2005 al 4 de mayo de 2005 (folio 15). SEXTO. La actora solicita una información telefónica y dio unos datos y, en base a esos datos, se le informa que, con 43,75 años cotizados, a los 61 años, le corresponde el porcentaje del 76%. SEPTIMO. En Cía. TELEFONICA, se acogió a un contrato de prejubilación con derecho a percibir una renta mensual fija no revisable de 281.495 pesetas hasta los 60 años y el abono por teléfono de las cuotas del Convenio Especial." El Fallo de la misma sentencia es el siguiente: "Debo desestimar y desestimo la demanda formulada por D<sup>a</sup> Almudena frente a I.N.S.S. y T.G.S.S."

SEGUNDO.- La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia ha mantenido íntegramente el relato de los hechos probados de la sentencia de instancia. El tenor literal de la parte dispositiva de la sentencia de suplicación es el siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. PEDRO MANUEL GONZALEZ LOPEZ, en nombre y

representación de Almudena , contra la sentencia dictada por el JDO. DE LO SOCIAL nº 18 de los de MADRID de fecha 02-01-2007, en autos número DEMANDA 595/2006, seguidos a instancia de Almudena contra TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre pensión de jubilación (coeficiente reductor aplicable), y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia."

TERCERO.- La parte recurrente considera como contradictoria con la sentencia impugnada, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 18 de mayo de 2007 (Rec. 6179/2006 ); habiendo sido aportada la oportuna certificación de la misma.

CUARTO.- El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo 21 de febrero de 2008 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala dictada el 25 de septiembre de 2008 , se admitió a trámite el recurso dándose traslado de la interposición del mismo a la parte recurrida personada, por el plazo de diez días, presentándose escrito por la misma alegando lo que consideró oportuno.

SEXTO.- Trasladas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose día para la votación y fallo que ha tenido lugar el 29 de enero de 2009.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- 1.- La actora pretende que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) asigne, a la prestación de jubilación que tiene reconocida, un porcentaje de reducción de la cotización del 6% anual en lugar del porcentaje del 8% que ha aplicado el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

Según hechos probados de la sentencia recurrida, la demandante solicitó pensión de jubilación anticipada del régimen general, que le fue concedida con efectos de 22 de abril de 2006. El porcentaje imputado fue el 68% de la base reguladora, al aplicarse el coeficiente reductor del 8%, en lugar del 76%, que se pretende jurisdiccionalmente. La actora causó baja en Telefónica S.A. el 2 de enero de 1999; con posterioridad, desde el 4 de mayo de 2005 a 3 de agosto de 2005 prestó servicios en el seno de un contrato eventual por acumulación de tareas, como auxiliar administrativo, por un total de 92 días, habiéndosele notificado la terminación del contrato al llegar a su término. Consta que la demandante se inscribió en la oficina de empleo del 4 de agosto de 2005 al 8 de mayo de 2006 y del 7 de febrero de 2005 al 4 de mayo de 2005.

La sentencia de instancia desestimó la demanda, al apreciar fraude de ley en el contrato celebrado, y considerar que no puede calificarse el último cese producido como "involuntario". Esta resolución judicial ha sido confirmada por la sentencia de suplicación, que entiende haberse producido fraude de ley, al estimar que la trabajadora permaneció sólo 92 días trabajando antes de solicitar la prestación de jubilación -tras un largo período sin realizar prestación laboral alguna, cuando estaba en mejores condiciones de hacerla- y considerar que el cese fue voluntario. Mantiene la Sala que, aunque el fraude de ley ha de probarse, teniendo en cuenta que quien lo utiliza no suele reconocerlo abiertamente, hay que deducirlo de circunstancias concurrentes debidamente acreditadas.

2.- En el caso resuelto por la sentencia de contraste, el actor causó baja el 1 de enero de 1999, suscribiendo el 2 de enero siguiente convenio especial con la Seguridad Social, figurando inscrito como demandante de empleo en diversos períodos desde enero de 1999 hasta octubre de 2005, totalizando tres años. El 12 de septiembre de 2005 firmó el demandante un contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado, a tiempo parcial, para la realización de actividades formativas en materia de consumo, con la categoría profesional de formador de consumo. Dicho contrato duró tres meses, en el período comprendido entre el 13 de septiembre de 2005 y el 13 de diciembre de 2005. El contrato no fue prorrogado, extinguiéndose el día 13 de diciembre de 2005. El 12 de diciembre de 2005 se celebró un nuevo contrato a tiempo parcial con jornada de 15 horas semanales, también bajo la misma modalidad contractual, que se extendió desde el 14 de diciembre de 2005 hasta el 28 de febrero de 2006, fecha en la que se extinguió, por terminación de la obra o servicio pactado. El 2 de marzo de 2006 solicitó el demandante pensión de jubilación anticipada, por cumplimiento de los 60 años de edad, recayendo resolución del INSS de 15 de marzo de 2006, que le reconoció el derecho, con efectos de 1 de marzo de 2006 y porcentaje del 60%. Reclama el actor el reconocimiento del 67,5% de la base reguladora, por entender que la última relación laboral se extinguió por causa no imputable al demandante y tener 38 años completos cotizados a la

## Seguridad Social.

La sentencia de instancia desestimó la pretensión, al entender fraudulentos los contratos celebrados. Por el contrario, la sentencia de suplicación ha revocado dicho fallo, estimando la demanda, y entendiendo que la relación laboral trabada entre las partes era real y verdadera y que, para que, en rigor, pudiera hablarse de fraude de ley, hubiera sido preciso acreditar que la contratación efectuada era ficticia y que las prestaciones propias de contrato de trabajo no habían tenido realidad.

SEGUNDO.- Un examen comparativo entre las sentencias recurrida y contraria permite concluir que no concurre, en el presente recurso, el presupuesto procesal de contradicción. En efecto:

1.- El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (Sentencias de 27 y 28 de enero de 1992 (R. 824/1991 y 1053/1991), 18 de julio, 14 de octubre, y 17 de diciembre de 1997 (R. 4035/4996, 94/1997, y 4203/1996), 23 de septiembre de 1998 (R. 4478/1997), 7 de abril de 2005 (R. 430/2004), 25 de abril de 2005 (R. 3132/2004) y 4 de mayo de 2005 (R. 2082/2004 ).

2.- Y no existe contradicción porque:

a) En el caso de la sentencia recurrida nos hallamos ante un contrato de trabajo eventual celebrado por acumulación de tareas, por tres meses de duración, no renovado. En el supuesto analizado por la sentencia de contraste se trata de un contrato para obra o servicio determinado a tiempo parcial que duró tres meses, habiéndose celebrado otro con posterioridad por otros tres meses aproximadamente, habiendo declarado la Sala que la relación laboral fue verdadera y real, frente a lo sucedido en la sentencia recurrida, en la que, en virtud de los indicios habidos, se llegó a la conclusión contraria.

b) En el asunto examinado por la sentencia recurrida, el período durante el cual la actora permaneció inscrita en la oficina de empleo es relativamente breve y próximo a la contratación, mientras que en la sentencia de contraste se afirma que el demandante ha permanecido como demandante de empleo desde el 28 de diciembre de 2001 hasta el 12 de septiembre de 2005, fecha de suscripción del primer contrato.

c) En el supuesto resuelto por la sentencia recurrida, la actora permaneció inscrita en la oficina de empleo tras la finalización del contrato y hasta el reconocimiento de la prestación, mientras que en el caso de la sentencia de contraste, la solicitud de la prestación tuvo lugar inmediatamente después de finalizar el segundo contrato de trabajo.

d) En definitiva, no concurre la contradicción exigida por el artículo 217 LPL, dado que aunque en ambos casos se refieren a trabajadores prejubilados de Telefónica en enero de 1999, que han solicitado el reconocimiento de prestación de jubilación anticipada, lo cierto es que en la sentencia recurrida la actora no se inscribió como demandante de empleo hasta febrero de 2005 y en la de contraste lo hizo al menos desde el 28 de diciembre de 2001; asimismo, en la sentencia recurrida se trabajó por el periodo de 4 de mayo a 3 de agosto de 2005, mientras que en la sentencia de contraste se suscriben dos contratos, uno por el periodo 13 de septiembre a 13 de diciembre de 2005 y otro por el periodo de 14 de diciembre de 2005 a 28 de febrero de 2006. Y estas diferencias tienen carácter relevante a los efectos de justificar un diferente pronunciamiento.

Por otra parte, la Sala ha señalado, con reiteración, que la valoración casuística de circunstancias individualizadas y variables en cada supuesto no es materia propia de la unificación de doctrina y ello no sucede sólo en materia de calificación de incapacidades, sino también en las apreciaciones sobre la existencia de fraude que se fundan en una valoración de intenciones - sentencias de 11 de octubre de 1991 (R. 195/1991), 5 de diciembre de 1991 (R. 626/1991), 8 de febrero de 1993 (R. 945/1992), 27 de octubre de 1998 (R. 3616/1997), 13 de marzo de 2002 (R. 2381/2001), 8 de abril de 2002 (R. 1964/2001), 24 de junio de 2002 (R. 3848/2001), 10 de diciembre de 2002 (R. 869/2002), 27 de abril de 2004 (R. 2017/2003), 7 de diciembre de 2004 (R. 4400/2003) y auto de 23 de febrero de 2005 (R. 2276/2004 )-.

TERCERO.- Según se razona anteriormente, se impone, en conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso por falta del presupuesto procesal de contradicción. La Sala no desconoce su reciente sentencia de 14 de mayo de 2008 (Rec. 884/2007 ) dictada en un supuesto aparentemente análogo, en la que, después de apreciarse la concurrencia de contradicción, se estima la pretensión del trabajador jubilado voluntariamente en Telefónica por considerar que el mismo no ha incurrido en fraude de ley. Sin embargo, en un asunto, también, de igual naturaleza, examinado en nuestra sentencia de 22 de enero de 2009 (Rec. 4610/2007 ), se llega a la misma conclusión que en la actual resolución, al afirmar igualmente, que no existe contradicción entre la sentencia impugnada y la aportada como contraria.

Sin costas a tenor de lo preceptuado en el *artículo 231.2 LPL* .

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

## **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Letrado D. Pedro Manuel González López, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Almudena , contra la sentencia dictada en fecha 26 de diciembre de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de Suplicación núm. 2263/2007, interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia dictada el 2 de enero de 2007 por el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid en los autos núm. 595/2006 seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Almudena , sobre prestación de jubilación. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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