

Roj: STS 7636/2010
Id Cendoj: 28079140012010100901
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 720/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

JUBILACION PARCIAL. Disp. Ad. 2ª RD 1131/2002. Responsabilidad de la empresa por exceder el plazo de quince días para contratar al relevista: alcance de la obligación empresarial. Descuento de los quince días en la obligación de la empresa: FALTA DE CONTRADICCIÓN.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada Sra. Merino Gutiérrez en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada el 14 de enero de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 4765/09 , interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de junio de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de los de Madrid , en autos núm. 1587/08, seguidos a instancias de TURISMOS Y VEHICULOS INDUSTRIALES S.A. contra EL INSS y D. Esteban sobre reclamación por jubilación.

Ha comparecido en concepto de recurrido TURISMOS Y VEHICULOS INDUSTRIALES S.A. representado por el letrado Sr. Martínez García.

Es Ponente la Excm. Sra. Dª. Maria Lourdes Arastey Sahun,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17-06-2009 el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º** .-D. Esteban con DNI nº NUM000 y nacido el día 29-04-1945 siendo trabajador de la empresa TURISMOS Y VEHICULOS INDUSTRIALES SA. con categoría de comercial (vendedor de coches), solicitó el 10-07-2006 ante el INSS jubilación parcial. Junto a la solicitud acompañó: su contrato de duración determinada desde el 10-07-2006 a 29-04-2010 a tiempo parcial y el contrato de conversión del temporal a definitivo del trabajador D. Higinio suscrito al 10-07-2006. (Folios nº 30 a 55 y 107 a 113 de autos). **2º**.- La Dirección Provincial del INSS emitió resolución con fecha de registro de salida 21-07-2006 estimatoria de la solicitud de jubilación parcial, conforme a los siguientes datos: - base reguladora: 1476,16 -Porcentaje: 85%. -Efectos: 10-07-2006. (Folios nº 56 a 58 de autos). **3º**.- El 25-06-2008 la Dirección Provincial del INSS dicta resolución por la que acuerda iniciar expediente de responsabilidad a la empresa TURISMOS Y VEHICULOS INDUSTRIALES S.A. por incumplimiento de lo establecido en la D.A. 2ª R.D. 1131/2002 , por el que se regula la seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial y *artículo 166 LGSS* alegando "que le fue reconocida pensión de jubilación parcial... al trabajador de esa empresa D. Esteban con DNI nº NUM000 que redujo su jornada de trabajo en un 85%, cuya situación se encontraba vinculada a un contrato de relevo. Que en el periodo comprendido entre el 30-05-2007 y el 31-05-2008 no se realizó la contratación de trabajador relevista... Que la cuantía mensual de la pensión de D. Esteban ascendió en el año 2007 a 1306,18 euros y en el año 2008 a 1332,30 euros. Que durante el periodo de 30-05-2007 y 31-05-2008, la cantidad abonada a D. Esteban se elevó a un total de 15.915,39 euros, cantidad que esa empresa viene obligada a abonar a esta entidad gestora,...dipone...de un plazo de 15 días para efectuar alegaciones...".

(Folios nº 79 y 125 de autos). **4º.-** La Dirección Provincial del INSS dicta resolución con fecha de Registro de salida 01-10-2008, figurando como hechos: "Que en el periodo comprendido entre 30-05-2007 y 15-07-2007 no se realizó la contratación de trabajador relevista conforme a la normativa vigente y que las alegaciones efectuadas en escrito de 14-07-08 frente al acuerdo de inicio de expediente de declaración de responsabilidad han sido estimadas en parte, resolviendo: "Declarar a la empresa responsable del pago de la prestación de jubilación parcial que esta entidad gestora ha abonado a D. Esteban , en el periodo de devengo 30-05- 2007 a 15-07-2007 por un importe que asciende a 2198,03 euros". (Folios nº 80, 81, 126, y 127 de autos). **5º.-** Mediante escrito presentado en fecha 22-10-2008 la empresa interpone reclamación previa alegando que "el 20-05-2007 presentamos una oferta de empleo de comercial de vehículos en el servicio regional de empleo de la CAM donde en el tipo de contrato se especificaba que era un contrato de relevo, el cual fue formalizado el 16-07 con la incorporación de D. Saturnino , persona que se encontraba en la situación de desempleo hasta ese momento. Entendemos que el tiempo transcurrido entre la baja del anterior relevista y el tiempo necesario para la incorporación de otro relevista no es achacable a nuestra gestión ya que antes de finalizar el anterior relevista ya hemos solicitado al Servicio Público de Empleo la incorporación de una persona en situación de desempleo...." (Folios nº 76 y 128 de autos). **6º.-** La Dirección Provincial del INSS mediante resolución de fecha 10-11-2008 frente al escrito de reclamación previa acuerda "Desestimarla confirmando en todos sus términos la resolución recurrida por ser ésta ajustada a derecho. Resultando una deuda de 2198,03 euros correspondiente al periodo de 30-05-2007 a 15-07-2007... De no estar conforme.... podrá interponer demanda... Interpuesta la misma le informamos que por la representación del INSS se formulará demanda reconvenzional en reclamación de las cantidades indebidamente percibidas...". Resolución que consta notificada a la empresa demandante el 19-11-08. (Folios nº 73, 74, y 130 de autos). **7º.-** El trabajador D. Higinio mediante carta de 29-05-07 fue objeto de despido disciplinario "por disminución del rendimiento ya que en el último año no ha alcanzado los objetivos de ventas de vehículos que se le han fijado, siendo logrado esos objetivos por el resto de sus compañeros". Carta en la que la empresa reconoce la improcedencia y pone a disposición del trabajador la indemnización legalmente establecida de 45 días de salario por año de servicio, que asciende a... Trabajador cuya finalización de las vacaciones fue el 14-06-2007. (Folios nº 114 a 119 de autos). **8º.-** La empresa el 20-05-2007 presenta la oferta de empleo indicando en la descripción del puesto de trabajo "Comercial Vehículos" Contrato de relevo, jornada completa, salario: 12.600 más variable y como perfil de los candidatos: experiencia 5 años; permiso de conducir, B1, conocimientos informáticos básicos. **9º.-** TURISMOS Y VEHICULOS SA se dedicada a la actividad de compra-venta suscribió el 16-07-2007 contrato de trabajo a tiempo completo de duración indefinida con D. Saturnino , para prestar servicios con la categoría de vendedor. Trabajador que se encontraba en situación de demandante de empleo desde 10-04-2007. (folios nº 86, 122, a 124 y 126 de autos). **10º.-** La empresa al ser resolución ejecutiva, abonó a la entidad gestora el día 9-12-2008 el importe reclamado de 2198,03 euros. (Folios nº 131, 132 y 138 de autos)."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por la empresa TURISMOS Y VEHICULOS INDUSTRIALES S.A. frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y frente al trabajador D. Esteban , declaro que la empresa no ha infringido la normativa sobre jubilación parcial en relación con la instada por el trabajador, y que la misma no resulta responsable del pago reclamado de 2198,03 euros por el concepto de pensión de jubilación parcial del citado en el periodo de 30-05-2007 a 15-07-2007, y por tanto, condeno a INSS y TGSS a estar y pasar por la presente declaración."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 14-01-2010 , en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra del sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid de fecha 17 de junio de 2009 , en virtud de demanda formulada por Turismo y Vehículos Industriales S.A. frente a los recurrentes y frente a D. Esteban , en reclamación sobre jubilación, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia y, en consecuencia, estimando parcialmente la demanda, debemos confirmar la resolución administrativa, reduciendo el importe del reintegro ya abonado en el correspondiente a quince días."

TERCERO.- Por la representación del INSS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 17-03-2010, en el que se alega infracción del *apartado 4 Disposición Adicional 2ª del RD 1131/2002 de 31 de octubre* , en relación con el *art. 12.6 E.T* . Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. Castilla la Mancha sede en Albacete, de junio de 2008, (R-1159/07).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 8-07-2010 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte

recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9-12-2010, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El INSS se alza en casación para la unificación de doctrina frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de noviembre de 2009 (rec. 356/2009). En ella se estimó en parte el recurso de suplicación de dicha Entidad Gestora fijando la responsabilidad de la empresa en el abono del importe de la pensión de jubilación parcial de uno de sus trabajadores durante el periodo en que no se procedió a la contratación de un trabajador relevista a excepción del importe correspondiente a los primeros quince días del mismo.

El Juzgado de lo Social nº 10 de los de Madrid había estimado íntegramente la demanda de la empresa que impugnaba la resolución administrativa en la que había declarado la responsabilidad de la empresa en el pago de la pensión de jubilación por el periodo de devengo de 30 de mayo a 15 de julio de 2007, al haber cesado el relevista el 29 de mayo y ser contratado un nuevo trabajador el 16 de julio.

La sentencia de suplicación recoge la doctrina sentada por nuestras sentencias de 8 de julio (rcud. 3147/2008) y 9 de julio de 2009 (rcud. 3032/2008) e, interpretando la misma, concluye que, al no haberse contratado al trabajador relevista en el plazo de quince días que la Disp. Ad. 2ª del *Real Decreto 1131/2002* establece, procede imponer a la empresa la responsabilidad en el pago de la prestación, si bien considera que dentro del periodo del que ha de responder la empresa no puede dar lugar a obligación alguna el correspondiente a los quince días en que pudo haber efectuado la contratación.

Es sobre este último punto sobre el que se suscita ahora la petición de unificación, aportando el INSS como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 16 de junio de 2008 (rec. 1159/2007). Se trataba allí del supuesto de un trabajador que se jubiló parcialmente, contratándose a un trabajador relevista, que poco después cesó voluntariamente, sin que se contratara a otro durante el periodo comprendido entre el 18 de Mayo y el 14 de Agosto de 2006. El INSS declaró a la empresa responsable de la pensión de jubilación parcial durante el tiempo en el que no había existido trabajador relevista y, en este caso, la Sala de Castilla-La Mancha confirmó la decisión del INSS.

SEGUNDO.- Hemos venido sosteniendo que la contradicción " *requiere no sólo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales* " (por todas, STS de 10 de febrero de 2010 -rcud. 194/2009 -).

No cabe apreciar la contradicción necesaria entre las sentencias comparadas y ello porque, aunque los hechos son análogos, el debate jurídico suscitado en uno y otro caso gira en torno a cuestiones distintas de interpretación y aplicación de la norma.

Se trata, eso sí, de la Disp. Ad. 2ª del RD 1131/2002, que señala: "1 . *Si durante la vigencia del contrato de relevo, antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.*

2. Si el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada y no se procediera a su readmisión, la empresa deberá ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada por éste dicha ampliación, deberá contratar a otro trabajador en quien concurren las circunstancias a que se refiere el apartado anterior.

En el supuesto de que la jornada de trabajo del relevista fuera superior a la jornada dejada vacante, la ampliación a la que se refiere el párrafo anterior tendrá como límite la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada ordinaria máxima legal.

3. Las nuevas contrataciones deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata

de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo.

En ambos casos, los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese o, en su caso, la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido.

La jornada pactada en los nuevos contratos será, como mínimo, igual a la que realizaba, en el momento de producirse la extinción, el trabajador cuyo contrato se ha extinguido.

4. En el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la Entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada".

La norma transcrita ha sido objeto de varios pronunciamientos de esta Sala IV para afirmar:

1.- Que la previsión en ella contenida no tiene naturaleza sancionadora. Si bien en las STS de 29 de mayo -rcud. 1900/2007 -, 23 de junio -rcud. 2335/2007 - y 16 de septiembre de 2008 -rcud. 3719/2007 -se había atribuido tal naturaleza, a partir de la STS de 8 de julio de 2009 -rcud. 3147/2008 - hemos venido reiterando que la citada disposición constituye " un precepto regulador de la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento por parte del empleador de su obligación de mantener a un relevista durante todo el tiempo que media entre la jubilación parcial de uno de sus trabajadores y la jubilación ordinaria, o la anticipada, de éste ".

La conclusión que se derivaba de la negación del carácter punitivo es que la Disp. Ad. 2ª del RD 1131/2002 no había incurrido en exceso reglamentario, ni en vulneración de los principio de legalidad y tipicidad (STS de 9 de febrero de 2010- rcud. 2334/2009 -, reiterada en las STS de 13 de marzo - rcud. 2244/2009 -, 13 de abril -rcud. 2590/2009 -, 6 de julio -rcud. 3421/2009 - y 8 de julio de 2010 - rcud. 3442/2009 -).

2.- Que el plazo de quince días del apartado 3 de la Disp. Ad. 2ª RD 1131/2002 es imperativo y apunta a una obligación de resultado, por lo que la empresa no queda exonerada con el mero hecho de haber gestionado la contratación de trabajadores a través de la Oficina de Empleo (STS de 9 de febrero de 2010 -rcud. 2334/2009 - y 13 de marzo de 2010 -rcud. 2244/2009 -, antes citadas).

Respecto de esta cuestión de la falta de contratación en el plazo establecido de quince días, esta Sala ha entendido que la responsabilidad empresarial habría de atemperarse al periodo en que efectivamente no se hubiera producido la cobertura del puesto de trabajo, de suerte que no sería posible atribuir a la empresa el importe de toda la prestación si, pese a no cumplir con el plazo, acaba por contratar a un trabajador relevista. En este ultimo caso, la obligación de reintegro se ajustara al periodo en que se mantuvo la jubilación parcial sin contrato de relevo paralelo.

Sin embargo ni en esa doctrina ni en la que expresa la sentencia de contraste, que la acoge, se resuelve la cuestión del eventual descuento de los quince días, como sí hace la sentencia recurrida. En nuestra sentencia de 8 de julio de 2009 (rcud. 3147/2008) la cuestión de la distinción entre el incumplimiento total y el parcial se refiere exclusivamente a la inexistencia de contratación frente a la concurrencia de una contratación tardía y ello porque el apartado 4 de la Disposición estudiada nos llevaba a efectuar una matización, decantándonos por aplicar una regla de proporcionalidad en los supuestos en el incumplimiento no fuera absoluto. Lo que ahora resuelve la sentencia recurrida va más allá al introducir como elemento de análisis la consideración del plazo de quince días como una suerte de *vacatio* en la exigencia de la obligación empresarial.

Nada de esto aparece en la controversia resuelta por la sentencia de contraste y, siendo este el único punto sobre el que versaría la unificación pretendida, ha de declararse la inexistencia de contradicción.

El recurso debió ser inadmitido por ello; sin embargo, en este momento procesal la causa de inadmisión se torna causa de desestimación del mismo. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que, desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada el 14 de enero de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 4765/09 , iniciado en el Juzgado de lo Social nº 10 de los de Madrid, en autos núm. 1587/08, a instancias de TURISMOS Y VEHICULOS INDUSTRIALES S.A. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional 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. Maria Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.