

Id Cendoj: 28079140012009100205
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1501/2008
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: SOCIAL
 Ponente: LUIS RAMON MARTINEZ GARRIDO
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Importe de la pensión de jubilación de trabajadora que cesó voluntariamente en Telefónica. Tras años sin prestar servicios. Poco antes de la jubilación fue contratada once días en puesto de inferior categoría, contrato que fue declarado fraudulento. Asunto idéntico a 1995/2008, (sentencia de 24 febrero 2009), cuya doctrina se reitera. Falta de idoneidad de la sentencia invocada en el primer motivo que no fue firme y sí anulada en casación además de falta de contenido casacional. Falta de contradicción respecto a la invocada en el segundo motivo.

SENTENCIA

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

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D^a. Justa contra la Sentencia dictada el día 31 de enero de 2008 por la Sala de lo Social con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, en el Recurso de suplicación 697/07, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 9 de octubre de 2006 pronunció el Juzgado de lo Social número cuatro de Sevilla en el Proceso 427/06, que se siguió sobre jubilación, a instancia de la expresada recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **LUIS RAMÓN MARTÍNEZ GARRIDO** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 31 de enero de 2008 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 427/06 , seguidos a instancia de D^a. Justa contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre jubilación. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía es del tenor literal siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D^a. Justa contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla, en autos nº 427/06 , seguidos a instancia de Justa contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, confirmamos la resolución impugnada en todos sus términos".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 9 de octubre de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla , contenía los siguientes hechos probados: "**1º**.- La parte actora, D^a. Justa , voluntariamente causó baja en la empresa Telefónica S.A. mediante un "contrato de prejubilación" en la que prestó sus servicios desde el 6-11-1961 hasta el 31-1- 1999 (f. 30, 29), 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 1843,38 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. ...**2º**.- La parte actora, desde el 2-1-1999 (f 79) no ha realizado prestación de servicios alguno. La parte actora, el 4-10-05, suscribe un contrato de trabajo, por 11 días (f. 67 a 70), como auxiliar administrativo (f. 67), por aumento de tareas (sic. f. 68), y se dio de alta en Seguridad Social en el grupo 07 de cotización. En la CTNE la actora estaba

integrado en el grupo 5 de cotización (f. 73). ...**3º**.- La actora, nacida el 21-02-1946 solicitó el 22-02-2006 la pensión de jubilación (f. 20), que le fue reconocida por el INSS en resolución de 27-02-06 (f. 37) según una base reguladora de 1.858,19 euros y un porcentaje del 60%. ...**4º**.- Fue agotada la vía previa administrativa (f. 43). "

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "DESESTIMO la demanda interpuesta por D^a. Justa 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 7 de mayo 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 19 de junio 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 18 de marzo de 2009, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. La demandante prestó servicios para Telefónica SA desde 6 de noviembre de 1961 hasta 31 de enero de 1999 fecha en la que cesó, en virtud de contrato de prejubilación, suscribiendo en dicha fecha convenio especial con la Seguridad Social. El 4 de octubre de 2005 suscribió contrato de trabajo por once días, como auxiliar administrativo, dándose de alta en Seguridad Social en el grupo 7, siendo así que en la prestación de servicios para Telefónica había cotizado en el grupo 5. El 22 de febrero 2006, fecha en la que había cumplido 60 años, solicitó pensión de jubilación, que le fue reconocida por el INSS en cuantía del 60% de una base reguladora de 1.858,19 euros mensuales.

2. Presentó demanda postulando que el porcentaje que debía serle reconocido era el de 67,5%, estimando debía ser inferior el coeficiente reductor. Tanto la sentencia de instancia, como la dictada en suplicación el 31 de enero de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y sede de Sevilla, desestimaron la pretensión deducida, declarando que su cese en la Telefónica fue voluntario y el contrato temporal suscrito inmediatamente antes de su jubilación ha de reputarse en fraude de ley al no constar concretada la causa de la temporalidad, no conocerse en qué consistió el objeto de la prestación y no haberse accionado frente al cese.

3. La actora ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que articula en dos motivos, proponiendo en cada uno de ellos una sentencia contradictoria para cumplir el presupuesto procesal de la contradicción.

SEGUNDO .- En el primer motivo denuncia el recurrente la infracción del *art. 161.3 de la Ley General de la Seguridad Social* , invocando igualmente el *art. 14* de la Constitución. Para cumplir el presupuesto de la contradicción invoca la Sentencia de la Sala del Tribunal de Cataluña de 4 de febrero de 2005 . Esta sentencia, como ya declaramos en nuestra sentencia de 24 de febrero de 2009 (Rec. 1995/2008), no es idónea para sustentar el juicio de contradicción, pues no solo no era firme en el momento en que se dictó la recurrida, sino que fue anulada por nuestra sentencia de 23 de octubre de 2006. Y esta Sala en numerosas resoluciones ha señalado que la exigencia legal de contradicción de sentencias, 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), 29 de marzo de 2.005 (R. 603/2004), 2 de octubre de 2006 (R.2471/05) y 15 de febrero de 2007 (R.312/05).

Por añadidura el hecho de que la sentencia invocada hubiera sido casada y anulada por la mencionada de esta Sala pone de manifiesto, además que el recurso carece de contenido casacional, en la medida que el pronunciamiento que se recurre coincide con el expresado por doctrina reiterada de esta Sala expuesta en sentencias de 6 de marzo 2006 (rec. 955/2004), 23 de octubre de 2006 (rec. 1594/2005) 4 de marzo 2007 (rec. 5441/2005), 29 de mayo de 2007 (1291/2006), entre otras.

Concurrían dos causas de inadmisión de motivo que, en el actual trámite devienen causas de desestimación.

TERCERO .- El segundo motivo denuncia la aplicación indebida del *art. 6.4 del Código civil* (fraude de ley) en relación con la *disposición transitoria tercera de la Ley General de la Seguridad Social*. Para satisfacer el presupuesto de la contradicción invoca la sentencia de la Sala de Cataluña de 1 de agosto de 2006.

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)-.

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 apartada del mercado laboral, firmó después un contrato por 11 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 D^a. Justa contra la Sentencia dictada el día 31 de enero de 2008 por la Sala de lo Social con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, en el Recurso de suplicación 697/07 , que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 9 de octubre de 2006 pronunció el Juzgado de lo Social número cuatro de Sevilla en el Proceso 427/06 , que se siguió sobre jubilación, a instancia de la expresada recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Declaramos la firmeza de la Sentencia recurrida, sin imposición de costas.

Devuélvanse 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 Ramón Martínez Garrido hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.