



Roj: **STSJ CAT 9654/2013 - ECLI: ES:TSJCAT:2013:9654**

Id Cendoj: **08019340012013106237**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2013**

Nº de Recurso: **2680/2013**

Nº de Resolución: **6223/2013**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 9654/2013,**
STS 453/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2012 - 8043635

CR

ILMO. SR. SEBASTIÁN MORALO GALLEGO

ILMA. SRA. ASCENSIÓ SOLÉ PUIG

ILMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA

En Barcelona a 3 de octubre de 2013

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 6223/2013

En el recurso de suplicación interpuesto por Terminal de Contenedors de Barcelona, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Barcelona de fecha 1 de febrero de 2013 dictada en el procedimiento Demandas nº 912/2012 y siendo recurrido/a Carlos Ramón y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. SEBASTIÁN MORALO GALLEGO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de septiembre de 2012 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 1 de febrero de 2013 que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimando la demanda interpuesta por D. Carlos Ramón frente a la empresa TERMINAL DE CONTENIDORS DE BARCELONA, S.L., y contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en reclamación formulada por despido, debo declarar y declaro improcedente el despido acordado por la empresa demandada en fecha 17/08/12 y, en consecuencia, condeno a ésta a la inmediata readmisión del actor en las mismas condiciones



que regían con anterioridad a producirse el despido o, a su elección, a que le abone una indemnización de 45 días de salario por año de servicio hasta la fecha del despido, con el prorrateo correspondiente a los períodos inferiores, cifrada en el importe de 34.757,82 euros (a razón del salario de 124,58 euros diarios), y pudiendo ejercitar su derecho de opción en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución, y entendiéndose que opta por la readmisión en el supuesto de no ejercitarlo, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, o hasta la fecha en que el trabajador haya encontrado un nuevo empleo si el empresario prueba lo percibido por éste, si hubiera optado por la readmisión, en otro caso sólo procede el pago de la indemnización indicada. Sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. Absuelvo al administrador concursal sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponderle en su calidad de tal."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" PRIMERO.- La parte actora D. Carlos Ramón , mayor de edad, con DNI núm. NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la demandada desde el 18/04/06, percibiendo un salario de 124,58 euros diarios brutos, con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias, venía realizando jornada de 40 horas semanales.

SEGUNDO.- La empresa entregó al actor una carta de fecha 07/08/12 con el siguiente tenor literal: "Le comunicamos que, con fecha 17/08/12 finaliza el contrato de trabajo de relevo a tiempo completo que teníamos con Ud.

En cumplimiento de lo previsto en el art. 49 del Estatuto de los trabajadores , le notificamos que en dicha fecha quedará rescindido y sin efecto e mismo, causando baja, y finalizando su relación con la empresa, quedando a su disposición en esta fecha el correspondiente finiquito y liquidación de partes proporcionales..."

TERCERO.- Las partes suscribieron, en fecha 18/04/06, un contrato de trabajo en prácticas, de duración inicial de seis meses, la categoría profesional que consta en el mismo es Oficial 2ª mecánico, así como consta que estaba en posesión del título "T. MECANITZACIÓ", y consta también que no habían transcurrido cuatro años desde la terminación o convalidación de los estudios.

El contrato fue sucesivamente prorrogado y consta que la empresa dio de baja al actor en Seguridad Social el día 17/04/08.

CUARTO.- El 21/04/08 la empresa demandada contrata al actor con la modalidad de contrato de relevo. La duración del mismo se extiende hasta el 17/08/12

El trabajador relevado D. Alejo accede a la jubilación parcial el 22/04/08, acepta la reducción de jornada y salario del 85% hasta el 17/08/12. En esta última fecha la empresa comunicó la baja en Seguridad Social del Sr. Alejo .

El Sr. Alejo en el momento de acceder a la jubilación parcial era encargado (grupo profesional 1, art. 11 del convenio colectivo de empresas estibadoras de la provincia de Barcelona, DOG núm. 5255, de 11/11/08). Como tal, se encargaba de la distribución del trabajo entre mecánicos, electricistas y soldadores.

El Sr. Alejo concentró su jornada laboral en los 9 meses siguientes a la suscripción del contrato de relevo y ya no ha vuelto a prestar servicios para la demandada.

A partir del mes de abril de 2009 la categoría profesional del actor es la de Oficial 2ª recambista (grupo profesional 3, art. 11 del convenio colectivo de empresas estibadoras de la provincia de Barcelona, DOG núm. 5255, de 11/11/08).

QUINTO.- El actor, en el momento de ser contratado en prácticas tenía el Título de "Técnico en Mecanizado" que fue expedido el 20/03/06.

Las funciones de un Técnico medio en mecanizado consiste en realizar las diferentes operaciones en los procesos de mecanización, controlando los productos obtenidos, como también el funcionamiento, activación y paro de equipos, responsabilizarse del mantenimiento de primer nivel de los equipos, atendiendo la producción en las condiciones de calidad y seguridad establecidas.

La competencia general del título de Técnico en Mecanizado consiste en ejecutar los procesos de mecanizado por arranque de viruta, conformado y procedimientos especiales, preparando, programando, operando las máquinas herramientas y verificando el producto obtenido, cumpliendo con las especificaciones de calidad, seguridad y protección ambiental.

Este profesional es capaz de:



- Determinar procesos de mecanizado partiendo de información técnica.
- Preparar máquinas y sistemas.
- Programar máquinas herramientas de control numérico (CNC), robots y manipuladores.
- Operar máquinas herramientas de arranque de viruta, de conformado y especiales para obtener elementos mecánicos, de acuerdo con las especificaciones definidas en planos de fabricación.
- Verificar productos mecanizados.
- Realizar el mantenimiento de primer nivel en máquinas y equipos de mecanizado.
- Aplicar procedimientos de calidad, prevención de riesgos laborales y medioambientales.

El Técnico en Mecanizado puede desempeñar los siguientes puestos de trabajo: Ajustador operario de máquinas herramientas, pulidor de metales y afilador de herramientas, operador de máquinas para trabajar metales, operador de robots industriales, trabajadores de la fabricación de herramientas, mecánicos y ajustadores, modelistas matriceros y asimilados y tornero, fresador y madrinador.

Ejerce su actividad en las industrias transformadoras de metales relacionadas con los subsectores de construcción de maquinaria y equipo mecánico, de material y equipo eléctrico, electrónico y óptico, y de material de transporte encuadrado en el sector industrial.

SEXTO.- Las funciones del actor hasta abril de 2009 han venido siendo las de mecánico, es decir, la reparación de maquinaria y su mantenimiento preventivo y correctivo, a partir de ese mes fueron las de administrativo recambista en oficinas lo que comprende tareas de recepcionista, confección de albaranes y entrega de recambios a los mecánicos.

SÉPTIMO.- El actor estaba inscrito en la oficina de empleo en fecha 18/04/08.

OCTAVO.- La parte actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante de los trabajadores.

NOVENO.- Presentada papeleta de conciliación ante la SC en fecha 18/09/12, se celebró acto conciliatorio el día 12/12/12 finalizando sin avenencia entre las partes. "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada Terminal de Contenedores de Barcelona, S.L., que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la parte actora, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la empresa contra la sentencia de instancia que estima la demanda y considera concertado en fraude de ley los dos contratos de duración temporal suscritos entre las partes, calificando como despido improcedente la extinción de la relación laboral a la finalización del último de ellos.

Al amparo del párrafo a) del art. 193 de la LRJS se formula el primer motivo del recurso que denuncia infracción del art. 85.1º de la LRJS, en relación con el art. 24 de la Constitución, para sostener que el trabajador ha introducido una alegación nueva en el acto de juicio que supone modificación sustancial de la demanda y origina indefensión a la recurrente, al invocar como causa de fraude de ley la supuesta concentración de la jornada de trabajo por parte del trabajador relevado.

Deberemos precisar que la eventual estimación de esta alegación no debe conducir en ningún caso a la declaración de nulidad de actuaciones como se pide en el recurso, sino tan solo a no tener por alegada la cuestión relativa a la eventual concentración de la jornada de trabajo jubilado.

Hecha esta precisión el motivo ha de ser desestimado, por cuanto en el escrito de demanda ya se alegó de forma expresa que el contrato de relevo se había realizado en fraude de ley, con lo que la ampliación de la demanda que tiene lugar en el acto de juicio al introducir otro elemento distinto para apuntalar el fraude de ley del mismo contrato, no puede calificarse como variación sustancial de la misma y debe considerarse adecuadamente ajustada a lo que permite el art. 85.1º de la LRJS, en la medida en que afecta a un hecho sobre el que no hay la menor controversia (a salvo de la irrelevante matización que se quiere introducir en los hechos probados al pedir el motivo segundo del recurso la supresión de un párrafo del ordinal cuarto), cual es, la concentración de jornada por parte del trabajador jubilado parcialmente, y no ha supuesto por lo tanto ningún tipo de indefensión efectiva para la empresa que, obviamente, conoce a la perfección las circunstancias en las que ha prestado servicios el trabajador relevista tras la firma del contrato de relevo y puede defenderse perfectamente de este alegato en el acto de juicio, tal y como así lo ha entendido acertadamente la juzgadora de instancia.



Distinto sería de no haberse alegado en la demanda ninguna cuestión relativa al posible carácter fraudulento del contrato de relevo, o de haberse introducido una ampliación de la misma con base en unos hechos desconocidos por la empresa.

Lo que no es el caso de autos, en el que ya se dice en la demanda que el contrato se ha concertado en fraude de ley, y simplemente se invoca en la ampliación una circunstancia de la jornada laboral del relevado perfectamente conocida por la empleadora, lo que impide considerar que haya sufrido indefensión.

SEGUNDO.- Por la vía del párrafo b) del art. 193 LRJS se formulan los motivos segundo y tercero, que interesan la revisión del relato de hechos probados.

Pretende el motivo segundo la supresión del párrafo cuarto del hecho probado cuarto, en el que se dice que el trabajador relevado concentró toda su jornada laboral en los 9 meses siguientes a la firma del contrato de relevo y no ha vuelto a prestar servicios para la empresa.

La pretensión no puede ser acogida por el simple y solo hecho de que en el mes de agosto de 2012 pudiere haberse realizado un pago de 459,28 euros al trabajador jubilado parcialmente, pues con independencia de los motivos y razones que justifiquen el abono de esa cantidad en el último mes de la duración del contrato de relevo, (pudiendo ser perfectamente una liquidación final), no queda en modo alguno desvirtuada la afirmación contenida en el ordinal impugnado.

El contrato de relevo es de fecha 21 de abril de 2008 y se extiende hasta el 17 de agosto de 2012, con lo que si el trabajador relevado prestó tan solo servicio en la empresa los nueve meses siguientes a la firma del contrato por duración superior a cuatro años, es evidente que se ha producido una concentración de toda su jornada en ese periodo, careciendo de cualquier relevancia que pudiere incluso haber llegado a prestar realmente otra vez servicios entre el 1 y el 17 de agosto de 2012, ya que este dato referido a tan solo 17 días de trabajo, no desmerece de ninguna forma la evidente concentración de la jornada reducida en tan corto periodo de tiempo en los primeros nueve meses de la jubilación parcial.

Debe en cambio acogerse el motivo tercero para introducir un nuevo hecho probado sexto bis, en el que se haga constar que las retribuciones del actor en el periodo de tiempo en que estuvo vinculado por el contrato de relevo, fueron superiores al 65% de la base máxima de cotización a la seguridad social vigente en cada momento.

La empresa aporta en su recurso la cuantía de las bases máximas de cotización de cada una de las anualidades de vigencia del contrato de relevo entre 2008 y 2012; así como los datos relativos a las cotizaciones del trabajador que constan en los autos de cada una de las mensualidades de las que se ha aportado prueba documental por una u otra parte, y en todos ellos resultan unas retribuciones que efectivamente superan el 65% de la base máxima de cotización correspondiente.

No se niega en la impugnación este hecho, sino que se dice que no constan en los autos las retribuciones del demandante durante todo el periodo de vigencia del contrato de relevo, pero este alegato no ha de impedir acoger la pretensión de la empresa en aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba que establece el art. 217.2º de la LEC .

La empresa ha aportado toda la documentación que le fue requerida tras al auto de admisión de la demanda y el trabajador las nóminas que ha considerado oportuno incorporar al proceso. De todos estos elementos probatorios se desprende que las retribuciones recogidas en los mismos superan el 65% de las bases máximas de cotización a la seguridad social, lo que obliga a considerar debidamente acreditado este extremo sin que sea óbice para ello el hecho de que no consten en las actuaciones las retribuciones de todas y cada una de las mensualidades del actor.

Al margen de que el demandante podría haber aportado perfectamente toda esa documentación si estimaba que sus retribuciones eran inferiores a esa cifra del 65% de las cotizaciones del trabajador relevado, lo cierto es que carece de toda lógica plantear la posibilidad de que hubiere una variación tan importante de las retribuciones del trabajador como para que superen claramente ese porcentaje en los meses de los que consta el recibo de nómina en las actuaciones, y no los superase en cambio en las mensualidades que no han sido aportadas a los autos por el propio interesado.

La conclusión no puede ser otra que la de entender que las retribuciones del actor son superiores al 65% de las bases máximas de cotización, y en consecuencia, se corresponden necesariamente, al menos, con el 65% de la cotización del trabajador relevado.

TERCERO.- El motivo cuarto se formula al amparo de la letra c) del art. 193 LRJS , denunciando infracción del art. 11.1º a) del Estatuto de los Trabajadores , para sostener que el contrato en prácticas formalizado con el actor no ha incurrido en fraude de ley y era perfectamente ajustado a derecho.



Deberemos analizar en este punto el contrato en prácticas con el que se inició la relación laboral entre las partes, suscrito en fecha 18 de abril de 2006 y prorrogado hasta el 17 de abril de 2008, tras el cual se firmó posteriormente el contrato de relevo de 21 de abril de 2008 que se ha mantenido vigente hasta la extinción de la relación laboral.

Tan solo hay unos días de diferencia entre ambos contratos de trabajo, por lo que en el supuesto de que se considere concertado en fraude de ley el primer contrato de prácticas la relación laboral debería considerarse ya indefinida desde el 18 de abril de 2006, manteniendo esta misma naturaleza pese a la formal suscripción del posterior contrato de relevo en abril de 2008, con independencia de que este último contrato de trabajo aisladamente considerado pudiere entenderse ajustado a derecho.

El contrato en prácticas se ampara en la condición de técnico de grado medio en mecanizado del trabajador demandante, no habían transcurrido cuatro años desde la obtención de ese título, y las funciones que corresponden a esa titulación son las que detalla el incontrovertido ordinal quinto, habiendo prestado servicios el actor como mecánico en la reparación de maquinaria y su mantenimiento preventivo y correctivo hasta abril de 2009, es decir, durante toda la duración del contrato en prácticas.

Como establece el art. 11.1º del Estatuto de los Trabajadores, el contrato de trabajo en prácticas puede concertarse con quienes estuvieren en posesión de título universitario o equivalente que habiliten para el ejercicio profesional, y tiene como objeto la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados.

Conforme a este concepto y en lo que a este litigio interesa, son requisitos esenciales para la validez del contrato de trabajo. 1º) que el trabajador disponga de un título apto para la formalización de este tipo de contratación; 2º) que sea destinado por la empresa a un puesto de trabajo que conlleve la realización de tareas y funciones que efectivamente permitan la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de la titulación.

La cuestión reside por lo tanto en determinar si las tareas realizadas se correspondían con el nivel de titulación en que se sustenta el contrato en prácticas y eran adecuadas para permitir la obtención de la práctica profesional correspondiente al nivel de estudios, o eran por el contrario manifiestamente insuficientes e inadecuadas a dicha finalidad.

Atendiendo a estos parámetros y vistas las funciones que corresponden a un técnico de grado medio en mecanizado, la conclusión no puede ser otra que la de entender que el puesto de trabajo como oficial 2ª mecánico que constituye el objeto del contrato en prácticas, es perfectamente adecuado para obtener la práctica profesional que se corresponde con el nivel de estudios cursado por el trabajador, no habiendo incurrido por lo tanto la empresa en fraude de ley en su contratación.

Se indica en los hechos probados que durante la duración del contrato en prácticas el actor ha prestado servicios como mecánico, en la reparación y mantenimiento preventivo y correctivo de maquinaria, y que las funciones de un técnico medio en mecanizado son las de realizar las diferentes operaciones en los procesos de mecanización, controlando el producto obtenido y el funcionamiento y activación de los equipos, responsabilizándose de su mantenimiento, preparando y operando la maquinaria y realizando su mantenimiento, pudiendo desempeñar, entre otros, puestos de trabajo como mecánico y ajustador, modelista, matriceros y asimilados, tornero, fresador y madrinador, en industrias de metales, maquinarias y equipo mecánico en el sector industrial.

Comparando las funciones desempeñadas por el trabajador con las que corresponden a su nivel de titulación, la conclusión no puede ser otra que la de entender que las tareas que ha desempeñado en la empresa como mecánico en la reparación y mantenimiento de maquinaria se corresponden adecuadamente con las que conforman el extenso espectro profesional de actividades y funciones correspondiente al nivel de estudios cursados, sin que el hecho de que la empresa carezca de matrices, tornos, fresadoras y madrinadoras, desvirtue esta afirmación, por cuanto ya se ha visto que entre las tareas de los técnicos de nivel medio mecanizado también se incluyen las de mecánico ajustador que se corresponden por lo tanto perfectamente con el nivel de la titulación y han de permitir sin duda al actor adquirir la práctica profesional adecuada a sus estudios.

Para que el contrato de trabajo en prácticas pueda considerarse ajustado a derecho, no es exigible que el puesto de trabajo asignado por la empresa permita al trabajador el ejercicio de todas y cada una de las diferentes funciones profesionales para las que está habilitado por su nivel de estudios, lo que sería ciertamente de imposible cumplimiento cuando el ámbito es tan amplio y extenso como describe el ordinal quinto de la sentencia.



El fraude de ley en la contratación en prácticas aparece cuando la empresa destina al trabajador a un puesto de trabajo manifiestamente inadecuado a su nivel de titulación, y que no se corresponde mínimamente con las tareas propias de aquel nivel de estudios.

No puede en cambio apreciarse fraude de ley cuando las funciones encomendadas al trabajador se corresponden con una parte importante de su nivel de estudios, permitiendo la adquisición de la práctica profesional adecuada a la titulación.

Y si entre las funciones de los técnicos medios en mecanizado están las de operar y ajustar maquinaria, así como su mantenimiento, pudiendo desempeñar puesto de trabajo como mecánico ajustador, entre otros muchos, y fue contratado en prácticas por la empresa recurrente como oficial 2ª mecánico para la reparación y el mantenimiento preventivo y correctivo de la maquinaria, debe admitirse necesariamente que el contrato de trabajo era perfectamente adecuado para desarrollar la práctica profesional correspondiente a esa titulación, por más que la empresa careciere de otro tipo de maquinaria que permitiere al trabajador desarrollar la práctica en todas y cada una de las numerosas y amplias funciones que le permite todo el espectro de la titulación cursada.

Distinto sería en el caso de que la empresa le hubiere encargado tareas puramente residuales y de escasa relevancia para el desarrollo de su formación profesional como técnico medio en mecanizado, lo que no es el caso cuando ha prestado servicios como oficial mecánico 2ª en el mantenimiento y reparación de la maquinaria.

Deberemos por lo tanto estimar este motivo del recurso, para considerar que el contrato en prácticas formalizado entre las partes era perfectamente ajustado a derecho y no se ha producido fraude de ley en esta contratación.

CUARTO.- Queda por analizar el contrato de relevo en el que se ha sustentado la relación laboral desde el 21 de abril de 2008 hasta el 17 de agosto de 2012, al que se refiere el quinto y último motivo del recurso que denuncia infracción del art. 12.7º ET , para sostener que dicho contrato también ha sido ajustado a derecho porque el puesto de trabajo desempeñado por el actor se corresponde con una cotización a la seguridad social que es superior al 65% de la cotización del trabajador jubilado parcialmente, y por lo tanto se trata de un puesto de trabajo equivalente que cubre adecuadamente la exigencia legal al respecto.

Debiendo también la sala tener en cuenta en este punto la cuestión planteada por el demandante en el escrito de impugnación al amparo de lo dispuesto en el art. 197.1º de la LRJS , de la que se dio traslado a la recurrente que no ha manifestado nada al respecto. Plantea el trabajador impugnante la infracción del art. 12.7º ET , para sostener que debe matizarse la aplicación e la doctrina jurisprudencial sobre la jubilación parcial cuando se trata de un caso de despido por fraude de ley en el contrato de relevo, ya que el puesto de trabajo del relevista y del relevado ha de ser el mismo o similar, mientras que en el caso de autos el actor prestaba servicios como oficial de 2ª y el jubilado parcial ostentaba en cambio la categoría profesional de encargado, estando encuadrados ambos puestos en grupos profesionales distintos y eran por lo tanto claramente diferenciados.

La resolución de todas estas cuestiones exige partir de lo que dispone el art. 12.7º del Estatuto de los Trabajadores sobre el contrato de relevo, cuando señala que: El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente. En los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo que vaya a desarrollar el relevista no pueda ser el mismo o uno similar que el del jubilado parcial, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en el art. 166.2.e) de la Ley General de la Seguridad Social .

Como bien destaca la sentencia de instancia, hemos de estar a la interpretación de este precepto legal que hace la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2012 , por remisión a las anteriores de 23-noviembre-2011 y 24-abril-2012.

En dichas sentencias se establece lo siguiente : 1º) "el requisito de identidad o similitud de los puestos de trabajo del jubilado parcial y del relevista, y la pertenencia al mismo grupo profesional y a la misma o equivalente categoría profesionales como criterio de definición de tales identidad o similitud, no es de exigencia ineludible, en cuanto que las propias normas legales han previsto excepciones " reglamentarias " a la misma; 2º) sí es, en cambio, de exigencia ineludible la correspondencia sustancial de las cotizaciones sociales, cifrada en el mínimo del 65 % de la cotización del relevista respecto de la del relevado; y 3º) la Ley 27/2011, no aplicable al caso por razones cronológicas, clarifica no obstante el panorama interpretativo, en cuanto que suprime la referencia al trabajo igual o similar, limitando la comparación de los puestos de trabajo del jubilado parcial y del relevista a la regla citada de correspondencia sustancial de cotizaciones sociales."



De lo que se desprende que el contrato de relevo debe considerarse ajustado a derecho cuando se produzca una correspondencia sustancial de las cotizaciones sociales, cifrada en el mínimo del 65% de la cotización del relevista respecto a la del relevado, tal y como así ha venido a establecerlo definitivamente el legislador tras la ley 27/2011, aún en el caso de que no haya una total identidad o similitud entre el puesto de trabajo de uno y otro.

Aplicando estos criterios al caso de autos aparece que el puesto de trabajo del relevado era el de encargado, englobado en el grupo profesional 3º del convenio colectivo de aplicación, mientras que el del trabajador relevista es el de oficial 2ª recambista, del grupo profesional primero, con lo que ciertamente no puede considerarse que se trate del desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Entra por lo tanto en juego la regla subsidiaria que contempla el mismo precepto legal, que permite en todo caso la validez del contrato de relevo cuando exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos en los términos previstos en el art. 166.2.e) de la Ley General de la Seguridad Social, que ya hemos dicho que se encuentra cifrada en el mínimo del 65% de la cotización del relevista respecto a la del relevado.

Y contra lo que se concluye en la sentencia de instancia, el cumplimiento de este último requisito ha quedado perfectamente acreditado en el caso de autos como ya hemos razonado al resolver el motivo tercero del recurso, en la medida en que los datos que han aportado las partes sobre la retribución del demandante demuestran que en el año 2008 la base máxima de cotización a la seguridad social era de 3.074 euros mensuales y la del actor superior a 2.000 euros; en el año 2009 la base máxima fue de 3.166 euros y la del actor superior a 2.600 euros; en 2011 la base máxima era de 3.230 euros y la del actor superior a los 3.000 euros y en 2012 la base máxima es de 3.262 euros y la del actor sigue siendo superior a 3.000 euros.

Como ya dijimos en el segundo de los fundamentos jurídicos, de los datos obrantes en el proceso se concluye claramente que las retribuciones del demandante han estado siempre muy por encima del 65% de la base máxima de cotización a la seguridad social, y por lo tanto, necesariamente, muy por encima del 65% de la cotización del trabajador relevado, con lo que la empresa acredita haber cumplido debidamente con este requisitos.

La sentencia de instancia ha entendido lo contrario porque la empresa no ha aportado a juicio el dato de la cotización del trabajador relevado, pero lo cierto es que obra en el procedimiento el dato de cotización del trabajador demandante y resulta ser manifiestamente superior al 65% de la base máxima de cotización vigente en cada anualidad, con lo que necesariamente ha de ser superior al 65% de relevado.

Y no es óbice para mantener esta conclusión el alegato que se expone por la actora en su escrito de impugnación, porque el art. 12.7º ET claramente admite de forma expresa la posibilidad de que el puesto de trabajo del relevista y del relevado no sean los mismos o similares, ni pertenezcan siquiera al mismo grupo profesional cuando dice que: "En los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo que vaya a desarrollar el relevista no pueda ser el mismo o uno similar que el del jubilado parcial, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en el art. 166.2.e) de la Ley General de la Seguridad Social", sustituyendo de esta forma aquel requisito por el de la correspondencia entre las bases de cotización.

Tal y como es perfectamente lógico en casos como el presente en los que el trabajador relevado ostenta la categoría profesional de encargado y no parece razonable que el trabajador relevista que acaba de ingresar en la empresa pase directamente a desempeñar ese mismo puesto de trabajo u otro similar de categoría tan elevada, bastando por ello que se mantenga aquella equivalencia del 65% en las correspondientes bases de cotización a la seguridad social.

Y contra lo que se sostiene en el escrito de impugnación, este mismo razonamiento ha de ser aplicable a los supuestos de jubilación parcial cuando se discute el derecho del trabajador relevado a la prestación de jubilación, como en los casos de despido en los que se cuestiona la validez del contrato de relevo, puesto que así se desprende de la literalidad del art. 12.7º del Estatuto de los Trabajadores y no hay justificación posible para una diferente interpretación de la norma en uno y otro caso.

QUINTO.- Hemos de resolver una última cuestión, cual es la relativa a los efectos jurídicos que ha de desplegar la concentración de la jornada de trabajo del relevado.

Sobre este particular ya hemos dicho que se trata de una cuestión que ha sido correctamente introducida en el litigio por demandante en el acto de juicio y en trámite de ampliación de demanda, sin causar indefensión a la empresa.



Y ya hemos dicho también que ha quedado probado que el contrato de relevo es de fecha 21 de abril de 2008 a 17 de agosto de 2012, y que el trabajador relevado prestó únicamente servicios de manera continuada durante los 9 meses siguientes a la firma de ese contrato, concentrando en ese periodo la realización del 15% de la jornada de trabajo reducida por todo el periodo del contrato de relevo.

Sin que la circunstancia de que el trabajador relevado pudiese haber percibido posteriormente retribuciones por los días 1 a 17 de agosto de 2012, venga a desvirtuar esa clara concentración de la jornada, porque se trata de un dato puramente anecdótico e irrelevante que no desmerece la evidente conclusión de que la empresa y el trabajador relevado se pusieron de acuerdo en concentrar en 9 meses la realización de la totalidad de la jornada reducida correspondiente a los más de cuatro años de duración del contrato de relevo.

Se trata de analizar si este hecho puede considerarse un fraude de ley que convierta en indefinida la relación laboral, como así lo ha entendido la sentencia de instancia acogiendo la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia que se citan en la misma.

Aún así, la sala no comparte el criterio de la resolución recurrida cuando considera que esa concentración de la jornada del trabajador relevado convierta en fraudulento el contrato de relevo formalizado con el relevista.

Conocemos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de junio de 2011 a la que se acoge la sentencia de instancia, cuyo criterio tampoco compartimos, con independencia de que en dicha sentencia se cuestiona incluso que la concentración de la jornada del relevado en los términos en que se hizo pudiese haberle permitido cumplimentar al final del contrato la totalidad de la jornada reducida pactada, a diferencia de lo que sucede en el caso de autos en el que no se discute esta circunstancia y no hay duda alguna que el trabajador relevado pudo realizar de manera concentrada la totalidad de la jornada reducida en qué consistía la jubilación parcial.

Por otra parte, en la sentencia de 2 de diciembre de 2009 (rec. 5345/2009) ha tenido ocasión esta sala de pronunciarse sobre los efectos jurídicos que pudieren desplegar sobre el contrato de relevo las posibles irregularidades o anomalías en el cumplimiento de la jornada de trabajo reducida por parte del trabajador jubilado parcialmente.

Razonamos en la misma que en la contratación se han seguido todos y cada uno de los requisitos legales (fundamentalmente el art.12 del E.T .) establecidos para ese tipo de contratos Así a) se ha cumplido con los porcentajes de la reducción de jornada para el jubilado parcial, entre el 25% y el 85% según el modificado apartado 6 del art. 12 citado.-b) Se ha concertado con el relevista una jornada completa, que también podría serlo a tiempo parcial y con coincidencia o no con el puesto del jubilado y simultánea o no y que sus tareas coincidan o no con las del jubilado.- c) La causa legal fue la jubilación parcial del trabajador solicitante. Se formalizó con la S.S., abonándose por la empresa la cotización correspondiente a uno y otro trabajador y finalizó el expediente al cumplimiento de la edad Pata el jubilado y del tiempo pactado y coincidente para el relevista. La sentencia anula la cláusula de temporalidad del contrato del relevista por presunto fraude basado en que el jubilado no fue a trabajar en jornada reducida.

Tras lo que concluye nuestra anterior sentencia que "Ese hecho, no negado, no deja de ser algo anómalo e infrecuente, pero que, si el empresario y el jubilado están de acuerdo, no es perseguible ni afecta ni perjudica al relevista, mientras la empresa siga cotizando por ambos. Se trata, pues, de una anomalía que no afecta a la temporalidad del contrato suscrito por la parte actora".

Y si en esa sentencia hemos dicho que no hay fraude de ley en el contrato de relevo por el hecho de que el trabajador relevista no acuda a trabajar para realizar la jornada reducida pactada, menos aún podrá haberlo cuando el relevista lo que hace es concentrar toda la jornada reducida en los nueve meses siguientes a la formalización del contrato de relevo.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2012 , admite incluso la posibilidad de que el trabajador relevado deje de prestar servicios en la empresa que ha concertado el contrato de relevo antes de haber completado la jornada reducida que estaba obligado a realizar y en función de la cual se ha formalizado el contrato de relevo vinculado a la misma.

Como en dicha sentencia se razona: "El contrato de relevo, pieza esencial e inseparable de la situación de jubilación parcial prevista en el artículo 166.2 LGSS , nace en nuestro derecho en la Ley 32/1984, de 2 de agosto, en un momento económico al que se refiere la exposición de motivos en términos que hoy nos resultan ciertamente próximos o conocidos, en relación con la situación de actual crisis económica. Dice ese preámbulo de la Ley que "... la intensidad del alcanzada por el paro juvenil aconseja perfeccionar las formas contractuales que permiten la integración progresiva de esos colectivos en el trabajo a través de los contratos en prácticas y para la formación, de los contratos a tiempo parcial y de la nueva figura del contrato de relevo ", afirmándose



después que "el contrato de relevo cumple también una finalidad de reparto de trabajo en cuanto al relevista y otra de mejora del bienestar social de trabajadores con edad próxima a la de jubilación".

Desde esa perspectiva finalista entonces y desde la general de compatibilidad entre la pensión y el contrato de trabajo residual a tiempo parcial de jubilado que previene el artículo 166.3 LGSS hay que interpretar los artículos 14 y 16 del RD para resolver el supuesto que hoy se nos presenta, en el que, como se ha visto, se cumplieron todas las previsiones iniciales para la concesión de la pensión de jubilación parcial del trabajador demandante, que accedió a ella con 62 años de edad, más de seis en la empresa y más de 30 años de cotización al Régimen General de la Seguridad Social, concertándose al propio tiempo por la empresa un contrato de relevo, también con todas las características exigidas por la norma, el artículo 12.6 ET, esto es, con un trabajador desempleado y con contrato a tiempo completo, no parcial, que cotizó en los términos legalmente previstos, por la totalidad de la jornada y en una categoría, grupo profesional y bases de cotización absolutamente equivalentes con las del trabajador relevado. Esa finalidad de creación de empleo que es la fundamental del contrato de relevo, se cumplió en el caso presente, como se ha visto. Una vez cumplidos los requisitos para la concesión de la pensión de jubilación parcial, después de percibirla con regularidad, sucede en este caso que el pensionista accede a otro trabajo a tiempo parcial, el 15% de la jornada al igual que en el anterior, con la particularidad que esa situación se produce el 31 de octubre de 2.008, cuando tenía más de 65 años de edad y cumplía los requisitos para acceder a la jubilación ordinaria. No obstante continuó percibiendo la parcial en el 85%, compatibilizándola con el 15% del trabajo parcial.

Pues bien, aunque el artículo 16 del Reglamento dice que la extinción del contrato a tiempo parcial de jubilado supone la extinción de la pensión, en este caso tal situación no se produjo, porque ese inicial contrato a tiempo parcial que motivó la suscripción del contrato de relevo fue sustituido por otro de la misma naturaleza, aunque en otra empresa, y no hay datos en las actuaciones de las que pueda desprenderse en absoluto que el relevista inicialmente vinculado a la jubilación parcial concedida al demandante haya cesado en la actividad, al margen de que con 65 años de edad y reuniendo, como sucede en este caso, los requisitos para acceder a la jubilación ordinaria, el artículo 166.1 LGSS no exige esa vinculación con el contrato de relevo pues permite la jubilación parcial sin ese soporte, sin ese instrumento.

A lo anterior se añade que en el artículo 14.1 a) del RD se declara la compatibilidad del percibo de la pensión de jubilación con los trabajos a tiempo parcial concertados con posterioridad a la situación de jubilación parcial, cuando se haya cesado en los trabajos que se venían desempeñando con anterioridad en otras empresas, siempre que no se aumente la duración de la jornada realizada hasta entonces, precepto que a la luz de los anteriores argumentos permite concluir que el segundo contrato a tiempo parcial del jubilado que sustituyó al que venía desempeñando con anterioridad en otra empresa cumple con el requisito de compatibilidad exigido.

Por otra parte y para terminar los argumentos, esa cierta desvinculación posterior entre el contrato de relevo y el contrato a tiempo parcial de jubilado que puede devenir en la dinámica del percibo de la pensión de jubilación, puede suponer en algunas ocasiones y en la práctica un difícil equilibrio, que desde otra perspectiva distinta, pero de útil recuerdo en este momento, la del trabajador relevista y su pase a otra empresa, ha sido abordado por la doctrina unificada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencias como la de 25.1.2010 (recurso 1245/2009) 20.5. 2010 (recurso 3797/2009) y 9.2. 2011 (recurso 1148/2010). En ellas se afirma que el hecho de que el trabajador relevista haya dejado de prestar servicios para la "empresa originaria" pero por subrogación legal "ha consolidado su empleo en la nueva empresa" no cabe entender que exista un incumplimiento del compromiso de relevo y, por tanto, no hay que indemnizar al INSS con el importe de la pensión de jubilación parcial. "

El criterio que claramente se desprende de todas estas sentencias del Tribunal Supremo, es el de aceptar una cierta desvinculación entre el contrato de relevo y la jubilación parcial del trabajador relevado, de modo que no puede entenderse en cualquier caso que el contrato de relevo se haya concertado en fraude de ley por el hecho de que el jubilado parcialmente no haya realizado ni siquiera la totalidad de la jornada de trabajo reducida en la empresa que firmó el contrato de relevo.

Dicho de otra forma, no puede apreciarse fraude de ley en el contrato de relevo cuando cumple con su finalidad de creación de empleo que es la fundamental de dicha modalidad contractual, si la empresa ha respetado los requisitos exigibles a ese tipo de contratación, esto es, con un trabajador desempleado y con contrato a tiempo completo, no parcial, que cotizó en los términos legalmente previstos, por la totalidad de la jornada y en una categoría, grupo profesional y bases de cotización absolutamente equivalentes con las del trabajador relevado.

El Tribunal Supremo aplica ese criterio en el caso de un trabajador relevado que, antes de completar la totalidad de la jornada reducida, dejó de prestar servicios en la empresa que había formalizado el contrato de relevo, por lo que con más razón ha de aplicarse en un supuesto como el de autos en el que el trabajador relevado realizó en la empresa la totalidad de la jornada reducida derivada de la jubilación parcial y correspondiente al



contrato de relevo, por más que lo hiciere de manera concentrada en los primeros nueve meses de vigencia del contrato de relevo.

Deberemos por ello estimar en su integridad el recurso de la empresa y revocar la sentencia de instancia con desestimación de la demanda.

Conforme establece el art. 203 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y habiéndose estimado íntegramente el recurso, devuélvanse las consignaciones y el depósito constituidos para recurrir una vez firme esta resolución.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por TERMINAL DE CONTENIDORS DE BARCELONA, S.L. contra la sentencia de fecha 1 de febrero de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social 2 de los de Barcelona, en el procedimiento número 912/2012, seguido en virtud de demanda de despido formulada por Carlos Ramón contra la recurrente, debemos revocar y revocamos íntegramente la misma y desestimando la demanda, absolvemos a la demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra. Reintégrese los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.