

Id Cendoj: 28079140012009100393
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 2497/2008
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: SOCIAL
 Ponente: FERNANDO SALINAS MOLINA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

JUBILACIÓN CONTRIBUTIVA.- Jubilación anticipada: coeficiente reductor.- Requisito contradicción sentencias ex art. 217 LPL: existencia: sin perjuicio ser extremadamente difícil en materia afectante a determinación existencia fraude ley la concurrencia del requisito contradicción dadas las diferencias en la valoración casuística de circunstancias individualizadas.- Inexistencia de fraude: infracción reglas sobre carga prueba y presunciones: el mero hecho de trabajar por quien tiene derecho hacerlo, en concreto trabajador prejubilado tras cese en empresa por prejubilación y con anterioridad a acceder a jubilación, siendo éste el único dato fáctico esencial que se contiene en sentencia recurrida, no puede comportar por sí solo existencia fraude ley.- Recoge doctrina STS/IV 14-mayo-2008 (recurso 884/2007).

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Mayo 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 Juan Antonio , representado y defendido por la Letrada Doña Marta Barrera García, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 3-abril-2008 (rollo 9020/2006), en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 13-septiembre-2006 por el Juzgado de lo Social nº 21 de Barcelona (autos 265/2006), en autos seguidos a instancia del referido recurrente, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre JUBILACIÓN CONTRIBUTIVA.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representada y defendida por el Abogado de la Administración de la Seguridad Social.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El día 3 de abril de 2008 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 9020/2006 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 21 de Barcelona en los autos nº 265/2006 , seguidos a instancia de Don Juan Antonio , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre jubilación contributiva. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es del tenor literal siguiente: " *Que estimando el recurso de suplicación formulado por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la sentencia de 13/9/06 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 21 de los de Barcelona en el procedimiento núm. 265/06 , seguido a instancia de D. Juan Antonio contra el INSS en materia de jubilación, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida absolviendo al Ente recurrente de todos los pedimentos deducidos contra él.*"

SEGUNDO .- La sentencia de instancia, de fecha 13 de septiembre de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social nº 21 de Barcelona , contenía los siguientes hechos probados: " *El demandante, Juan Antonio , nacido el 03.12.45, con DNI nº NUM000 , afiliada a la Seguridad Social y en situación de alta en 01.619.380, solicitó la pensión de jubilación que le fue reconocida en cuantía de 1.100,62 euros mensuales y efectos de*

04.12.05. SEGUNDO.- El INSS en la fecha del hecho causante 03.12.05 (60 años), aplica el coeficiente del 60% (que le correspondía por años de cotización) a la base reguladora de 1834,37 euros. TERCERO.- El trabajador interpuso la preceptiva reclamación previa en fecha 25.01.06, alegando que el porcentaje debe ser superior. Fue desestimada en resolución expresa de fecha 08.09.06. CUARTO.- El actor ha ostentado la condición de mutualista con anterioridad al 01.01.67. QUINTO.- En fecha 01.01.98 causó baja voluntaria en la empresa Telefónica de España S.A. SEXTO.- El trabajador en fecha 02.01.99 suscribió Convenio especial con TGSS, hasta el 03.12.05. SEPTIMO.- En el período 10.12.03 a 09.03.04, el trabajador suscribió contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial en la modalidad de eventual por circunstancias de la producción con la empresa Rafael Arquillo Villalobos. Doc nº 1 p. actora. OCTAVO.- En el período 01.04.05 a 31.05.05 suscribió contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial con la empresa A & R Ideas y Minerales, S.L. NOVENO.- El actor solicita la aplicación del 70% a la base reguladora, siendo la pensión reclamada de 1.284,37 euros y efectos ya reconocidos de 04.12.05."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por Juan Antonio contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en materia de jubilación (porcentaje). Debo declarar y declaro el derecho del actor a percibir la pensión de jubilación por importe del 70% de la base reguladora de 1834,37 euros mensuales, más mejoras y revalorizaciones legales y efectos de 04.12.05. Debo condenar y condeno a la entidad gestora a estar y pasar por la declaración con el abono declarado".

TERCERO.- Por la Letrada, Doña Marta Barrera García, en nombre y representación de Don Juan Antonio, mediante escrito con fecha de entrada al Registro de este Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2008, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3-mayo-2007 (recurso 1075/2006).- SEGUNDO.- Alega infracción por interpretación errónea de lo dispuesto en los artículos 6.4 del Código Civil (CC), 386 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en relación con el 97.2 Ley de Procedimiento laboral (LPL), e inaplicación del párrafo segundo de la norma segunda del apartado 1 de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) (en redacción dada por el art. 4 Ley 35/2002, de 12 -julio).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 24 de septiembre de 2008 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, habiendo sido impugnado por el Letrado del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

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 7 de mayo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La sentencia objeto del presente recurso de casación unificadora es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Cataluña en fecha 3-abril-2008 (rollo 9020/2006), por la que, estimándose el recurso de suplicación formulado por el INSS con exclusiva motivación en la infracción de normas sustantivas, se revoca la sentencia de instancia impugnada (de fecha 13-septiembre-2006 JS nº 21 Barcelona, autos 265/2006). En esta última se estimaba la demanda formulada por un trabajador prejubilado que, tras el cese en su originaria empresa (1-enero-1998) y haber suscrito *Convenio Especial con la TGSS (de 2-enero-1999 a 3-diciembre-2005)*, resulta que con anterioridad a la solicitud de la prestación de jubilación contributiva anticipada al cumplir la edad de 60 años (3-diciembre-2005), había trabajado para terceras empresas con contratos de trabajo de duración determinada a tiempo parcial durante un periodo de unos cinco meses (de 10-diciembre-2003 a 9-marzo-2004 y de 1-abril-2005 a 31-mayo-2005), entendiéndose en la sentencia de instancia que no había existido fraude a los efectos de lograr un cese no imputable al trabajador a los fines de obtener la aplicación de un menor coeficiente reductor de la base reguladora de la prestación (6% por cada año que le faltaba para cumplir 65 años y no el 8% establecido en la resolución administrativa jurisdiccionalmente impugnada). Por el contrario, en la sentencia de suplicación se afirma la existencia de fraude de ley y, por ello, voluntario el último de los ceses en la prestación de servicios por parte del trabajador prejubilado.

2.- En el escrito de formalización del recurso de casación unificadora, la representación del trabajador cita como referencial la STSJ/Cataluña 3-mayo-2007 (rollo 1075/2006), y denuncia como infringidos por interpretación errónea los artículos 6.4 Código Civil (CC), 386 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en relación con el 97.2 Ley de Procedimiento Laboral (LPL), e inaplicación del párrafo segundo de la norma segunda del apartado 1 de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) (en 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 o presupuesto de contradicción exigido en el *art. 217 LPL* para viabilizar el presente recurso de casación unificadora 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 el primer día del año 1.998; el trabajador de la referencial el mismo día del año 1.999), faltándoles mas de seis años para cumplir la edad de 60 años y poder acceder a la jubilación anticipada (6 años y 3 meses en la referencial, 7 años y 11 meses en la recurrida) y suscribiendo convenios especiales con la TGSS a partir del día siguiente de la baja voluntaria;

b) En uno y otro supuesto, tras la no cuestionada inscripción en las oficinas de empleo, los trabajadores suscribieron contratos de duración temporal (de un mes de duración en el sentencia de contraste; de unos cinco meses en la ahora recurrida), tras largo periodo de inactividad posterior a su cese voluntario (5 años y 3 meses en la referencial, 5 años y 11 meses en la recurrida), y cesando en la prestación de servicios temporal en tiempo superior a cinco meses al de la fecha de cumplimiento de la edad de 60 años (10 meses en la referencial, 5 meses y 3 días en la recurrida);

c) En los dos casos, no consta en los hechos declarados probados de las sentencias comparadas ni la inexistencia de realidad de los contratos ulteriores ni la efectividad en la prestación de servicios, ni que los trabajadores impugnaran a su finalización el cese en las distintas relaciones de trabajo temporales, ni la incidencia que pudo tener en los Convenios especiales suscritos con la TGSS la ulterior existencia de periodos trabajados por cuenta ajena, ni figura la categoría profesional que tenían en la originaria empresa en la que cesaron voluntariamente en relación con la ostentada o desempeñada en las ulteriores empresas ni correlativamente las posibles diferencias en los Grupos de cotización, ni el concreto tiempo en que permanecieron inscritos como demandantes de empleo desde que cesaron voluntariamente o antes o después de la prestación temporal de servicios, ni el que, en su caso, recibieran o rechazaran alguna oferta de empleo adecuada; ni, en definitiva, otros cualesquiera datos que pudieran ser significativos en orden a la valoración de la conducta del trabajador prejubilado respecto a la determinación de la finalidad perseguida con la ulterior prestación de servicios cuestionada.

d) En definitiva, en las sentencias comparadas escuetamente figura en sus hechos probados la condición de prejubilados de los demandantes, el que suscribieron convenios especiales con la TGSS, el que tras la prejubilación y antes de solicitar la prestación contributiva de jubilación anticipada trabajaron por cuenta ajena durante un determinado período de tiempo.

e) Pese a la identidad de supuestos fácticos y de pretensiones, las sentencias comparadas 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 no hay causa que justifique la contratación temporal, finalizada a destiempo sin que el trabajador presente reclamación alguna y tras cinco años de inactividad, salvo la voluntad de invalidar el carácter voluntario del último cese real), la decisión de contrate razona que no existe motivo alguno para no reconocer valor jurídico al contrato temporal suscrito y finalizado a su término antes que la solicitud de la pensión de jubilación, no cuestionándose la real prestación de servicios por parte del trabajador y partiendo de que no existen circunstancias que puedan hacer presumir una conducta fraudulenta por quien acredita los años de cotización precisos para lucrar la prestación de jubilación.

f) Es decir, ante el hecho escueto de que los demandantes trabajaron en el periodo posterior a la prejubilación y antes de solicitar las prestaciones de jubilación anticipada, y, por tanto, por el mero hecho de esa prestación de servicios en el periodo intermedio, la sentencia recurrida aprecia la existencia de fraude de ley, lo que es denegado en la sentencia referencial.

4.- Análoga en esta cuestión cabe entender el supuesto comparado a los fines de este requisito *ex art. 217 LPL* en la STS/IV 14-mayo-2008 (recurso 884/2007); pero diferentes son catalogables los supuestos que también han sido analizados por esta Sala sobre temas de fondo análogos, en los que no se ha apreciado la concurrencia del requisito o presupuesto de contradicción por existir diferencias fácticas esenciales entre las sentencias comparadas y al ser extremadamente difícil en materia afectante a la determinación de la existencia de fraude de ley la concurrencia del referido requisito de contradicción dadas las diferencias en la valoración casuística de circunstancias individualizadas.

5.- Así, entre otras, en esta materia se ha declarado por esta Sala la inexistencia de contradicción, entre otras, en sus SSTS/IV de fechas 22-enero-2009 (recurso 4610/2007) (el demandante se coloca como "peón" por tres meses el 15-09-05, cuando está alejado del mundo laboral desde 1.999 y cuenta mas de 60

años); de 10-febrero-2009 (recurso 600/2008) (la relación laboral no fue verdadera y real, así como que el período durante el cual la actora permaneció inscrita en la oficina de empleo era relativamente breve y próximo a la contratación); de 24-febrero-2009 (recurso 1995/2008) (contrato por 31 días acogido al Grupo 7 de cotización, pese a que siempre había cotizado por el Grupo 1); de 24-marzo-2009 (recurso 1501/2008) (contrato por 11 días acogido al Grupo 7 de cotización, pese a que siempre había cotizado por el Grupo 1); de 25-marzo-2009 (recurso 1201/2008) (el contrato litigioso es para labores de carga y descarga cuando había trabajado como administrativo para Telefónica); de 25-marzo- 2009 (recurso 2151/2008) (contrato suscrito con empresa relojería que desde hacía mas de 20 años tenía un solo trabajador, aumentando a dos trabajadores los 7 meses que dura el contrato del recurrente); y de 1-abril-2009 (recurso 4198/2007) (diferencias en la valoración casuística de circunstancias individualizadas).

SEGUNDO.- 1.- Como recuerda y analiza detalladamente la STS/IV 14-mayo-2008 (recurso 884/2007), -- recaída en un supuesto análogo al ahora enjuiciado --, 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/Social 16-febrero-1993 -recurso 2655/1991, 18-julio-1994 -recurso 137/1994, 21-junio-2004 -recurso 3143/2003 y 14-marzo-2005 -recurso 6/2004), 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/IV 25-mayo-2000 -recurso 2947/1999).

2.- 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/Social 21-junio-1990), de forma unánime se proclama en la actualidad que sí podrá acreditarse su existencia mediante pruebas directas o indirectas, admitiéndose entre estas últimas a las presunciones en el art. 1.253 CC (derogado por *Disposición Derogatoria Única 2-1 LEC/2000*) (SSTS 4-febrero-1999 -recurso 896/1998, 24-febrero-2003 -recurso 4369/2001 y 21-junio-2004 -recurso 3143/2003). En este sentido se afirma, como recuerda la citada STS/IV 14-mayo-2008, 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 CC 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)* ".

3.- Llegados a este punto de la necesaria acreditación del fraude, la cuestión fundamental que desde siempre ha sido debatida es la afectante a la 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/I 22-diciembre-1997 (recurso 1667/1993), 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) ».

4.- Oscilación entre las teorías -objetiva y subjetiva- que igualmente puede apreciarse en la doctrina de esta Sala, como sigue analizando la citada STS/IV 14-mayo-2008. 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/IV 19-junio-1995 -recurso 2371/1994; citada por la de 31-mayo-2007 -recurso 401/2006). 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/IV 11-octubre-1991 -recurso 195/1991 y 5-diciembre-1991 -recurso 626/1991), 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/IV 6-febrero-2003 -recurso 1207/2002); 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 5-diciembre-1991 -recurso 626/1991). 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/IV 16-enero-1996 -recurso 693/1995 en contratación temporal; y 31-mayo-2007 -recurso 401/2006 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 recurso de casación para la unificación de doctrina, 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/IV 5-diciembre-1991 -recurso 626/1991).

2.- 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 LEC*) y a las reglas sobre presunciones (*arts. 385 y 386 LEC*) (SSTS/IV 6-febrero-2003 -recurso 1207/2002, 31-mayo-2007 -recurso 401/2006, así como se aplica en la reiterada STS/IV 14-mayo-2008).

CUARTO.- 1.- 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 esencialmente denunciada (*párrafo segundo de la norma segunda del apartado 1 de la Disposición Transitoria 3ª LGSS*, en redacción dada por *art. 4 Ley 35/2002 de 12 -julio*). Recordemos, además, que dispone el *art. 386.1 LEC*, relativo a las presunciones judiciales, que " *A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano* " y que " *La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción* ".

2.- Debe destacarse, con carácter previo, que el prejubilado está, como regla general, en condiciones para trabajar, -- sin perjuicio de la incidencia que pueda tener tal actividad posterior, por cuenta propia o ajena, en el pacto de prejubilación o en el convenio especial que pudiera haber suscrito con la TGSS --, por lo que le es plenamente aplicable al prejubilado en una empresa la norma constitucional en la que se proclama que « *todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo* » (*art. 35.1 CE*).

3.- El mero hecho de trabajar por parte de quien tiene el derecho de hacerlo, en concreto de un trabajador prejubilado tras el cese en una empresa por prejubilación y con anterioridad a pretender acceder a la situación de jubilación conforme a la normativa de seguridad social - único dato fáctico esencial que se contiene en la sentencia recurrida --, no puede comportar por sí sola la existencia de fraude de ley, se acoja un criterio objetivo, subjetivo o mixto en su definición. Por otra parte, no existe tampoco, en el presente caso, entre los hechos declarados probados de la sentencia de instancia impugnada, no alterados en suplicación, ningún " *hecho admitido o probado* " que pueda configurarse como esencial a los fines de establecer " *un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano* " entre el hecho o hechos " *admitido o demostrado y el presunto* ", por lo que faltando tales datos fácticos no puede aceptarse que la calificación de la conducta del prejubilado como fraudulenta que efectúa en la sentencia recurrida por el mero y único hecho constatado de haber trabajado el demandante en un determinado periodo tras su prejubilación y antes de solicitar las prestaciones de jubilación anticipada.

4.- Como cabe deducir de otros supuestos sobre análoga cuestión de fondo analizados por esta Sala y de las reglas sobre carga de la prueba y presunciones, aun siendo la casuística muy plural, numerosos datos fácticos claramente significativos podrían haber figurado en la resolución administrativa jurisdiccionalmente impugnada (arg. *ex art. 72 y 80.1.c LPL*), o en cuanto ahora directamente nos afecta, en los hechos declarados probados de la sentencia impugnada y con aplicación, en su caso, de las reglas sobre la carga de la prueba *ex art. 217 LEC*, que hubieran posibilitado motivadamente llegar a la conclusión de existencia de fraude de ley. Entre otros muchos, y a título ejemplificativo, los relativos el tiempo permanencia en la inscripción como demandante empleo antes u después de la ulterior contratación, a la realidad de la contratación y la efectividad en la prestación de servicios, a la categoría profesional comparativa o a los grupos de cotización, a la existencia de ofertas de trabajo adecuadas y/o a su rechazo, a la incidencia de la contratación ulterior en el convenio especial que pudiera estar suscrito con la TGSS u otros, para evidenciar « *un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano* » y cuya ausencia

priva de una serie de elementos de hecho demostrados que hubieran posibilitado, en su caso, el enlace con el hecho presunto pretendido (*art. 386.1 LEC*).

QUINTO.- 1.- En conclusión que, en el presente caso, la posterior contratación temporal del prejubilado por unos cinco meses con indiscutido trabajo efectivo, no puede razonablemente por sí solo 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 al trabajo.

2.- 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 sentencia 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 Juan Antonio y casamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 3-abril-2008 (rollo 9020/2006) en la que, estimándose el recurso de suplicación formulado por el INSS, se revocaba la sentencia de instancia dictada en fecha 13-septiembre-2006 por el Juzgado de lo Social nº 21 de Barcelona en autos (nº 265/2006), seguidos a instancia del referido recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, confirmándose la sentencia de instancia . Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ,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. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.