

Roj: STS 7635/2010
Id Cendoj: 28079140012010100900
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1011/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JUAN FRANCISCO GARCIA SANCHEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x SEGURIDAD SOCIAL x
- x PRESTACIONES (SEGURIDAD SOCIAL) x
- x JUBILACIÓN x
- x JUBILACIÓN DEL TRABAJADOR x
- x JUBILACIÓN PARCIAL x
- x CONTRATO DE RELEVO x
- x RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL x

Resumen:

Jubilación parcial y contarto de relevo. Responsabilidad empresarial.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete 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 el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL defendido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, contra la Sentencia dictada el día 28 de Diciembre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Recurso de suplicación 3457/09 , que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 17 de Marzo de 2009 pronunció el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid en el Proceso 27/09 , que se siguió sobre impugnación de resolución administrativa, a instancia de REPSOL BUTANO, S.A. contra el mencionado recurrente y otras.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido REPSOL BUTANO, S.A. defendido por la Letrada Sra. Segura Núñez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Francisco Garcia Sanchez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 28 de Diciembre de 2009 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, en los autos nº 3457/09, seguidos a instancia de REPSOL BUTANO, S.A. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre impugnación de resolución administrativa. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es del tenor literal siguiente: " Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa REPSOL BUTANO S.A., asistida por la Letrada Dña. Isabel Segura Núñez, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de los de MADRID, de fecha diecisiete de marzo de dos mil nueve , en autos nº 27/09, en virtud de demanda formulada por la empresa Repsol Butano S.A., contra el INSS, la TGSS, Dña. Daniela y Dña. Penélope , en materia de Jubilación Parcial-Responsabilidad Empresarial de abono de la prestación, y, en consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y estimando la demanda, revocamos las resoluciones administrativas impugnadas dejando sin efecto la declaración de existencia de responsabilidad

empresarial de Repsol Butano S.A. que es objeto de litigio, condenando al INSS y a la TGSS a estar y pasar por ello. Sin hacer declaración de condena en costas. Dése a los depósitos constituidos el destino legal."

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 17 de Marzo de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, contenía los siguientes hechos probados: "**1º.-** A Dña. Daniela, trabajadora al servicio del empresario demandante REPSOL BUTANO SA, le fue reconocida una jubilación parcial vinculada a un contrato de relevo con efectos del 01-05-04. La jornada se redujo en un 85% y la cuantía de la prestación ascendió a 2.143,94 euros mensuales en 2007 y 2.186,82 en 2008. ...**2º.-** Repsol Butano suscribió para sustituirla contrato de trabajo con Dña. Penélope el 1-5-04 y hasta el 30-03-09 contrato a tiempo parcial del 85% de la jornada. ...**3º.-** La Sra. Penélope solicitó y obtuvo excedencia voluntaria desde el 01-05-06 al 04-08. ...**4º.-** Para sustituir a la Sra. Penélope, REPSOL BUTANO, SA suscribió el 03-05-06 con Estefanía, contrato de interinidad por esta causa. La Sra. Estefanía causó baja voluntaria en Repsol el 23-10-07, sin que desde esa fecha hasta la reincorporación de la Sra. Victoria el 06-05-08 se contratara a otra persona en sustitución. ...**5º.-** El 08-10-08 el INSS dictó resolución declarando la responsabilidad empresarial en el abono de la prestación de jubilación de la Sra. Daniela correspondiente al periodo de 23-10-07 a 05-05-08 y reclamando la devolución de 16.554,44 euros. ...**6º.-** Frente a dicha resolución se formula reclamación previa que se desestima por resolución de 19-12-08 si bien se limita por error la cantidad a devolver a la suma de 16.189,97 euros."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Desestimo la demanda formulada por la mercantil REPSOL BUTANO SA., y confirmo en su integridad las resoluciones dictadas por el INSS sobre las que versa este procedimiento, absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra."

TERCERO.- La Letrada de la Administración de la Seguridad Social, mediante escrito de 26 de Marzo de 2010, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: **PRIMERO.-** Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 8 de Julio de 2009. **SEGUNDO.-** Se alega la infracción de lo dispuesto en la *Disposición Adicional Segunda, apartado 4, del Real Decreto 1131/2002 de 31 de Octubre*, en relación con los arts. *12.6 del Estatuto de los Trabajadores (ET)*, *166 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)* y *25.1 de la Constitución española*.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 30 de Abril de 2010 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 21 de Diciembre de 2010, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente recurso de casación para la unificación de doctrina -sustancialmente igual a otros que ya han sido resueltos por esta Sala- tiene por objeto la interpretación que proceda otorgar al apartado 1, en relación con el 3 y el 4, de la *Disposición Adicional (DA) Segunda del Real Decreto (RD) 1131/2002 de 31 de Octubre*, que establecen: " 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" .

"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..."

"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".

El relato de hechos probados de la resolución de instancia, plenamente acogido por la recurrida, ha quedado literalmente reflejado en el lugar correspondiente de la presente, y a él nos remitimos.

Simplemente interesa destacar aquí que a una trabajadora al servicio de "Repsol Butano, S.A." se le reconoció una jubilación parcial vinculada a un contrato de relevo, suscribiendo seguidamente la citada empresa dicho contrato de relevo para sustituir a la antes aludida desde la fecha de su jubilación parcial hasta el 30 de Marzo de 2009. Esta relevista solicitó y obtuvo desde el 1 de Junio de 2006 hasta el final del mes de Abril de 2008 excedencia voluntaria "con reserva del puesto de trabajo" (esto último añadido a la resultancia fáctica en sede de suplicación). El 3 de Mayo de 2006 la mencionada empleadora suscribió un contrato de interinidad por esta causa con una segunda relevista; pero esta última causó baja voluntaria en la empresa el 23 de Diciembre de 2007, sin que desde esa fecha hasta la reincorporación de la primera relevista tras el periodo de excedencia (6 de Mayo de 2008) se contratara a ninguna otra persona para sustituir a la excedente.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) dictó resolución el 8 de Octubre de 2008 declarando la responsabilidad empresarial en el abono de la prestación de jubilación parcial correspondiente al periodo comprendido entre el 23 de Octubre de 2007 y el 5 de Mayo de 2008, durante el que no se había contratado a ningún relevista. Contra esta resolución formuló "Repsol Butano, S.A." demanda, que fue desestimada por el Juzgado; pero la decisión de éste se revocó en grado de suplicación por la Sentencia dictada el día 28 de Diciembre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, contra cuya Sentencia recurre ahora el INSS en casación unificadora. Consta el recurso de un único motivo, encauzado -aun cuando el precepto no se cite- por la vía del *art. 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), denunciando como infringida la ya citada DA Segunda*, apartado 4, del RD 1131/2002 de 31 de Octubre, en relación con los *arts. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores (ET)*, 166 de la *Ley General de la Seguridad Social (LGSS)* y 25.1 de la Constitución española.

SEGUNDO .- Aporta el recurrente para el contraste nuestra Sentencia de 8 de Julio de 2009 (rec. 3147/08), que enjuició el supuesto de un trabajador al servicio de "Bilbao Bizkaia Kutxa" (BBK) que se jubiló parcialmente el 1 de Julio de 2003 en el porcentaje del 85 %, y dicha empresa suscribió un contrato de relevo, desde esa misma fecha, con una determinada trabajadora. Ésta solicitó excedencia voluntaria a iniciar el 1 de Junio de 2005 para realizar estudios universitarios durante dos años, concediéndosele dicha excedencia, y cursando BBK su baja en la Seguridad Social con fecha 31 de Agosto de 2005, sin que conste la contratación de ningún otro trabajador relevista hasta el 22 de Junio de 2007; el contrato de esta segunda relevista expiró el 11 de Septiembre de 2007 como consecuencia de haberse incorporado, tras su excedencia, la primeramente aludida. La Entidad Gestora declaró la responsabilidad de BBK por los importes abonados al jubilado parcial en el periodo comprendido entre el 1 de Septiembre de 2005 y el 21 de Junio de 2007. Contra esta resolución interpuso demanda dicha empresa, siéndole desestimada, tanto en la instancia como en sede de suplicación, con base en entender que desde "el cese" de la primera relevista, operado el 31 de Agosto de 2005, hasta la incorporación de la segunda, que tuvo lugar el 22 de Junio de 2007, habían transcurrido más de los 15 días que confiere el apartado 3 (párrafo segundo) de la DA Segunda del RD 1131/2002, por lo que a la empresa alcanzaba la responsabilidad que, para estos casos, establece el apartado 4 de la citada DA. En este caso, nuestra reseñada Sentencia referencial desestimó el recurso de casación unificadora que había interpuesto BBK.

A la vista de lo hasta aquí relatado, está claro que -en contra de la opinión del recurrido Repsol Butano, S.A. y de acuerdo con la sustentada por el Ministerio Fiscal- entre ambas resoluciones en presencia concurre el requisito de la contradicción requerido por el *art. 217 de la LPL, porque en dos supuestos de hecho sustancialmente iguales, siéndolo asimismo lo postulado y la causa de pedir -y de resolver- en cada caso, ello no obstante, en cada uno de los supuestos recayeron decisiones de signo divergente. Y como, además, el escrito a cuyo través se ha interpuesto el recurso se adecuaba las exigencias del art. 222 del invocado Texto procesal, se está en el caso de entrar en el estudio y decisión del fondo de dicho recurso, anticipando, ya desde ahora, que el mismo debe ser estimado, porque la doctrina correcta es la que se contiene en la resolución referencial: nuestra citada Sentencia de 8-VII-2009 (rec. 3147/08).*

TERCERO .- Se apoya la resolución combatida, en esencia y resumen, en que, siendo -desde su punto de vista- una norma sancionadora la que aquí está siendo objeto de interpretación, ha de aplicarse de manera muy estricta, por lo que en la expresión "cese del trabajador" no puede comprenderse la interrupción de la prestación de servicios por parte de éste durante el periodo de su excedencia, y menos aún cuando -como en el presente caso acontece- esta excedencia se concedió con reserva del puesto de trabajo, sino que el mencionado "cese" ha de quedar circunscrito al hecho de la finalización o extinción del contrato del trabajador relevista.

Sin embargo, ninguna de ambas premisas podemos compartirlas. En primer lugar, si bien, en un primer momento, las Sentencias de esta Sala de 23 de Junio de 2008 (rec. 2335/07) y 16 de Septiembre de 2008 (rec. 3719/07) atribuyeron naturaleza sancionadora y antifraude a la norma de referencia, dicho

criterio fue posteriormente rectificado, y así, ya la propia Sentencia 8-VII-2009 (rec. 3147/08) -elegida para el contraste- señala (FJ 5º) que la repetida norma reglamentaria *"constituye asimismo 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"*. Y, posteriormente, la Sentencia de 9 de Febrero de 2010 (rec. 2334/09) afirma al respecto (FJ 2º.2), partiendo de la naturaleza de regulador de la responsabilidad civil que en la anteriormente citada atribuíamos a la DA que nos ocupa, sienta la siguiente conclusión: *"Y en la presente ocasión vamos más lejos, afirmando ya con toda rotundidad que la norma de que tratamos no tiene finalidad punitiva"* .

Sobre la correcta interpretación "in genere" de la tan repetida DA, decíamos en el último párrafo del tercer fundamento de la ya citada Sentencia de contraste - STS 8-VII-2009 (rec. 3147/08)- que *" la DA Segunda del RD 1131/2002 establece la necesidad de mantener el contrato de relevo durante todo el tiempo por el que se prolongue la jubilación parcial del menor de 65 años, estableciendo (apartado 1) que, si cesa el relevista, éste deberá ser sustituido por otro; sustitución ésta que deberá llevarse a cabo en un plazo máximo de 15 días siguientes al cese (apartado 3), y que si se incumplen estas obligaciones, el empresario deberá abonar a la Entidad Gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial (apartado 4)"* .

Finalmente y por lo que se refiere al alcance de la expresión "cese del trabajador", hemos de remitirnos al fundamento cuarto de nuestra tantas veces invocada Sentencia referencial. En él se razona en los siguientes términos:

<<Procede, a continuación, referirnos ya al alcance que debe atribuirse a la expresión "se produjera el cese del trabajador relevista", empleada por el apartado 1 de la tan citada DA Segunda del RD 1131/2002, comenzando por su interpretación literal, primero de los medios hermenéuticos a los que remite el art. 3.2 del Código Civil . Y a este respecto, acudiendo -tal como acertadamente señala el Ministerio Fiscal- al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se comprueba que éste atribuye a la palabra "cesar" dos acepciones cuando se refiere a personas, a saber: "dejar de desempeñar algún empleo o cargo", y "dejar de hacer lo que se está haciendo", de ninguna de cuyas acepciones puede colegirse que el cese al que se refiere el RD de referencia signifique o lleve aparejada la idea de la terminación o extinción del contrato de relevo, pues al no hacer ninguna distinción ni puntualización la norma, habrá de considerarse constitutivo de cese cualquier hecho que suponga dejar de hacer el relevista aquéllo que estaba haciendo, tanto si es de manera definitiva como si es de forma simplemente temporal, con tal de que esta situación de cesación en su cometido se prolongue por más de los 15 días que el apartado 3 establece>>.

La misma doctrina ha sido seguida por otras Sentencias posteriores (por todas, SSTS 25/01/2010 -rec. 1245/09 - y 18/05/2010 -rec. 2165/09), y también habremos de seguirla ahora, pues ninguna alteración de las circunstancias se ha producido después que pudiera justificar la alteración de este criterio.

De todo lo hasta aquí razonado se desprende con claridad que la resolución combatida se apartó de la doctrina correcta. Ello comporta el deber de estimar el presente recurso (tal como asimismo dictaminó el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe), para casar la aludida resolución y, al propio tiempo, resolver conforme a la ortodoxia doctrinal el debate planteado en suplicación (*art. 226.2 de la LPL*). Procede, pues, desestimar el recurso de esta última clase, con imposición de sus costas a la empresa recurrente (*art. 233.1*), y confirmar la decisión del Juzgado. Sin hacer pronunciamiento condenatorio alguno en cuanto a las costas del de casación.

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 el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la Sentencia dictada el día 28 de Diciembre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Recurso de suplicación 3457/09 , que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 17 de Marzo de 2009 pronunció el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid en el Proceso 27/09 , que se siguió sobre impugnación de resolución administrativa, a instancia de REPSOL BUTANO, S.A. contra el mencionado recurrente y otras. Casamos la Sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos, y resolvemos el debate planteado en suplicación en el sentido de desestimar el recurso de esta última clase, por lo que confirmamos la Sentencia del Juzgado, con imposición de costas al entonces recurrente. Sin costas en el recurso de casación

Devuélvase 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. Juan Francisco Garcia Sanchez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.