



Roj: **STS 5058/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5058**

Id Cendoj: **28079140012013100678**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/09/2013**

Nº de Recurso: **2520/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Septiembre de dos mil trece.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 7/Junio/2012 [recurso de Suplicación nº 6626/11], formulado frente a la sentencia de 14/febrero/2011 dictada en autos 1348/2010 por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid seguidos a instancia de METRO DE MADRID frente a D. Modesto , INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SOBRE JUBILACION.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de febrero de 2011, el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimo la demanda formulada por la mercantil METRO DE MADRID y revoco la resolución del INSS de 6-8-2010 que dejó sin efecto".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO.- El 30-11-02- 2006 Metro Madrid suscribió con su trabajador a jornada completa, D. Modesto , contrato de trabajo a tiempo parcial para realizar una jornada del 15% y vinculado a su jubilación parcial al 85% que le fue reconocida por el INSS con efectos de 1-12- 2006 y por la que ha percibido una prestación por importe de 1.895,04 euros en 2009 y 1.913,99 euros en 2010.- SEGUNDO.- Paralelamente Metro suscribe contrato de relevo con Dª. Purificación .- Esta trabajadora cae en IT el 4-03-2008, situación que se prorroga hasta el 18-11-2009.- El 29-07-2009 el INSS dicta resolución por la que acuerda reconocer a esta beneficiaria una prórroga de la IT por un periodo máximo de 6 meses y que se prolonga hasta que se dicta resolución por el INSS que le deniega la invalidez permanente, tras lo que dicha beneficiaria se incorpora de nuevo a Metro que cursa su alta en Seguridad Social con efectos del 20-01-2010.- TERCERO.- Tras inicio de expediente de responsabilidad se dicta resolución por el INSS el 6-08-2010 que declara responsable a Metro de la prestación de jubilación parcial percibida por el Sr. Modesto durante el periodo 19-11-09 a 19-01-10 y que asciende a 4.145.16 euros.- Se formula reclamación previa que resulta desestimada".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 22 de junio 2012 , en la que consta el siguiente fallo: "Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 33 de los de Madrid, de fecha siete de febrero de dos mil once , en los autos seguidos ante el mismo a instancia de METRO DE MADRID frente a las entidades recurrentes y D. Modesto , en reclamación por jubilación parcial, confirmamos la expresada resolución".



CUARTO.- Por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 11 de mayo de 2.012 (Rec. 6013/11).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 2 de julio de 2.013, suspendiéndose el mismo y señalándose para el día 19 de septiembre de 2.013, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Los hechos sobre los que articula el presente debate son los que siguen: a) una trabajador [Sr. Modesto] de la empresa «Metro de Madrid S.A.» pasó el 30/11/06 a situación de jubilación parcial del 85%, habiendo sido contratada para completar su jornada de trabajo una relevista [Sra Purificacion], que permaneció en situación de IT desde el 04/03/08 al 18/11/09 y en prórroga hasta que se le deniega la IP solicitada, tras lo que se le da nuevamente de alta en la Seguridad Social y se incorpora a la empresa en 20/01/10; b) la citada empleadora no contrató sustituto para la relevista en situación de prórroga y esta circunstancia determinó que el INSS resolviese la declarara responsable de las prestaciones de jubilación en el periodo 19/11/09 a 19/01/10, por importe de 4.145,16 pts.

2.- Interpuesta demanda, el juzgado de lo Social nº 33 de los de Madrid acogió la pretensión de la empresa por sentencia de 07/02/2011 [autos 1348/10] y dejó sin efecto la resolución de la EG, argumentando al efecto: a) que la DA 2ª RD 1131/02 no tiene carácter sancionador, sino regulador de responsabilidad civil derivada de incumplimiento empresarial; b) que la expresión legal «cese» ha de entenderse en el sentido -exclusivamente- de comprender «aquellas situaciones en las que el relevista se sitúa fuera del mercado de trabajo por alguna de las causas de extinción de su contrato previstas en el art. 49 ET » y, por ello, no alcanza a la situación de prórroga de IT; c) y porque «carece de lógica que se admita cumplida la obligación en el periodo de IT en el que el empresario viene obligado a mantener la cotización al sistema y se rechace en aquella parte de la IT en la que por disposición legal esa obligación, ajena al relevo, desaparece».

3.- Interpuesto recurso de suplicación, el criterio de instancia fue confirmado por la STSJ Madrid 22/06/12 [rec. 6626/11], que rompiendo con precedentes de la Sala reproduce la tesis y argumentos literales de la decisión recurrida.

4.- Se formula recurso de casación para la unidad de la doctrina, en el que el INSS aduce la infracción de la DA Segunda RD 1131/02 [31/Octubre], en relación con los arts. 12.6 ET , 166 y 131 bis LGSS; señalando, como decisión de contraste, la STSJ Madrid 11/Mayo/2012 [rec. 6013/11] de la misma sección y ponente que la hoy recurrida, y en la que se decide supuesto idéntico al de autos, de jubilado parcial, situación de IT del relevista, agotamiento de la misma por plazo máximo, pase a prórroga y denegación de IP, así como inexistencia de contratación de sustituto durante la incapacidad y declaración administrativa de responsabilidad del empleador durante la indicada prórroga; pero a diferencia de la recurrida en casación, el Tribunal Superior resuelve confirmar la resolución de la EG. Con ello es incuestionable que se cumple con la exigencia -para la viabilidad del RCUD- -que hace el art. 219 LRJS respecto de exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales.

SEGUNDO.- 1.- Coincidiendo plenamente con la conclusión ofrecida por el razonado informe del Ministerio Fiscal, la Sala considera que el recurso ha de ser acogido, porque la exposición de la sentencia recurrida -recogiendo argumentos expuestos en la instancia- parte de alguna sustancial premisa de la que por fuerza hemos de discrepar, siquiera coincidamos en parte de sus afirmaciones.

2.- Como presupuesto ha de partirse de la idea de que la originaria conexión -que no dependencia- entre los contratos del relevado [que pasa a ser a tiempo parcial] y el contrato de relevo, es solamente externa [de coordinación, que no de subordinación] y no determina una estricta dependencia funcional entre el contrato de relevo y la situación jubilación-empleo parcial, como lo prueba que el art. 12.7.b) ET desvincule la duración del contrato al del relevista [ha de ser indefinido o como mínimo hasta que el relevado alcance los 65 años] (en tal sentido, SSTs 25/02/10 -rcud 1744/09 -; 11/03/10 -rco 135/09 -; y 22/09/10 -rcud 4166/09 -).

3.- Por otra parte ha de admitirse -con la sentencia recurrida- que la naturaleza que corresponde al reintegro previsto en la DA Segunda RD 1331/2002 es de tipo obligacional, que no punitiva. Y al efecto ya hemos argumentado en alguna ocasión -rectificando doctrina anterior- que ha de excluirse la naturaleza sancionadora



de la previsión legal, porque la literalidad de la norma [«deberá abonar»] «sitúa la consecuencia en términos puramente obligacionales, que no represivos» [se aproxima a un reintegro de prestaciones], para quien -como el empresario- desconoce un compromiso que le beneficia; y porque no toda reacción frente a conductas ilícitas puede considerarse sanción, pues en sentido técnico «la sanción solamente existe cuando a la conducta ilícita se anuda la imposición de una privación de derechos con finalidad represiva de la infracción y preventiva o disuasoria de conductas similares» [SSTC 239/1988, de 14/Diciembre ; 164/1995, de 13/Noviembre ; 276/2000, de 16/Noviembre ; 132/2001, de 8/Junio . ATC 323/1996] (SSTS 09/02/10 -rcud 2334/09 -; 15/03/10 -rcud 2244/09 -; 22/09/10 -rcud 4166/09 -; y 16/12/10 -rcud 720/10 -, en *obiter dicta*).

4.- Aclarados estos dos extremos, que sirven de fundamento a la sentencia recurrida [el primero de manera implícita y el segundo explicitado], lo cierto es que discrepamos de ella en tres -y decisivos- puntos concretos de su construcción argumental:

a).- El primero de ellos es el relativo a la finalidad que la normativa sobre jubilación parcial y contrato de relevo persigue. Pues muy contrariamente a lo que la recurrida sostiene -reproduciendo razones de instancia- «... el legislador ha pretendido ... dos objetivos. Uno, coherente con la política de empleo, que la jubilación anticipada, aunque sea parcial, no se traduzca en la pérdida de puestos de trabajo: de ahí la exigencia de celebrar simultáneamente un contrato de relevo con al menos la misma duración que el tiempo que reste hasta la jubilación definitiva del relevado y con una jornada al menos igual al tiempo de reducción experimentada por la jornada de éste. Y el segundo objetivo es que los ingresos de la Seguridad Social no se vean mermados» (así, las SSTS 23/11/11 -rcud 3988/10 -; 24/04/12 -rcud 1548/11 -; y 05/11/12 -rcud 4475/11-. Indirectamente, también la sentencia de 23/06/11 -rcud 3884/10 -).

b).- El segundo de los puntos de discrepancia -consecuencia lógica del anterior- es el relativo al significado de la palabra «cese» utilizada por la norma como presupuesto de la obligación sustitutoria. Muy diversamente a lo que se entiende en la decisión recurrida, hemos indicado -muy particularmente a propósito de los supuestos de excedencia voluntaria del relevista- que el referido término «no es necesariamente equivalente a los supuestos de extinción de la relación laboral del art. 49 ET Puede hablarse también, en sentido amplio, de cese cuando el trabajador ... deja de prestar servicios por un tiempo más o menos prolongado, produciendo ...por el período de apartamiento del trabajo, una plaza vacante en el organigrama de la empresa... En el contexto de la DA 2ª RD 1131/2002 debe acogerse una interpretación amplia del término "cese" ... pues de lo contrario no se cumplirían los objetivos de la institución de la jubilación parcial, indisolublemente ligada al contrato de relevo en nuestro ordenamiento jurídico (así, SSTS 08/07/09 -rcud 3147/08 -; 09/07/09 -rcud 3032/08 -; 25/01/10 -rcud 1245/09 -; 22/09/10 -rcud 4166/09 -; 04/10/10 -rcud 4508/09 -; 09/02/11 -rcud 1148/10 -; y 28/11/11 -rcud 299/11 -). Y

c).- Finalmente, nuestra discordancia alcanza -como se desprende de los precedentes apartados- a la exigencia de sustitución eventual del relevista, siendo así que en multitud de sentencias de esta Sala IV -reproduciendo criterio anterior- se recuerdan los requisitos generales y específicos de la Jubilación parcial, haciendo especial hincapié en el contrato de relevo, al recordar que la DA Segunda RD 1131/2002 [31/Octubre] establece la necesidad de mantener el contrato de relevo durante el tiempo en que mantenga la jubilación parcial del menor de 65 años y si el relevista cesa -por *cualquier causa, definitiva o temporal que exceda de quince días*, incluida la excedencia voluntaria- debe ser sustituido en el plazo máximo de 15 días (así, con remisión a otras muchas, SSTS 25/01/10 -rcud 1245/09 -; y 09/02/11 -rcud 1148/10 -). Y en este sentido se decía que «... desde el punto de vista del cumplimiento de la finalidad de la norma [mantener el volumen de empleo en la empresa, en lo que concierne a las funciones laborales afectadas, hasta que cesa la situación de jubilación parcial del trabajador relevado], y salvo supuestos excepcionales de inviabilidad material de tal objetivo [por ejemplo, cuando concurren causas económicas sobrevenidas y justificadas que incidan en su logro, no así en cualquier situación de excedencia, voluntaria o no, del relevista], la obligación empresarial de mantener ese volumen de empleo se extiende hasta que el jubilado parcial [el trabajador relevado] alcance la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada total»; y en esta misma línea, también se utilizaba el argumento de la conservación del empleo y de «la garantía de cotización que ello comporta» (STS 07/12/10 -rcud 77/10 -).

TERCERO.- 1.- La casuística jurisprudencial en orden a la necesidad de sustituir al relevista y consiguiente responsabilidad de la empresa respecto de las prestaciones de jubilación, nos permitirá deducir -sin margen de duda razonable- la doctrina de aplicación al presente caso. En concreto, la Sala ha dado respuesta afirmativa -a la obligación sustitutoria- en los siguientes casos: a).- Los supuestos de excedencia voluntaria, en los que precisamente se ha sostenido una interpretación del concepto «cese» -la ya referida- acorde a la finalidad de la institución (en concreto, SSTS 08/07/09 -rcud 3147/08 -; y 09/07/09 -rcud 3032/08 -); b).- La excedencia para cuidado de hijo menor, puesto que la interinidad del contrato hecho al relevista sustituto -por venir modulado en su duración por el reingreso del primer relevista sustituido- no desvirtúa el objeto y finalidad de este segundo contrato de relevo (SSTS 04/10/10 -rcud 4508/09 -; 07/12/10 -rcud 77/10 -; y 28/11/11 -rcud 299/11 -); y c).- Los casos de despido objetivo por razones individuales de trabajador relevado y relevista, afirmándose al efecto



que aún «partiendo de que la obligación de reintegro no supone una sanción al empleador sino un mero acto de gestión prestacional [TS 9-2-2010 y 13-3-2010, R. 2334/09 y 2244/09] ... la empresa demandante ciertamente podía extinguir el contrato de trabajo del trabajador jubilado anticipadamente, pero tenía la obligación de conservar, de mantener el contrato de relevo con el trabajador relevista, o contratar uno nuevo en caso de cese por cualquier causa de éste [incluido el despido], hasta que el relevado alcance la edad de jubilación o, cabría añadir, deje de percibir las prestaciones por jubilación anticipada, puesto que así se desprende del referido número 1 de la DA Segunda del R.D. 1131/2002» (SSTS 22/09/10 -rcud 4166/09-; y 22/04/13 -rcud 2303/12-).

2.- Muy contrariamente se han negado esa obligación sustitutoria y la correlativa responsabilidad del empleador en los siguientes casos: a).- Reducción de la jornada de la relevista en un 50% por cuidado de un menor, porque el contrato de la trabajadora relevista «continúa ostentando la misma naturaleza que fue pactada y que surtió válidos efectos como relevo. Conserva su carácter de contrato indefinido a tiempo completo, no se ha transformado en un contrato a tiempo parcial aunque externamente se comporte como tal, la reducción de la jornada forma parte de la eficacia del propio contrato y *en tanto se mantenga la reducción no por ello se ve afectada la cotización*, si bien lo sea en los términos del artículo 180.3 de la Ley General de la Seguridad Social » (STS 23/06/11 -rcud 3884/10 -); b).- Cese del relevista por sucesión empresarial, si el mismo ha concluido su actividad en la empresa porque en parte de ella se subroga otra del sector [se transmite parte de la concesión -una de sus líneas- de transporte], mientras que el trabajador jubilado permanece en la empresa originaria, habida cuenta de que la subrogación mantiene la colocación del trabajador relevista en las mismas condiciones [incluso de Seguridad Social], persiste el cumplimiento de la finalidad de la norma, y no es apreciable el fraude que sanciona la norma (SSTS 25/01/10 -rcud 1245/09 -; 18/05/10 -rcud 2165/09 -; 22/09/10 -rcud 4166/09 -; y 09/02/11 -rcud 1148/10 -); c).- También es inaplicable la DA 2ª RD 1131/02 [31/Octubre] y no procede el reintegro allí previsto a cargo de la empresa respecto de las prestaciones percibidas por el trabajador sustituido, para el caso de extinción del contrato del trabajador relevista, si el cese de éste y el del trabajador jubilado a tiempo parcial se hubiese producido a virtud de ERE (SSTS 29/05/08 -rcud 1900/07 -; 23/06/08 -rcud 2335/07 -; 23/06/08 -rcud 2930/07 -; 16/09/08 -rcud 3719/07 -; 19/09/08 -rcud 3804/07 -). Se refiere a la doctrina la STS 25/01/10 -rcud 1245/09-, aunque para supuesto diferente ; y 09/02/11 -rcud 1148/10 -, en *obiter dicta*); y d).- Finalmente, tampoco existen la obligación [sustitutoria] y responsabilidad [prestacional] de que tratamos cuando el relevista ha sido contratado a tiempo completo y el cesado ha sido el trabajador jubilado a tiempo parcial [60%], pues una interpretación teleológica y sistemática de la norma lleva a concluir la inexigibilidad de nueva contratación que habría de comportar una jornada superior al 100 por 100 y previa a la jubilación parcial (STS 06/10/11 -rcud 4582/10 -).

3.- La doctrina de todos estos precedentes nos lleva a concluir que la doble finalidad de la institución [política de empleo; y mantenimiento financiero de la Seguridad Social] determina que hayamos de entender que en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo del relevista, las obligaciones de sustituirle por otro trabajador y -en su caso, de haberse incumplido aquélla- la de reintegro de las prestaciones percibidas por el jubilado, se limitan a los casos en que no se cotice por el trabajador con contrato suspendido [no mientras se cotice, como es el caso del periodo ordinario de IT], pues si bien en estos casos ha de admitirse que se alcanza uno de los objetivos perseguidos por la institución de que tratamos [la representada por el binomio jubilación parcial/ contrato de relevo], cual es el mantenimiento del empleo, lo cierto es que la otra finalidad -la de asegurar la financiación del sistema- se ve por completo defraudada. Y si bien esta regla realmente no se cumple en el caso de reducción de jornada por cuidado de menor [la cotización por el tramo de jornada reducida, no es a cargo de la empresa ni del trabajador, sino del Sistema], ello se debe a valores superiores de conciliación de la vida familiar con la laboral, que -está claro- se verían comprometidos con la solución opuesta.

Por ello no solamente no compartimos el criterio de instancia, sino que sobre todo rechazamos su razonamiento de que carece de lógica que la obligación de sustituir al relevista no alcance el periodo de IT y que sí sea exigible en su prórroga; y discrepamos, precisamente porque en la primera fase [IT propiamente dicha] la empresa sigue cotizando al Sistema [con lo que la jubilación parcial no comporta detrimento para la financiación de la Seguridad Social], mientras que en la segunda [en que la IT está agotada y se produce la mera prolongación de algunos de sus efectos: art. 131 bis LGSS] desaparece la obligación de cotizar y se produce la baja en la empresa [aunque con posibilidad de reincorporación], de forma que la satisfacción de los objetivos de la institución de que tratamos [jubilación/relevo] imponen una nueva contratación, al objeto de que se mantengan simultáneamente el nivel de empleo en la empresa y la integridad financiera del Sistema en los términos anteriores a la jubilación parcial.

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -como con acierto razona e interesa el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la decisión de contraste ha de ser casada y anulada. Sin imposición de costas en ninguna de las instancias [art. 235.1 LRJS].



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 del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y revocamos la sentencia dictada por el TSJ de Madrid en fecha 22/Junio/2012 [recurso de Suplicación nº 6626/11], que a su vez había confirmado la resolución - estimatoria de la demanda- que en 07/Febrero/2011 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 33 de los de Madrid [autos 1348/10], a instancia de la empresa «METRO DE MADRID, S.A.» y resolviendo el debate en Suplicación estimamos el de tal clase formulado por las referidas Entidades Gestoras y rechazamos la demanda interpuesta por la indicada empleadora.

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 Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.