



Roj: **STSJ PV 1604/2018 - ECLI: ES:TSJPV:2018:1604**

Id Cendoj: **48020340012018100988**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **08/05/2018**

Nº de Recurso: **691/2018**

Nº de Resolución: **949/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FLORENTINO EGUARAS MENDIRI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Recurso de suplicación 691/2018

NIG PV 20.05.4-17/002659

NIG CGPJ 20069.34.4-2017/0002659

SENTENCIA Nº: 949/2018

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 8 de mayo de 2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D/D^a D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D^a CRISTINA ISABEL PADRÓ RODRÍGUEZ, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Luis Pablo contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 5 de San Sebastian de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 10 de enero de 2018, dictada en proceso sobre OSS (PENSIÓN DE JUBILACION), y entablado por Luis Pablo frente a **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL-TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

" **PRIMERO**.- El 20-12-2016 Luis Pablo presentó solicitud de pensión de jubilación.

El trabajador figura dado de alta en el Régimen General, Sistema Especial Empleados Hogar a través de la empresa "Clemente", desde el 17-11-2014 a 19-12-2016, teniendo en la fecha del alta 70 años de edad.

En el transcurso de la comparecencia ante la Inspección de Trabajo el Sr. Clemente realiza las siguientes manifestaciones:

"Que el motivo de la contratación del trabajador fue el cuidado y atención de sus cuatro hijos, teniendo en cuenta que durante ese tiempo los dos más pequeños han estado escolarizados en un colegio en Francia.



Que con anterioridad, durante cinco o seis años, tales funciones hablan sido realizadas por *Au pairs* , pero que buscaban una persona que pudiera dedicarse a Jornada completa.

Que el trabajador Luis Pablo es su suegro, siendo por tanto su esposa hija del anterior.

Que las funciones realizadas consistían durante el curso en llevarlos al colegio o a la parada del autobús y recogerlos, llevarlos a las actividades extraescolares después del colegio, darlos de comer, quedarse a cargo de los niños pequeños la tarde del miércoles cuando no tienen colegio, quedarse con ellos los 15 días de vacaciones que tienen cada trimestre (los dos pequeños están escolarizados en Francia), así como uno de cada dos vienes por la noche.

Durante el verano dichas funciones consistían en llevados y recogerlos de las diferentes actividades y dales de comer.

Que la relación laboral se extinguió por desistimiento del empleador.

Que en la fecha en que se efectúa la comparecencia no se ha procedido a la contratación de otro empleado de hogar".

SEGUNDO.- Conforme a los datos obrantes en la Tesorería General de la Seguridad Social, se comprueban los siguientes extremos:

-primero: El trabajador D. Luis Pablo , DNI NUM000 figura de año el Régimen General, en el sistema especial empleados hogar desde el 17-11-2014 al 19-12- 2016, fecha en que causa baja no voluntaria, prestando servicios para el empleador Clemente , c.c.c. NUM001 .

Durante el periodo 01-09-1986 a 31-12-1993 figura dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, no constando ninguna situación de alta en el Sistema de la Seguridad Social desde dicha fecha hasta su contratación como empleado de hogar el 17-11-2014.

-segundo: El matrimonio formado por D. Clemente , DNI NUM002 y Da. Angustia , DNI NUM003 figura domiciliado en AVENIDA000 , n° NUM004 piso NUM004 NUM005 , de Donostia-San Sebastián y el empleado de hogar, D. Luis Pablo , en el DIRECCION000 n° NUM006 , piso NUM007 NUM008 .

-tercero: El código cuenta cotización de referencia, NUM001 , figura con trabajadores en alta desde 17-11-2014 y en situación de baja por carecer de trabajadores desde el 19-12-2016.

TERCERO.- De conformidad con la documentación aportada, se comprueba que las partes suscribieron un contrato de trabajo de duración determinada del servicio del hogar familiar por obra o servicio, con una jornada de 40 horas semanales y una remuneración de 753,50 euros mensuales. No consta en el mismo la determinación del lugar de prestación de los servicios, ni su duración ni tampoco se identifica con claridad la obra o servicio determinado, figurando dichos espacios en blanco.

Del examen de los Libros de Familia presentados se comprueba que el matrimonio formado por D. Clemente , DNI NUM002 y Dña. Angustia , DNI NUM003 tiene cuatro hijos nacidos el NUM009 -2003, el NUM010 -2004, NUM011 -2007 y NUM012 -2009.

Asimismo, Dña. Angustia , DNI NUM003 consta como hija de D. Luis Pablo .

CUARTO.- Solicitada por el demandante la pensión de jubilación, se dicta por el INSS resolución de fecha 31/5/2017 en la que se deniega la solicitud, indicando en ella que según informe de la Inspección de Trabajo de fecha 2/5/2017 existen indicios suficientes para entender que ha habido connivencia entre las partes y que el contrato de trabajo suscrito se concertó con el fin de poder acreditar el periodo necesario para acceder a la prestación de jubilación, por lo que no se cumpliría con la carencia específica exigida para la aprobación de la jubilación solicitada, según lo establecido en el art. 205.1 de la LGSS .

Frente a esta resolución el demandante formuló reclamación previa, dictándose por la entidad gestora resolución de fecha 7/8/2017 en la que se desestimaba la reclamación previa y se confirmaba en su integridad la resolución inicial.

Frente a esta última resolución del INSS se interpone la presente demanda en la que la parte actora solicita el dictado de una sentencia en la que se declara el derecho de el demandante al percibo de la prestación de jubilación que le corresponde según alas cotizaciones efectuadas, con efectos del día 20/12/2017.

QUINTO.- En caso de estimación de la demanda la base reguladora de la prestación de jubilación sería la de 417,85€ mes, el porcentaje de la pensión del 79,40%, y el importe de la pensión inicial alcanzaría la cifra de 331,77€ mes, siendo la fecha de efectos de la prestación la de 20/12/2017."

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:



"Que debo **desestimar** la demanda promovida por Luis Pablo frente al INSS y la TGSS, a los que absuelvo de las pretensiones frente a ellos deducidas."

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social nº 5 de los de San Sebastián dictó sentencia el 10-1-2018 en la que desestimó la demanda interpuesta por el beneficiario, relativa al reconocimiento del derecho a la percepción de la prestación de jubilación, y ello por entender que el contrato suscrito de empleado de hogar era fraudulento por enmascarar una connivencia entre el empleador y el trabajador para obtener las prestaciones. Se apoya para obtener esta conclusión en el Acta de Infracción de la Inspección de Trabajo, de donde deduce distintos elementos como son: que anteriormente se venía realizando una actividad de asistencia a los menores mediante el sistema de a la par ¿au pair-, que no es una relación laboral; que no se señaló el grado de parentesco al tiempo del alta; que no consta la realización efectiva de una prestación, si no es en días esporádicos en que se acredita; que a la finalización de la relación no se ha mantenido otra o continuado otra similar; que se concertó un contrato de duración determinada sin causa de temporalidad; que existía un período prolongado sin actividad por parte del trabajador con anterioridad a esta actividad, en concreto desde diciembre de 1993; y, por último, constan manifestaciones contradictorias sobre la causa de la contratación.

Del conjunto de hechos indicados se deduce que ha existido la concertación de un contrato para obtener el período de carencia específico, lo que supone un fraude o una connivencia consistente en que el amparo de una pretendida que no real relación laboral se obtiene una prestación que de otra manera no se alcanzaría.

SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia interpone recurso de suplicación la parte actora y en el primer motivo, por la vía del apdo. b) del art. 193 LRJS , pretende modificar el hecho probado tercero para incluir diversos extremos: una prestación de empleada de hogar independiente del beneficiario actual; una remuneración mensual de 753,50 euros mensuales; justificante bancario del pago de los mismos; y, Declaraciones de Renta de los años 2015 y 2016. Ciertamente estos extremos se desprenden de la prueba documental obrante en autos, y, aunque sólo sea desde la perspectiva del interés del recurrente, tienen relevancia. Si entre los requisitos que se destacan para toda revisión figura la relevancia, y el apoyo documental del hecho sin necesidad de argumentaciones y conjeturas (TS 24-1-2018, recurso 72/2017), la conclusión es la admisión de la revisión, con independencia de que el recurso pueda prosperar. Por ello se admite la revisión propuesta en los términos que se formula.

En el segundo motivo, esta vez por la vía del apdo. c) del art. 193 LRJS , se denuncia el art. 6,4 del Código Civil en relación al art. 386 LEC , y 1 , 8 y 12 del ET y LGSS. Se viene a sostener que la situación acontecida es normal. Se ha realizado una actividad por cuenta ajena atendiendo a la necesidad del hogar familiar y por razón de la vinculación de parentesco del beneficiario con los usuarios del servicio, en referencia a la relación de confianza que se exige en el contrato de empleado de hogar. Se señala que se ha realizado un abono mensual y una atención a tiempo completo, sin que existiese ningún tipo de connivencia.

Es cierto, tal y como indica el recurrente, que el fraude no se presume (TS 25-4-2017, recurso 2570/2017). Por el contrario, se presume que opera el principio de buena fe, que es capital dentro del derecho y se impone en todas las relaciones (TS 28-4-2017, recurso 214/2016).

El sistema de Seguridad Social tiene como finalidad atender a los riesgos de la persona. Entre ellos al de la edad, por el cual se intentan paliar las deficiencias que el paso del tiempo deriva en la persona. Se trata de atender la dificultad de mantenerse el sujeto dentro del mercado de trabajo por la merma que en la capacidad física introduce el tiempo; y, de otro lado, aunque íntimamente relacionado con ello, se busca una compensación al tiempo trabajado mediante la obtención de una prestación que sustituye las rentas del trabajo. El elemento de cotización previo a la prestación, la carrera de seguro, es consecuencia de la data en el mercado laboral. La concurrencia de carencias específicas, en arcos temporales previos a acceder a la prestación, se vincula con una conexión en el mercado laboral y un mantenimiento en el sistema aseguratorio. La búsqueda de mecanismos para la compra de pensión es rechazable cuando existe una intencionalidad confluyente para ello. Distinto es el que, lógicamente, el beneficiario procure obtener su carrera de seguro y su carencia general o específica mediante los mecanismos ordinarios. Esta motivación no es sancionada ni reprochable. Por el contrario, es el mecanismo generalizado de obtención de los requisitos de la prestación, y que motivan, en muchos casos, al sujeto para realizar su trabajo.

Independiente de lo anterior es la comunicación de voluntades para realizar una apariencia contractual a través de la cual se pueda obtener la prestación, con una connivencia de fraude. En nuestro caso ello se demuestra si tenemos en cuenta, y este es un dato fáctico que ha intentado introducir el recurso, que el hogar familiar



ya contaba con una empleada de hogar, tal y como se desprende del mismo Acta y el recurrente pretende introducir (extremo que se admite según hemos referido), pero por cuenta de la hija del beneficiario; si se omitió el dato del parentesco o relación al tiempo en que se realiza el alta del recurrente, y se hace por cuenta de quien no coincide en ninguno de los apellidos; y a ello aunamos las dudas generadas en la instancia sobre una realización efectiva de un trabajo real, a lo que unimos ahora la nueva acreditación de una jornada completa y continua por otra empleada en el mismo hogar. Si agrupamos todos los elementos que la instancia ha señalado como contradictorios, la omisión de la relación entre el beneficiario y el empleador, diferente de quien figuraba como cabeza del hogar familiar para la relación permanente de empleada de hogar que existía en el hogar, la conclusión es que la presunción de fraude que constata la sentencia de instancia debe validarse, suponiendo ello la desestimación del segundo motivo del recurso y la confirmación por sus propios argumentos de la sentencia de instancia.

Vistos: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de San Sebastián de 10-1-2018, procedimiento nº 525/2017, por don José Manuel Gandasegui Agorreta, Abogado de don Luis Pablo, la que se confirma, sin hacer pronunciamiento sobre costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Iltrmo/a. Sr/ a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0691-18.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699- 0000-66-0691-18.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.