

Id Cendoj: 28079140012008100238
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 884/2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

JUBILACIÓN. IMPORTE DE LA PENSIÓN DE TRABAJADOR CON CESE VOLUNTARIO DE PREJUBILACIÓN EN TELEFÓNICA Y CONTRATO TEMPORAL DE CASI NUEVE MESES, CONCLUIDO CUATRO MESE ANTES DE CUMPLIR LA EDAD DE JUBILACIÓN. INEXISTENCIA DEL FRAUDE APRECIADO EN LA SENTENCIA RECURRIDA.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Mayo de dos mil ocho.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Luis Santiago Vega Valdés, en nombre y representación de D. Felipe, contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, en el recurso de suplicación núm. 21/2007, formalizado por el recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Logroño, de fecha 31 de octubre de 2006, recaída en los autos núm. 542/06, seguidos a instancia de D. Felipe contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre JUBILACIÓN.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de Octubre de 2006, el Juzgado de lo Social núm. Dos de La Rioja, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: " Que desestimando la demanda formulada por D. Felipe, sobre pensión de jubilación, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a las entidades demandadas de las pretensiones en su contra deducidas".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- El demandante, nacido el 6 de noviembre de 1945, tenía la condición de mutualista el 1 de enero de 1967, y tiene reconocidos como cotizados 45 años. 2º.- El actor solicitó al INSS el reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada en régimen general, que le fue concedida mediante resolución de fecha 16 de noviembre de 2005, la cual, con efectos económicos del 7 de noviembre de 2005, fijó su importe en 1.408,86 euros mensuales, resultado de aplicar a la base reguladora (2.348,10 euros) el porcentaje del 60%, consecuencia de la aplicación de un coeficiente reductor anual por jubilación anticipada del 8%. 3º.- El actor prestó servicios laborales en la empresa "TELEFÓNICA, S.A." desde el 10 de octubre de 1964 hasta el 1 de enero de 1999. Posteriormente prestó sus servicios en la empresa "CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES ALFLOMA", del 5 de noviembre de 2004 al 4 de febrero de 2005, y en la empresa "WORLD INTERCOM, S.L." desde el 7 de febrero de 2005 al 31 de julio de 2005, en ambos casos contratos temporales a tiempo parcial. Desde el 13 de abril de 2000 hasta el 14 de febrero de 2006 el actor permaneció inscrito como demandante de empleo durante 866 días. 4º.- Contra la resolución del INSS de fecha 16 de noviembre de 2005, el actor interpuso reclamación previa en fecha 14 de diciembre de 2005, desestimada mediante resolución de 12 de abril de 2006".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Felipe, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, la cual dictó sentencia con fecha 13 de febrero de 2007, en la

que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Felipe frente a la sentencia número 499/2006 de fecha 31 de octubre de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de La Rioja en los autos 542/2006, seguidos por la parte recurrente contra el INSS y la TGSS, en materia de Jubilación Anticipada, confirmando la sentencia en su totalidad, sin expresa condena en costas".

CUARTO.- Por el Letrado D. Luis Santiago Robles Alba, en nombre y representación de D. Felipe, mediante escrito de 14 de marzo de 2007, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 13 de Diciembre de 2004.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la desestimación del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de mayo de 2008, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El objeto del presente recurso es la STSJ La Rioja 13/02/2007 [recurso de Suplicación 21/07] y por la que se confirma la sentencia que en 31/10/06 había pronunciado el Juzgado de lo Social nº Dos de La Rioja [autos 542/06], desestimatoria de demanda sobre importe de pensión de Jubilación, determinado por la consideración [voluntaria o no imputable] que había de darse al cese del trabajador.

2.- En el escrito de formalización del recurso, la representación del trabajador cita como referencial la STSJ Castilla y León/Burgos 13/12/04 [rec. 777/04] y denuncia como infringido el párrafo segundo de la norma segunda del apartado 1 de la DT Tercera LGSS [redacción dada por el art. 4 Ley 35/2002, de 12 /Julio].

3.- La cuestión que se plantea en las sentencias contratadas es idéntica y entre ellas se cumple el requisito de contradicción, siendo así que: a) en ambos casos se trata de trabajadores de «Telefónica España, S.A.» que causan baja voluntaria por virtud de acuerdo de prejubilación [el hoy recurrente en el año 1999; el trabajador de la referencial en el año 1998]; b) en uno y otro supuesto los trabajadores suscribieron contratos de duración temporal, tras largo periodo de inactividad posterior a su cese voluntario [de un mes en el sentencia de contraste; de casi nueve meses en la recurrida]; c) en los dos casos, tras los contratos temporales los trabajadores se inscribieron como demandantes de empleo y solicitaron pensión de Jubilación [menos de cuatro meses después de la inscripción en la Oficina de Empleo, el recurrente; 22 días después, el trabajador de la decisión referencial]; y d) pese a la identidad de supuestos, las sentencias llegan a fallos absolutamente contradictorios, pues en tanto la recurrida aprecia la existencia de fraude de ley en la contratación temporal [dado -se argumenta- que se celebra un año antes de cumplir el trabajador los 60 años y que tales contratos representan «una ínfima parte del periodo cotizado»], la decisión de contrate razona que «no existe ... motivo alguno para no reconocer valor jurídico al contrato temporal suscrito inmediatamente antes que la solicitud de la pensión de jubilación».

Por ello, aunque no concurre identidad absoluta en los casos examinados, cuando menos se cumplen las exigencias del art. 217 LPL, la de que se ha llegado a diversidad de las decisiones pese a tratarse de «hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales» (así, de entre las próximas en el tiempo, SSTS de 12/11/07 -rcud 3703/06-; 12/11/07 -rcud 330/07-; 12/11/07 -rcud 332/07-; 13/11/07 -rcud 4981/06-; 15/11/07 -rcud 231/07-; 19/11/07 -rcud 962/07-; 22/11/07 -rcud 5118/06-; 27/11/07 -rcud 4684/06-; 12/12/07 -rcud 2673/06-; 18/12/07 -rcud 4301/06-; y 26/12/07 -rcud 4605/06 -). Es más, si alguna diferencia cabe apreciar es justamente en términos de contradicción «a fortiori», puesto que la sentencia de comparación haya ido «más allá» que la recurrida, por afirmaciones fácticas de inferior apoyo a la pretensión (entre las recientes, SSTS de 22/09/06 -rcud 1289/05-; 04/10/06 -rcud 1260/05-; 26/10/06 -rcud 3532/05-; 15/11/06 -rcud 2764/05-; 12/12/06 -rcud 3315/05-; 08/02/07 -rcud 5556/05-, que habla de contradicción «reforzada»; 20/02/07 -rcud 3654/05-; y 04/07/07 -rcud 2215/06 -), cuales son la muy inferior duración de la contratación temporal y su mayor proximidad a la fecha de solicitud de la pensión de Jubilación.

SEGUNDO.- 1.- La doctrina de la Sala es constante al afirmar que el fraude de Ley no se presume y que ha de ser acreditado por el que lo invoca (así, las SSTS 16/02/93 -rec. 2655/91-; 18/07/94 -rec. 137/94-; 21/06/04 -rec. 3143/03-; y 14/03/05 -rco 6/04 -), pues su existencia -como la del abuso de derecho- sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados (STS 25/05/00 -rcud 2947/99 -); y que -por ello- el trabajador no tiene que justificar las razones que le llevaron a abandonar voluntariamente su primer trabajo y no cabe presumir la

existencia de fraude por el mero hecho de abandono voluntario de relación indefinida para posterior contratación en régimen de corta temporalidad (en tal sentido y en supuestos de desempleo, las SSTS 06/02/03 -rcud 1207/02-; y 21/06/04 -rcud 3143/03 -).

Pero rectificando criterio aislado anterior en el que se había indicado que «esta Sala ha declarado reiteradamente el fraude de Ley no puede derivarse de meras presunciones» (STS 21/06/90), de forma unánime se proclama en la actualidad que sí podrá acreditarse su existencia mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo entre estas últimas el *art. 1253 CC -derogado por la DD Única 2-1 LECiv/2000* - las presunciones (SSTS 04/02/99 -rec. 896/98-; 24/02/03 -rec. 4369/01-; y 21/06/04 -rec. 3143/03 -). En este sentido se afirma que la expresión «no presunción del fraude ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario [al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida a estos efectos], pero naturalmente no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones [la «*praesumptio hominis*» del *art. 1253 del Código Civil* cuando entre los hechos demostrados ... y el que se trata de deducir ... hay «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (STS 29 marzo 1993 -rec. 795/92-, reproducida por las de 24/02/03 -rec. 4369/01- y 30/03/06 -rcud 53/05-; esta última en obiter dicta).

2.- Llegados a este punto de la necesaria acreditación del fraude, la cuestión fundamental que desde siempre -antes y después de la reforma del Título Preliminar del *Código Civil*, y más en concreto del *art. 6.4* - ha sido la posible exigencia de «*animus fraudandi*» como requisito del fraude de ley. La jurisprudencia -de esta Sala IV y de la I - no ha sido siempre uniforme, oscilando entre la tesis objetiva [atiende al resultado prohibido] y la subjetiva [contempla la intención defraudatoria], sin que no falten soluciones de síntesis como la que representa la STS 22/12/97 [-rec. 1667/93-, de la Sala I], al decir que la figura del fraude de ley «surgió en el área civil, a través de una depurada construcción doctrinal, que la desarrolla en una doble vertiente: objetiva - defensa del cumplimiento de norma- y subjetiva -ánimo defraudatorio o de engaño-. La jurisprudencia de esta Sala pronto se hizo eco de la referida construcción científica, pero llegando a una conjunción de dichas teorías subjetiva y objetiva», al caracterizar la figura «como toda actividad tendente a inutilizar la finalidad práctica de una ley material, mediante la utilización de otra que sirve de cobertura para ello (SS. 14 febrero 1986 y 12 noviembre 1988), llegándose al extremo de manifestar que el fraude de ley exige una serie de actos que, pese a su apariencia legal, violan el contenido ético de un precepto legal (S. de 26 mayo 1989)».

Oscilación entre las teorías -objetiva y subjetiva- que igualmente puede apreciarse en la doctrina de esta Sala. Ciertamente que no faltan resoluciones que atienden -para apreciar el fraude- a la mera constatación objetiva de la producción del resultado prohibido por la norma [al margen de la intención o propósito del autor], como cuando se afirma que aunque el fraude de ley no se presume y debe ser probado por la parte que lo alega, esto no significa que tenga que justificarse la intencionalidad fraudulenta de los negociadores, sino que es suficiente con que los datos objetivos que constan en el mismo revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (STS 19/06/95 -rco 2371/94-; citada por la de 31/05/07 -rcud 401/06 -). Pero mayoritariamente, la doctrina de esta Sala se inclina por afirmar que en materia de fraude de ley, el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma (así, las SSTS 11/10/91 -rcud 195/91-; y 05/12/91 -rcud 626/91 -), pues en la concepción de nuestro Derecho, el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera que para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico, persiga, pretenda, o muestre el propósito, de eludir otra norma del propio ordenamiento (STS 06/02/03 -rec. 1207/02 -); y en la entraña y en la propia naturaleza del fraude de ley está la creación de una apariencia de realidad con el propósito torticero de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitirían (STS 05/12/91 -rec. 626/91 -). O lo que es igual, el fraude de ley que define el *art. 6.4 CC* es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial (así, con cita de diversos precedentes, las SSTS 16/01/96 -rec. 693/95-, en contratación temporal; y 31/05/07 -rcud 401/06 - LFDCF, en contrato de aprendizaje).

TERCERO.- 1.- Tradicionalmente se ha mantenido que la facultad para valorar la conducta de las partes corresponde al Juez, al fijar los hechos probados y razonar en sus fundamentos lo que le ha llevado a tal convicción [*art. 97.2 LPL*], en valoración y juicio que podrán ser revisados en el recurso extraordinario de suplicación [*art. 190 LPL*], pero a lo que no se puede descender en el RCU, pues se convertiría entonces, en contra del deseo del legislador, en una tercera instancia o en un recurso extraordinario subsiguiente a otro también extraordinario (en tales términos, la STS 05/12/91 -rec. 626/91 -). Pero matizando aquella inicial doctrina, más recientemente se sostiene por La Sala que si la intención del agente

es algo consustancial al fraude, parece lógico entender que aquélla habrá de ser objeto de la correspondiente prueba, cuya práctica es la que genera en el juez de instancia, o en el de suplicación por la vía revisoria, la convicción de que el dato o elemento en cuestión existe o no existe, por lo que en este terreno poco es lo que compete a un tribunal de casación. Pero junto a ello juegan decisoriamente unas normas legales, sobre cuyo significado y manejo sí puede y debe unificarse los criterios divergentes utilizados por las Salas de suplicación; nos estamos refiriendo a las reglas sobre carga de la prueba [art. 217 LECiv] y a las reglas sobre presunciones [arts. 385 y 386 LECiv] (SSTS 06/02/03 -rec. 1207/02-; y 31/05/07 -rcud 401/06 -).

2.- Pues bien son tales disposiciones en materia probatoria lo que en el caso sometido a debate nos lleva a entender que se ha producido la infracción denunciada [párrafo segundo de la norma segunda del apartado 1 de la DT Tercera LGSS, en redacción dada por el art. 4 Ley 35/2002, de 12 /Julio]. Recordemos las circunstancias de hecho: a) el recurrente había prestado servicios como trabajador de «Telefónica, S.A.» desde el 10/10/64 hasta el 01/01/99, fecha en la que cesa en virtud de un plan de prejubilación; b) se inscribe como demandante de empleo el 13/04/00; c) presta servicios para una empresa en el periodo 05/11/04 a 04/02/05 y para otra desde el 07/02/05 al 31/07/05, en ambos casos contratos temporales a tiempo parcial; d) solicitada la pensión de Jubilación anticipada, se le reconoce con efectos económicos de 07/11/05, con coeficiente reductor del 8 %; y e) formulada reclamación judicial, tanto en la instancia como la sentencia de Suplicación desestiman la demanda, por considerar fraudulenta la contratación temporal y por ello no enervante del cese voluntario producido en «Telefónica, S.A.».

Vaya por delante que la llamada «prejubilación» no es sino la extinción del contrato de trabajo a través de una modalidad de «baja incentivada», en la que el trabajador afectado pasa a situación de desempleo y la empresa sufraga -normalmente- las cotizaciones por la contingencia de jubilación hasta que la misma se produzca; por lo que los derechos y obligaciones del «prejubilado» como demandante de empleo y perceptor prestacional son los mismos que los de cualquier otro trabajador desempleado. Quiere esto decir que si no consta que el recurrente hubiese sido sancionado por rechazar -en momento alguno- oferta adecuada de empleo [la carga de la prueba correspondía a la EG, por aplicación del art. 217 LECiv], ello significa que durante el largo periodo de prejubilación en el que el trabajador permaneció inscrito como demandante de empleo, nunca recibió oferta a cuya aceptación estuviese obligado [por adecuada], de manera que su posterior contratación temporal por casi ocho meses [con inicio de la actividad un año antes de solicitar la jubilación; y finalización cuatro meses antes], no puede razonablemente considerarse indicio de querer burlar los efectos de un cese voluntario [minoración de la futura pensión de jubilación por aplicación de un superior coeficiente reductor] sino que ha de considerarse el ejercicio de un legítimo derecho - también deber, según veremos- al trabajo, que se correspondía con una voluntad de laborar evidenciada por la inscripción como demandante de empleo y la ausencia de rechazo a trabajo alguno. La conclusión contraria únicamente sería sostenible si previamente hubiese desatendido alguna oferta de trabajo ajustada a su formación, supuesto en el que se evidenciaría -sólo entonces- «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»- entre el hecho demostrado y el presunto [art. 386.1 LECiv]; aparte de que resultaría un rechazable contrasentido calificar de falta grave y sancionar como tal [arts. 17.2 y 47.1.b LISOS] el rechazo de una oferta de trabajo, pero simultáneamente calificar de fraudulenta su aceptación, sobre todo cuando constitucionalmente se proclama que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo» (art. 35.1 CE).

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -contrariamente a lo dictaminado por el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada; sin imposición de 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

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Felipe y casamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en fecha 13/02/2007 [recurso de Suplicación nº 21/07], que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 31/10/06 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de La Rioja [autos 542/06], y resolviendo el debate en Suplicación estimamos el de tal clase formulado, declarando el derecho del actor a percibir su pensión de Jubilación en la cuantía inicial mensual de 1.643,67 euros [70% de la base reguladora de 2.348, 10 euros], con efectos económicos de 07/11/05 y las reglamentarias revalorizaciones y mejoras, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por la presente declaración, con absolución de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,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. Luis Fernando de Castro Fernández hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.