

Id Cendoj: 28079140012009100192
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 2151/2008
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: SOCIAL
 Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA. PORCENTAJE DE REDUCCION. PREJUBILACIÓN EN TELEFONICA. CONTRATO TEMPORAL POSTERIOR QUE LA SENTENCIA RECURRIDA CONSIDERA CELEBRADO EN FRAUDE DE LEY. FALTA DE CONTRADICCIÓN.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Marzo de dos mil nueve

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Carlos Martínez del Valle, en nombre y representación de D. Victoriano , contra la sentencia de 7 de abril de 2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que se resuelve el recurso de suplicación núm. 4262/07, contra la sentencia de 25 de mayo de 2007 dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid núm. 28 en autos 1090/06.

Se ha personado en concepto de recurrido el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado por el letrado D. Andrés Ramón Trillo García.

Es Ponente la Excma. Sra. D^a. **MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA** , Magistrada de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de mayo de 2007, dictó sentencia el Juzgado de lo Social número 28 de los de Madrid, declarando como probados los siguientes hechos: " **PRIMERO.-** El actor, D. Victoriano , nacido el día 24-09-1946, afiliado a la Seguridad Social nº NUM000 encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social, solicitó pensión de jubilación que le fue reconocida por Resolución de 27-9-06 con una Base Reguladora de 1929,19 euros; y en un porcentaje de 60%. Pensión inicial: 1.157,51 euros. El actor acreditaba 40 años cotizados.- **SEGUNDO.-** El actor formuló Reclamación Previa frente a dicha Resolución en fecha 31-10-06 que le ha sido desestimada en Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 16-11-06 . **TERCERO** El actor prestaba servicios por cuenta de la Empresa TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A. desde el 10-06-70, y con efectos de 2-01-99 causó baja en la empresa con base en haber suscrito el "contrato de prejubilación" de fecha 31-12-98. **CUARTO.** En fecha 2-01-99 el actor suscribió *Convenio Especial con la TGSS*. **QUINTO.-** En fecha 1-02-06 el actor suscribió contrato de duración determinada, de 7 meses de duración (hasta el 31-08-06) eventual por circunstancias de la producción con la empresa ROQUE ROJAS YEBRAS, con la categoría de ayudante de dependiente. La causa alegada para tal contratación fue: "aumento demanda clientes".- La citada empresa tenía tan solo un trabajador en plantilla desde 1976.- **SEXTO.-** Pretende el actor que se le reconozca una pensión de jubilación con la Base ya reconocida, con un porcentaje del 70% de la Base Reguladora, con efectos económicos desde el 26-09-06".

SEGUNDO. - El fallo de dicha sentencia es del siguiente tenor literal: "QUE DESESTIMO la demanda formulada por D. Victoriano frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y ABSUELVO a dicha demandada de las pretensiones deducidas en su contra".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D. Victoriano y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia el 7 de abril de 2007 , con el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Victoriano ,

asistido por el Letrado D. Carlos Martínez del Valle, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 28 de los de Madrid, de fecha veinticinco de Mayo de dos mil siete , en autos núm. 1090/06, en virtud de demanda formulada por D. Victoriano , contra el INSS y la TGSS, en materia de Jubilación-Pensión Contributiva, y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. Sin hacer declaración de condena en costas".

CUARTO. - Por el Letrado D. Carlos Martínez del Valle, en nombre D. Victoriano se preparó recurso de casación para la unificación de doctrina, contra la meritada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y emplazadas las partes se formuló en tiempo escrito de interposición del presente recurso, señalando como contradictoria con la recurrida, la sentencia dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 18 de mayo de 2007 , recurso 6179/06.

QUINTO .- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el recurso, y habiéndose impugnado el mismo por la recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso. E instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de marzo de 2009, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El Juzgado de lo Social núm. 28 de los de Madrid dictó sentencia el 25 de mayo de 2007, autos 1090/06 , desestimando la demanda formulada por D. Victoriano frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra. Tal y como resulta de dicha sentencia el actor prestó servicios por cuenta de la empresa Telefónica de España desde el 10-6-1970, causando baja con efectos del 2-1-1999 al haber suscrito el "contrato de prejubilación" de 31-12-90. El 2-1-06 el actor suscribió contrato de duración determinada -7 meses de duración- por "aumento de demanda de clientes" con la empresa Roque Rojas Yebra, siendo su categoría la de ayudante de dependiente. La empresa tenía tan solo un trabajador en plantilla desde 1974 -durante mas de 20 años- y tan solo tuvo dos trabajadores en plantilla durante el periodo de siete meses. El contrato finaliza el 31-8-06, cumpliendo el actor 60 años, que le permitía acceder a la jubilación anticipada el 24-9-06. La sentencia entendió, a la vista de los datos anteriormente consignados, que el contrato era fraudulento, pues siendo insuficiente la causa de la temporalidad que consta en el mismo, "aumento de demanda de clientes", el trabajador no demandó por despido al comunicarle la extinción de dicho contrato, de donde concluye que el contrato temporal fue concertado con la única finalidad de eludir la aplicación de lo establecido en la *Disposición Transitoria Tercera, apartado 1.2º, primer párrafo, del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social* , siendo su finalidad la de conseguir un efecto distinto al previsto por el ordenamiento jurídico, no produciendo, en consecuencia, el efecto deseado, aplicándose la norma que se trata de eludir, en virtud de lo establecido en el *artículo 6.4 del Código Civil* . En consecuencia, no se le reconoce al actor el porcentaje solicitado del 70% de la base reguladora de la pensión de jubilación, sino que se mantiene el reconocido por el INSS, en el que se aplica un porcentaje reductor anual del 60%.

Recurrida en suplicación por la parte actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 7 de abril de 2008, recurso 4262/07 desestimando el recurso interpuesto.

Contra dicha sentencia se interpuso por la parte actora recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 18 de mayo de 2007 , recurso 6179/06.

La parte demandada ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima procedente la desestimación del recurso.

SEGUNDO. - Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal como lo enuncia el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticas, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes,

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 18 de mayo de 2007 , recurso 6179/06, estimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Eulogio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 31 de los de Madrid, de fecha 21 de septiembre de 2006 , en virtud de demanda formulada por el recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, en reclamación sobre jubilación, revocando la citada sentencia y declarando el derecho del demandante a percibir la pensión de jubilación con un porcentaje del 67% sobre la base reguladora de 2355'16 euros, con efectos desde el 1 de marzo de 2006. Consta en dicha

sentencia que el actor se prejubiló en "Telefónica de España S.A." el 1 de enero de 1999 ; estuvo inscrito como demandante de empleo desde el 28 de diciembre de 2001, hasta el 12 de septiembre de 2005, fecha en la que suscribió un contrato temporal de tres meses de duración, a tiempo parcial, con la empresa "Edyco Iniciativas S.L.", con categoría profesional de formador de consumo, al que siguió otro a tiempo parcial, sin solución de continuidad con la misma categoría, que concluyó el 28 de febrero de 2006. Los citados contratos se suscribieron bajo la modalidad de obra o servicio determinado, teniendo por objeto la obra o servicio consistente en la realización de actividades formativas en materia de consumo. El 2 de marzo de 2006 solicitó pensión de jubilación anticipada que el INSS le reconoció con un porcentaje del 60%, reclamando el actor que se incrementara hasta el 67%. La sentencia de contraste, tras revocar la sentencia de instancia, razonó que el fraude de *ley no se presume y que no constituye indicio al respecto "el que el actor suscribiera dos contratos temporales cuando estaba próximo a la edad de jubilación... ni formulase reclamación por despido... y para que pudiera hablarse de fraude de ley hubiera sido preciso acreditar que la contratación efectuada era ficticia y que las prestaciones propias del contrato no habían tenido realidad"*.

TERCERO.- Tanto el INSS en su escrito de interposición como el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe consideran que entre la sentencia recurrida y la aportada como contradictoria no concurre el presupuesto de la contradicción exigido por el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* .

Cuestión similar a la ahora sometida a la consideración de la Sala y con la misma sentencia de contraste ha sido resuelta por la sentencia de 22 de enero de 2009, recurso 4601/07 , cuyos razonamientos se transcriben a continuación: " *art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* (sentencias de 27 y 28-1-92 (rscud. 824/91 y 1053/91), 18-7, 14-10 y 17-12-97 (rscud. 4067/96, 94/97 y 4203/96), 17-5 y 22-6-00 (rscud. 1253/99 y 1785/99), 21-7 y 21-12-03 (rscud. 2112/02 y 4373/02) y 29-1 y 1-3-04 (rscud. 1917/03 y 1149/03) entre otras muchas

(sentencias de 11 de octubre y 5 de diciembre de 1991(rcud. 195/91 y 626/91

sentencia de 14-5-8 (rcud 884/07

En el asunto ahora examinado efectivamente las circunstancias de hecho que constan, un único trabajo temporal de siete meses de duración, con categoría de ayudante de dependiente, un contrato suscrito con una empresa de relojería que desde hacía más de veinte años tenía un solo trabajador, aumentando a dos trabajadores los siete meses que dura el contrato del hoy recurrente, habiéndose realizado el contrato por "aumento de demanda de clientes", sin que aparezca en el mismo mayor precisión, ni se acredite la concurrencia de tal circunstancia, son muy distintas de las que aparecen en la sentencia referencial en la que se realizan dos sucesivos contratos temporales, con una categoría profesional elevada y para obra o servicio determinado. Todo ello impide, como anteriormente se ha razonado, apreciar el presupuesto de la contradicción.

La ausencia del presupuesto de la contradicción que hubiera permitido inadmitir el recurso en fase procesal anterior (*art. 223.2 LPL*) deviene ahora, en el momento de dictar sentencia, en causa para su desestimación. Y así debe acordarlo la Sala. Sin costas (*art. 233.1 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 unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D. Victoriano contra la sentencia de 7 de abril de 2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , por la que se resuelve el recurso de suplicación núm. 4262/07, contra la sentencia de 25 de mayo de 2007 dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid núm. 28, en autos 1090/06 . Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente ,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. María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

