

Id Cendoj: 28079140012010100186
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2244/2009
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

CONTRATO DE RELEVO. LA OBLIGACIÓN DE REINTEGRAR A LA SEGURIDAD SOCIAL EL IMPORTE DE LA PENSIÓN DEL TRABAJADOR JUBILADO PARCIALMENTE NO SUPONE SANCIÓN, SINO UN ACTO DE GESTIÓN. Y EL PLAZO DE CONTRATACIÓN DEL TRABAJADOR RELEVISTA -QUINCE DÍAS- ES IMPERATIVO Y OBLIGA A LA EMPRESA A ACTUAR CON LA DILIGENCIA NECESARIA PARA CUMPLIRLO. SE REITERA DOCTRINA (STS. 09/02/2010 Rec. 2334/2009-), QUE RECTIFICA DOCTRINA PRECEDENTE DE LA SALA.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Marzo de dos mil diez.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 20 de abril de 2009, recaída en el recurso de suplicación nº 3809/08, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, dictada el 14 de abril de 2008, en los autos de juicio nº 168/2008, iniciados en virtud de demanda presentada por Laboratorios Alcalá Farma, S.L. contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, sobre Seguridad Social.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Rosa Maria Viroles Piñol, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de abril de 2008, el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimo parcialmente la demanda formulada por Laboratorios Alcalá Farma, S.L., revoco la resolución del INSS de 4-9-07 y la dejo sin efecto, condenando a la demandada a estar y pasar por todo ello y confirmo la dictada por la gestora el 6-11-07, absolviéndola de las pretensiones deducidas en su contra."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO.- A D. Luis Angel , trabajador al servicio del empresario demandante LABORATORIOS ALCALA FARMA, SL., le fue reconocida una jubilación parcial vinculada a un contrato de relevo con efectos del 1-5-04. La jornada se redujo en un 85% y la cuantía de la prestación ascendió a 1.243,49 euros en 2006; SEGUNDO.- Alcalá Farma suscribió para sustituir al Sr. Luis Angel , contrato de trabajo con D^a Juliana el 1-5-04, indefinido y a tiempo parcial del 85% de la jornada; TERCERO.- La Sra. Juliana solicitó y obtuvo licencia sin sueldo por motivos personales desde el 1-5- al 8-8-06. El 25-9-06 solicitó y obtuvo excedencia voluntaria, de la que actualmente disfruta y hasta el 24-9-08. En ambos periodos el empresario no contrató a ningún trabajador en sustitución de la Sra. Juliana ; CUARTO.- El 4-9-07 el INSS dictó resolución declarando la responsabilidad empresarial en el abono de la prestación de jubilación del Sr. Luis Angel , correspondiente al periodo de 1-5 al 28-9-06 y reclamando la devolución de 7.131,54 euros. El 6-11-07 se dicta otra resolución por el INSS declarando ahora la responsabilidad empresarial en el abono de la prestación de jubilación del Sr. Luis Angel desde la excedencia disfrutada y recabando el reintegro de lo abonado desde el 29-9-06 hasta el 31-5-07, por importe de 12.123,65 euros; QUINTO.- Frente a ambas resoluciones interpone el empresario reclamación previa que se desestima."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de LABORATORIOS ALCALA FARMA, SL. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 20 de abril de 2009 , en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. MANUEL VALENTIN-GAMAZO DE CARDENAS, en nombre y representación de LABORATORIOS ALCALA FARMA SL, contra la sentencia de fecha 14-2-08, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL nº 33 de MADRID en sus autos número 168/2008, seguidos a instancia de LABORATORIOS ALCALA FARMA SL frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL INSS, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL TGSS, en reclamación por jubilación parcial y contrato de relevo, y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia de instancia, estimamos la demanda formulada y revocando y dejando sin efecto en todos sus términos la Resolución dictada por la Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 6 de Noviembre de 2007, condenando al INSS y a la TGSS a estar y pasar por esta declaración y manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia. "

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y de la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito del Instituto Nacional de la Seguridad Social, fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de fecha 15 de noviembre de 2005 , en rec. suplicación nº 1684/05. Respecto al recurso de la Tesorería General de la Seguridad Social, esta Sala en fecha 8 de septiembre de 2009 , dictó Auto acordando poner fin al trámite de dicho recurso, al no haber interpuesto la TGSS el recurso preparado.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar PROCEDENTE el recurso.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 11 de marzo de 2010, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El presupuesto fáctico objeto de enjuiciamiento -conforme al relato de hechos declarados probados- es el que sigue: a) con efectos de 01/05/04 le fue reconocida Jubilación parcial a un trabajador de la empresa recurrida; b) para sustituirle, la empresa celebró con una trabajadora contrato de relevo el mismo día (01/05/04); c) la relevista solicitó y obtuvo licencia sin sueldo por motivos personales desde el 1 de mayo al 8 de agosto de 2006; d) el 25/09/06 solicitó y obtuvo excedencia voluntaria, de la que en la fecha a considerar disfrutaba y hasta el 24/09/2008; e) en ambos periodos el empresario no contrató a ningún trabajador en sustitución de la relevista; f) El INSS dictó una primera resolución reclamando a la empresa el abono de la prestación desde el 1 de mayo al 28 de septiembre de 2006, así como una segunda resolución reclamando las cuantías correspondientes al tiempo de excedencia, en concreto desde el 29 de septiembre de 2006 hasta el 31 de mayo de 2007.

2.- Impugnadas ambas resoluciones por la empresa, la sentencia de instancia ha entendido que la licencia sin sueldo no puede equipararse a cese, al contrario de lo que sucede con la excedencia voluntaria, por lo que la empresa sólo tenía obligación de contratar a un nuevo relevista durante el segundo periodo referido, por lo que estima parcialmente la demanda, anulando la primera de las resoluciones del INSS.

3.- Impugnada la sentencia de instancia por la empresa demandante, la sentencia recurrida -revocando la de instancia- anula la segunda resolución del INSS que declaró a la empresa responsable del pago de la prestación de jubilación parcial abonada a un trabajador durante los periodos de tiempo correspondientes a la excedencia voluntaria de la trabajadora relevista, al no sustituirla por otro trabajador en el plazo de los quince días siguientes al inicio de la excedencia. La Sala de suplicación fundamenta su decisión en que no resulta de aplicación una norma de naturaleza sancionadora como es la *Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre* , sosteniendo que carece de respaldo legal y vulnera los derechos de legalidad sancionadora (*art. 25.1 de la C.E .*), al no limitarse a desarrollar y precisar los tipos de infracciones previamente establecidas en la ley, sino que por el contrario, regula la materia sin sometimiento a directriz legal previa en cuanto a la tipificación de las conductas consideradas infractoras.

4.- El INSS recurre en casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción de la DA

Segunda -apartado 4- del RD 1131/2002 [31/Octubre], en relación con los arts. 12.6 ET, 166 LGSS y 25.1 CE. Y señala como sentencia de contraste la STJ País Vasco 15/11/05 [rec. 1684/05].

5.- Dicha sentencia de contraste, desestima la demanda de la empresa, en la que se solicita se deje sin efecto la reclamación de la Entidad Gestora de la cantidad abonada a un trabajador en concepto de jubilación parcial, por no haber cumplido en el plazo la obligación de contratar un relevista, respecto a un periodo durante el cual aquel no prestó trabajo por haberse producido una "baja no voluntaria"/cese por inasistencia al trabajo. El recurso se basa en la *Disposición Adicional segunda del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre*, que previene que en el caso de cese del trabajador relevista, el empresario debe sustituirlo en plazo no superior a quince días laborales, y que si no cumple esa obligación, deberá abonar a la Seguridad Social el importe de la prestación de jubilación parcial devengada desde aquel momento hasta que el pensionista acceda a la jubilación ordinaria o anticipada. La Sala de suplicación aplica la norma reglamentaria, precisando que la misma no faculta al INSS para ejercitar potestad sancionadora alguna, lo que conllevaría su nulidad por vulnerarse en tal caso los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones administrativas, recogidos expresamente en el *artículo 25.1 de la C.E.*, sino para realizar un acto de gestión en materia de Seguridad Social, en ejercicio de los derechos que le corresponden, como consecuencia del incumplimiento por el empresario de las condiciones establecidas en el *artículo 12.6 del ET* para que sus consiguientes beneficios para ambas partes de la relación y quebranto económico para la Entidad Gestora de la prestación.

6.- Se cumple adecuadamente la exigencia que impone el *art. 217 LPL* -como requisito de viabilidad para el RCU- -de que exista contradicción entre la resolución que se impugna y otra decisión judicial, lo que ha de verificarse por el contraste entre la parte dispositiva de sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 13/10/09 -rcud 1219/08-; 13/10/09 -rcud 3568/08-; 13/10/09 -rcud 4174/08-; 15/10/09 -rcud 2553/08-; y 09/11/09 -rcud 3747/08 -). Y se cumple la exigencia, porque -a diferencia de la sentencia recurrida- la decisión de contraste considera que el *precepto de cuya interpretación tratamos -DA Segunda RD 1131/2002* - no comporta el ejercicio de facultad sancionadora alguna, sino un acto de gestión en materia de Seguridad, y el plazo de quince días es un término inexorable que obliga al empresario a actuar con la mayor diligencia en orden a la contratación del trabajador relevista; y condena al reintegro de la pensión en supuesto de básica identidad con el de autos. Y sin que a ello obste que en la sentencia recurrida se plantea el debate en relación con un periodo de excedencia voluntaria, y esta no es la situación abordada en la sentencia de contraste, que analiza un supuesto de "baja no voluntaria"/cese por inasistencia al trabajo, pues esta diferencia no puede estimarse relevante, primero porque en la sentencia recurrida no se sostiene que la excedencia no constituya cese, centrándose la decisión en la ilegalidad-inconstitucionalidad de la norma reglamentaria aplicada por la Administración de la Seguridad Social; y en segundo lugar, porque como señala esta Sala del Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de julio de 2009 (rec. 3147/08), analizando un supuesto de excedencia, ha llegado a la conclusión de que el mismo es equivalente al cese, además de poner de manifiesto el evidente carácter sancionador y de medida antifraude de la norma reglamentaria, pero sin plantear ninguna cuestión de adecuación de la norma a la Constitución o a la legalidad ordinaria.

SEGUNDO.- Como señala esta Sala del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de febrero de 2010 (rec. 2334/2009), dictada en supuesto sustancialmente idéntico, lo que impone por un principio básico de seguridad jurídica, que igual solución haya de darse al supuesto ahora enjuiciado:

"(...) 1.- No compartimos el criterio de la decisión recurrida, cuando afirma que la previsión contenida en el apartado 4 de la DA Segunda del RD 1131/02 ostenta naturaleza sancionadora, de forma que al carecer de cobertura con rango de Ley incurre en vicio de *ultra vires*, a la par que infringe los principios de legalidad y tipicidad, y desconoce las garantías de los arts. 24 y 25.1 CE.

2.- Ciertamente hemos de reconocer que esa naturaleza fue la que esta Sala le atribuyó en dos ocasiones [sentencias de 23/06/08 -rcud 2335/07- y 16/09/08 -rcud 3719/07 -] al examinar supuestos de simultánea extinción del contrato de trabajo de relevista y jubilado parcial en el marco de un ERE [en las otras dos ocasiones en que se planteó el mismo tema, ninguna afirmación se hizo sobre su naturaleza: SSTS 29/05/08 -rcud 1900/07- y 23/06/08 -rcud 2930/07 -]. Pero no lo es menos que ese parecer fue parcialmente corregido -aunque sin negar expresamente su cualidad antifraude- cuando afirmamos que la DA 2ª RD 1131/2002 «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» (SSTS 08/07/09 -rcud 3147/08-; y 09/07/09 -rcud 3032/08 -). Y en la presente ocasión vamos más lejos, afirmando ya con toda rotundidad que la norma de que tratamos no tiene finalidad

punitiva.

(...) A esa conclusión nos lleva el primer canon interpretativo -de entre los previstos en el art. 3 CC -, que es el «sentido propio de sus palabras» (recientemente, SSTS 04/05/06 -rec. 2782/04-; 13/03/07 -rc 39/06-; 31/10/07 -rcud 4181/06-; 27/05/08 -rcud 4775/06-; y 11/02/09 -rcud 450/08 -), pues la norma de que tratamos afirma que «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». Y la expresión «deberá abonar» sitúa la consecuencia en términos puramente obligacionales, que no represivos, de manera que no establece -las palabras empleadas lo evidencian- ninguna suerte de sanción que *pueda o deba* imponer el INSS, sino un efecto -legalmente delimitado- para el supuesto de que la empresa desconozca los compromisos que contrae al suscribir un contrato -el de relevo- que obviamente le beneficia a ella tanto como al trabajador que se jubila o al que releva a éste; consecuencia aquélla que más bien se aproxima a un reintegro de prestaciones por parte de quien ha sido esencial sujeto determinante de que hubiese tenido lugar el reconocimiento y abono de la pensión, pero que no ha atendido a la contrapartida a que se obligaba, lo que aleja el supuesto del ejercicio del *ius puniendi*; porque, en puridad, no se trata de la respuesta punitiva a una contravención legal, sino más bien al incumplimiento de una obligación contraída *ex arts. 166.4 LGSS y 12.6 ET*, y que era requisito *sine qua non* para que el trabajador pudiera acceder a la jubilación parcial, de forma que el abono de la prestación a la Entidad Gestora se articula como la mera recuperación de la cantidad satisfecha por pensión cuando no se hubiese cumplido por parte de la empresa el presupuesto -contratar un relevista en los términos legalmente previstos- de lo que se presenta como un negocio a tres bandas [INSS, beneficiario de la prestación y empresario]; pero nunca como un «castigo» al incumplidor.

(...) En esta línea ha de tenerse en cuenta que no pueden considerarse sanciones administrativas cualesquiera formas de reacción frente a conductas ilícitas; en efecto, ante las mismas, el ordenamiento jurídico puede establecer meramente un mecanismo de restauración del orden normal de las cosas [reintegro de la prestación] alterado por acción u omisión [en este caso demora en la contratación del relevista], porque 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. Así la ha entendido la jurisprudencia constitucional al sostener que la «finalidad represiva, retributiva o de castigo» es específica de las sanciones [Sentencias 239/1988, de 14/Diciembre, FJ 2; 164/1995, de 13/Noviembre, FJ 4; y 132/2001, de 8/Junio, FJ 3], afirmando concretamente la más reciente 276/2000 [16/Noviembre; FJ 3] que «ni el "nomen iuris" empleado por la Administración o asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador, constituyen un dato decisivo a la hora de precisar si los *arts. 24.2 y 25.1 CE* resultan aplicables [SSTC 164/1995, F. 4; y 239/1988, FJ 3]. Y que -por más que resulte significativa-, tampoco basta por sí sola a estos efectos la circunstancia de que la medida de que se trata ... se imponga como consecuencia de un incumplimiento previo de las obligaciones derivadas de la relación jurídica existente entre el ciudadano y la Administración, o que la reacción del Estado ante dicho incumplimiento consista en un acto restrictivo de derechos [STC 239/1988, FJ 2; ATC 323/1996, FJ 3]... Y es que ... el carácter sancionador de un acto de las características del que enjuiciamos depende, además, de la función que a través de la imposición de la medida restrictiva en la que el acto consiste pretende conseguirse [SSTC 239/1988, FJ 3; 164/1995, FJ 4; ATC 323/1996, FJ 2]».

TERCERO.- 1.- Así, como concluye la referida sentencia, la inmediata derivación de este planteamiento -inexistencia de sanción- es que la DA Segunda RD 1331/02 no ha incurrido en exceso reglamentario alguno respecto de las leyes que desarrolla [los preceptos antes referidos], ni en vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, ni en el desconocimiento de las garantías que impone el Tribunal Constitucional a la actividad administrativa sancionadora ya desde la STC 18/1981 [8 /Junio].

2.- Sentado lo anterior, en el supuesto presente (en que la cuestión objeto de recurso queda centrada y limitada a la interpretación de la referida *Disposición Adicional segunda, punto 4 del Real Decreto 1131/2002 de 31 de octubre*, y en concreto en determinar si contiene una sanción, o si su previsión no puede ser calificada de tal y es sólo un acto de gestión de prestaciones de jubilación parcial); hemos de acoger la infracción que se denuncia de la tan repetida *Disposición Adicional, puesto que para sustituir al trabajador parcialmente jubilado en 01/05/2004*, la empresa recurrida contrató a una trabajadora mediante contrato de relevo. Dicha trabajadora (relevista) solicitó y obtuvo licencia sin sueldo por motivos personales desde el 1 de mayo al 8 de agosto de 2006, y el 25/09/06 solicitó y obtuvo excedencia voluntaria, de la que en la fecha a considerar disfrutaba y hasta el 24/09/2008; en ambos periodos el empresario no contrató a ningún trabajador en sustitución de la relevista. Ello motiva que esté justificada la declaración de responsabilidad llevada a cabo por el INSS.

3.- Entiende esta Sala del Tribunal Supremo, que frente a este objetivo incumplimiento no cabe argumentar -como la sentencia recurrida hace- que se trata de una obligación de medios que no de resultado y que la empresa ha de verse exonerada de toda responsabilidad por el hecho de haber gestionado la contratación de los trabajadores sustitutos a través de la Oficina de Empleo.

Así lo consideramos, porque el compromiso que el empresario adquiere en la jubilación parcial de uno de sus empleados es que al mismo tiempo haya de concertar el contrato de relevo, y los términos categóricos con los que la *ley se manifiesta* [«*siempre que con carácter simultáneo se celebre*», en la *dicción del art. 166.2 LGSS*; «la empresa deberá concertar simultáneamente», al decir del *art. 12.6 ET*; «si... se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo... los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de quince días naturales», conforme a la DA Segunda RD 1331/02], evidencian una imperatividad que apunta a una obligación de resultado, siquiera su incumplimiento pueda en algún supuesto justificarse por la empresa, pero siempre bajo el presupuesto de haberse acreditado una diligencia adecuada a la premiosidad del mandato. Diligencia que no apreciamos -sin más- en el hecho de haberse procurado la contratación por la vía oficial de gestión del empleo, cuando la misma lleva a demoras que ostensiblemente superan el plazo -quince días- legalmente previsto (STS. 09/02/2010 -rec. 2334/2009).

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada. Sin imposición de costas [art. 233.1 LPL].

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 revocamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 20 de abril de 2009 [recurso de Suplicación nº 3809/08], que a su vez revocaba en parte la sentencia -estimatoria en parte de la demanda- que en 14/Abril/2008 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 33 de los de Madrid [autos 168/2008], y resolviendo el debate en Suplicación desestimamos el de tal clase formulado por la representación de LABORATORIOS ALCALÁ FARMA S.A., rechazando la demanda formulada por ésta, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, confirmando las resoluciones dictadas por el INSS en fechas 04/09/2007 y 06/11/2007. Sin costas.

Devuélvase 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. Rosa Maria Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.