

Id Cendoj: 28079140012009100144
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1995/2008
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: SOCIAL
 Ponente: JUAN FRANCISCO GARCIA SANCHEZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Jubilación. Importe de la pensión de un trabajador con cese voluntario en "Telefónica" y habiendo realizado unos años más tarde determinados trabajos en virtud de unos contratos que en sede judicial fueron calificados de fraudulentos. Se desestima el recurso, al ser inadmisibile, porque la sentencia aportada como referencial para el primer motivo no ha sido nunca firme, ya que fue casada; y la aportada respecto del segundo y último motivo no es contradictoria con la recurrida.

SENTENCIA

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por DON Jorge defendido por el Letrado Sr. Sánchez-Barriga Peñas, contra la Sentencia dictada el día 18 de Octubre de 2007 por la Sala de lo Social con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el Recurso de suplicación 4780/06, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 17 de Julio de 2006 pronunció el Juzgado de lo Social número cuatro de Sevilla en el Proceso 290/06, que se siguió sobre jubilación, a instancia del expresado recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL .

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL defendido por el Letrado Sr. García Trillo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **JUAN FRANCISCO GARCÍA SÁNCHEZ** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 18 de Octubre de 2007 la Sala de lo Social con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla, en los autos nº 290/06 , seguidos a instancia de Jorge contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre jubilación. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía es del tenor literal siguiente: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Jorge , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla, de fecha 17 de julio de 2006 , en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida. "

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 17 de Julio de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla , contenía los siguientes hechos probados: "**1º**.- La parte actora, D. Jorge , voluntariamente causó baja en la empresa Telefónica S.A. mediante un "contrato de prejubilación" en la que prestó sus servicios desde el 22-09-1966 hasta el 28- 12-98, suscribiendo desde esa fecha convenio especial con la Seguridad Social. En cumplimiento del citado contrato de prejubilación, la empresa Telefónica S.A. se obligó a abonar al empleado una renta mensual de carácter fijo de 647.834 pts. (3.893.56 euros) así como, también durante el periodo de prejubilación, el reintegro del importe de las cuotas satisfechas correspondientes al convenio especial suscrito con la Seguridad Social. (f.60). ...**2º**.- La parte actora, desde el 28-12-98 (f 71) no ha realizado prestación de servicios alguno. La parte actora, el 3-03-05, suscribe un contrato de trabajo, por 31 días (f. 61, 66 y 67), como técnico marketing (f. 66), por aumento de tareas (sic.

f. 67), y se dio de alta en Seguridad Social en el grupo 07 de cotización. En la CTNE la actora estaba integrado en el grupo 1 de cotización (f. 73). ...**3º**.- El actor, nacido el 01-01-1946 solicitó el 3-01-2006 la pensión de jubilación (f. 28), que le fue reconocida por el INSS en resolución de 13-01-06 (f. 45) según una base reguladora de 2.362,66 euros y un porcentaje del 60%. ...**4º**.- Fue agotada la vía previa administrativa (f. 51). "

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "DESESTIMO la demanda interpuesta por D. Jorge contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y en consecuencia, absuelvo a los organismos codemandados de las pretensiones que aquí quiso hacer valer el actor."

TERCERO.- El Letrado Sr. Sánchez-Barriga Peñas, mediante escrito de 6 de Junio de 2008, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina basándose en dos motivos:

1º.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 4 de febrero de 2005 ; el motivo de casación denunciaba la infracción del *art. 161.3 párrafo segundo de la LGSS* en relación con el *art. 14* de la Constitución.

2º.- La sentencia alegada de contradicción es la dictada por la misma Sala reseñada en el párrafo anterior, de fecha 1 de agosto de 2006; el motivo de casación denunciaba la infracción del *art. 6.4 del Código Civil* "en relación con la *Disposición Transitoria Tercera, 1, regla 2ª* de la LGSS y con el *artículo 208.1.1.f)* de la propia LGSS.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 10 de julio de 2008 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 17 de febrero de 2009, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El actor en el proceso de origen, nacido el 1 de Enero de 1946, prestó servicios para "Telefónica, S.A." desde el 22 de Septiembre de 1966 hasta el 28 de Diciembre de 1998, en que cesó en virtud de un contrato de prejubilación, suscribiendo convenio especial con la Seguridad Social. Desde la fecha del cese no volvió a trabajar hasta el 3 de Marzo de 2005 en que suscribió un contrato de trabajo por 31 días como técnico de marketing "por aumento de tareas", dándose de alta en la Seguridad Social en el Grupo 7; en la compañía telefónica estaba integrado en el Grupo 1.

El aludido trabajador solicitó el 3 de Enero de 2006 pensión de jubilación, que le fue reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en cuantía del 60 por ciento de una base reguladora de 2.362'66 euros, formulando aquél demanda en solicitud de que se le aplicara el porcentaje 70 en lugar del 60 concedido, demanda que fue desestimada, por entender el juzgador constitutivo de fraude el hecho de que, habiendo permanecido más de 7 años apartado del mercado laboral, firmó después un contrato por 31 días, sin que se sepa en qué consistió la prestación laboral y sin que recurriera contra la decisión de cese, pese a que el contrato no reunía los requisitos del *art. 3.2.a) del RD 2722/98* , al no especificar la causa de la temporalidad, así como que se acogió al Grupo 7 de cotización, pese a que siempre había cotizado por el Grupo 1.

La decisión del Juzgado fue confirmada en suplicación por la Sentencia dictada el día 18 de Octubre de 2007 por la Sala de lo Social con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y contra ella ha interpuesto el actor el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, articulando el recurso en dos motivos para cada uno de los cuales ofrece una resolución referencial.

SEGUNDO .- En el primer motivo denuncia el recurrente infracción del *art. 161.3 párrafo segundo de la LGSS* en relación con el *art. 14* de la Constitución, y aporta para el contraste la Sentencia dictada el día 4 de Febrero de 2005 por la homónima Sala y Tribunal de Cataluña en el Recurso de suplicación 9459/03 . Pero dicha resolución resulta inidónea a los efectos del *art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)* , a causa de su falta de firmeza, pues no solo fue recurrida en casación unificadora, sino que, además, resultó casada por nuestra Sentencia de 23 de Octubre de 2006 (rec. 1594/05), tal como ésta quedó aclarada por Auto de 29 de Noviembre de 2006 .

El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral establece, como requisito del recurso de casación para la unificación de doctrina, que la sentencia recurrida debe ser contradictoria con alguna de las sentencias de los órganos judiciales que menciona el citado precepto, y esta Sala en numerosas resoluciones ha señalado que esa exigencia legal implica que las sentencias de contraste han de tener la condición de firmes, y que la firmeza de la sentencia de contraste ha de haberse producido antes de la publicación de la recurrida (sentencias de 15 y 24 de noviembre de 1.994 (R. 955/1994 y 1649/1994), 14 de julio de 1995 (R. 3560/1993), 4 de junio y 17 de diciembre de 1997 (R. 4467/1996 y 4203/1996), 10 de julio de 2001 (R. 3446/2000), 14 de noviembre de 2.001 (R. 2089/1999), 11 de junio de 2.003 (R. 1062/2002) y 15 de junio de 2.004 (R. 5084/2003) y Autos de fecha 3 de febrero de 2.004 (R. 2539/2003), 25 de enero de 2.005 (R. 1218/2004) y 29 de marzo de 2.005 (R. 603/2004).

En consecuencia, este motivo pudo haber sido inadmitido en el trámite que previene el art. 223.2 de la LPL, de tal suerte que, habida cuenta del momento procesal en el que ahora nos hallamos, procede su desestimación.

TERCERO.- En el segundo motivo se acusa la infracción del art. 6.4 del Código Civil "en relación con la Disposición Transitoria Tercera, 1, regla 2ª de la LGSS y con el artículo 208.1.1 .f) de la propia LGSS. Como resolución de contraste eligió el recurrente la Sentencia dictada el día 1 de Agosto de 2006, también por la Sala catalana, en el Recurso de suplicación 2190/06, firme ya al recaer la aquí combatida.

Enjuició esta resolución referencial el supuesto de una trabajadora de la empresa "Telefónica S.A.", que cesó voluntariamente 31 de Agosto de 1998, suscribiendo convenio especial con la Seguridad Social a partir de entonces y hasta el 31 de Enero de 2005. Prestó servicios para la empresa "Cipres Piqueras, S.L." desde el 18 de Octubre de 2004 hasta el 21 de Noviembre de 2004 para sustituir a una trabajadora que se encontraba en período de descanso por maternidad, y después para esa misma empresa desde el 2 de Diciembre de 2004 hasta el 1 de Marzo de 2005 (en que se extinguió por finalizar el plazo pactado), en virtud de un contrato eventual por circunstancias de la producción. Solicitada por la trabajadora pensión de jubilación, le fue reconocida por el INSS a partir del 2 de Marzo de 2005, con porcentaje del 60 por ciento sobre la correspondiente base, habida cuenta de que alcanzaba 44 años de cotización.

Interpuso la trabajadora demanda en solicitud de que la base reguladora de la pensión se fijara en el 70 por ciento, pretensión que fue estimada en la instancia y la decisión del Juzgado confirmada en sede de suplicación, por entender la Sala que el fraude que el INSS denunciaba no había existido, ya que la prueba practicada revelaba que los dos contratos suscritos eran perfectamente legales, porque "el primero era de interinaje" (sic) y se trataba de sustituir a una trabajadora con permiso de maternidad, y el segundo de carácter eventual por circunstancias del mercado, teniendo la empresa contratante la actividad de supermercado y, dada la época del año en que las relación tuvo lugar, podía entenderse que la causa era real.

Tanto la parte recurrida como el Ministerio Fiscal, sostienen que entre las dos resoluciones comparadas para este segundo motivo no concurre la contradicción requerida por el art. 217 de la LPL. En consecuencia, hemos de prestar atención prioritaria a esta cuestión.

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).

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)-.

CUARTO .- El detenido examen comparativo de las dos resoluciones en presencia pone de manifiesto que, en efecto, las mismas no tienen la condición legal de contradictorias conforme a la doctrina que hemos dejado expuesta, ya que entre ellas no concurren todas las identidades sustanciales requeridas por el *art. 217 de la LPL* .

Falta, en concreto, identidad en las respectivas situaciones de hecho con base en las cuales cada una de las Salas de suplicación se pronunció acerca de la existencia o inexistencia de indicios racionales reveladores de fraude en los contratos de trabajo posteriores al cese en la empresa telefónica, y así:

En el caso de la sentencia recurrida, la Sala aceptó el razonamiento del Juzgado, quien había obtenido la convicción acerca de que resultaba constitutivo de fraude el hecho de que, habiendo permanecido más de 7 años apartado el actor del mercado laboral, firmó después un contrato por 31 días, sin que se sepa en qué consistió la prestación laboral y sin que recurriera contra la decisión de cese, pese a que el contrato no reunía los requisitos del *art. 3.2.a) del RD 2722/98* , al no especificar la causa de la temporalidad, así como que se acogió al Grupo 7 de cotización, pese a que siempre había cotizado por el Grupo 1.

En cambio, en la resolución referencial se partió de hechos diferentes, y no se apreció la existencia de fraude, ni tan siquiera a través de indicios, ya que la prueba practicada revelaba que los dos contratos suscritos eran perfectamente legales, porque el primero era de interinidad y se trataba de sustituir a una trabajadora con permiso de maternidad, y el segundo de carácter eventual por circunstancias del mercado, teniendo la empresa contratante la actividad de supermercado y, dada la época del año en que la relación tuvo lugar, podía entenderse que la causa era real.

Así pues, también este motivo del recurso resultaba inadmisibles, por lo que procede ahora la desestimación del recurso, con las consecuencias legales a ello inherentes, y sin imposición de costas, por no concurrir los condicionamientos que para su atribución contempla el *art. 233.1 de la 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 por DON Jorge contra la Sentencia dictada el día 18 de Octubre de 2007 por la Sala de lo Social con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el Recurso de suplicación 4780/06 , que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 17 de Julio de 2006 pronunció el Juzgado de lo Social número cuatro de Sevilla en el Proceso 290/06 , que se siguió sobre jubilación, a instancia del expresado recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Declaramos la firmeza de la Sentencia recurrida, sin imposición de costas.

Devuélvase las actuaciones al Organismo Jurisdiccional 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. Juan Francisco García Sánchez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.