

JUBILACIÓN PARCIAL Y CONTRATO DE RELEVO: ¿FIN LEGAL DE LA «MAGIA JUDICIAL» DE LEER «CESE» DONDE SE ESCRIBE «SUSPENSIÓN»?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo,
Sala 4.^a, de 17 de noviembre de 2014, rec. núm. 3309/2013**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

1. EL MARCO LEGAL: ENTRE LO VIEJO, QUE SE RESISTE A DESAPARECER, Y LO NUEVO

Nacida normativamente en 1984, a fin de intentar normalizar la experiencia española con las economías y mercados de trabajo europeos desarrollados, en los que el empleo parcial había adquirido un significativo despliegue, la jubilación parcial apenas tendrá acogida práctica hasta el año 2002. A las múltiples rigideces de la regulación anterior se aunaba una ausencia de «cultura de jubilación progresiva» o «flexible». Las sucesivas reformas facilitadoras de esta forma de anticipación de la edad de jubilación, con un coste proporcionalmente muy reducido para el empleador, determinarán un espectacular crecimiento del uso de la jubilación parcial.

No obstante, ese sobrevenido éxito de esta modalidad de acceso a la jubilación respondió, en gran medida, a fines muy diferentes, cuando no contrarios, a los queridos por el legislador en el momento de flexibilizar su regulación e incentivar esta figura jurídico-social. En la comprensión teórica –representación ideal de la norma– del legislador, la jubilación parcial se revela idónea para lograr un doble objetivo de política socio-económica: fomenta el reparto del empleo –nuevo contrato de un desempleado (relevista) para cubrir el tiempo de trabajo liberado por el jubilado parcial (relevado)–, de un lado, favorece el tránsito progresivo o gradual desde la situación de activo a la de jubilado, sin coste excesivo para el Sistema, dada la garantía de cotización adicional, de otro. La realidad es que se vinieron produciendo desde ese año y se reforzó con las sucesivas reformas restrictivas de la jubilación anticipada –sobre todo con la [Ley 40/2007](#)– «usos alternativos» de esa institución, algunos de ellos anómalos en un plano de racionalidad jurídico-económico. Así, a un elevado volumen de fraude –se sitúa en un entorno del 20%–, se sumaría un uso privilegiado y regresivo, por ser económicamente más beneficioso para el trabajador –que no experimentaría coeficientes reductores–, sobre todo de mayor cualificación –bases más altas de cotización–, a la jubilación anticipada, restringida legalmente, hasta consagrar en el imagina-

rio colectivo, y sobre todo en la convicción política, una imagen negativa y penalizadora (Informe MEYSS al Pacto de Toledo).

Precisamente, el disruptivo [Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo](#), eufemísticamente llamado «de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo», se marcará como misión acabar con esos usos anómalos de la jubilación parcial –fraudes y privilegios de jubilación–. Oficialmente, se propone reconducir esta modalidad hacia su objetivo original: facilitar la transmisión intergeneracional de conocimiento y experiencias, acercando «dulcemente» al trabajador a su edad de jubilación. La realidad es que, son tantas las restricciones –sobre todo el sobre-coste de cotización social: ambos trabajadores cotizarán por un 100 % de la jornada en todo caso–, pese al contexto social y normativo favorable al empleo parcial, que amenaza con devolverlo a su ser «rara avis» tres décadas después de su nacimiento y una historia azarosa, de caídas y remontadas.

Conviene advertir que sus efectos prácticos, y por tanto su régimen jurídico, es muy diferente según se trate de una jubilación parcial anticipada, la penalizada –art. 166.2 [LGSS](#)–, o bien de la modalidad de jubilación parcial diferida –art. 166.1 [LGSS](#)–, plenamente coherente con el objetivo primado hoy de favorecer la continuidad en activo de la persona que alcanza la edad legal ordinaria de jubilación. Es, además, y por lo que aquí nos interesa, en la modalidad de jubilación anticipada parcial donde se da la conexión inexorable –si bien cada vez más diluida internamente, no así en el plano externo– entre esta institución y el contrato de relevo: en la jubilación parcial diferida este contrato es potestativo para el empleador, pero para la parcial anticipada es obligatorio –art. 12. 6 [ET](#)–. Precisamente, y sin voluntad de referir, ni brevemente siquiera, las diversas novedades reguladoras y los múltiples problemas aplicativos de la reforma de 2013, es en relación con esta función ocupacional de la jubilación parcial anticipada donde aparece una novedad que podría llevar a desautorizar, o cuando menos a modular, una jurisprudencia muy arraigada en relación con cómo entender el *deber empresarial de sustitución del relevista* para los supuestos de «cese» anticipado de este, so pena de incurrir en responsabilidad de reintegro de las prestaciones de jubilación parcial devengadas.

En efecto, la norma reglamentaria –[RD 1131/2002](#)– todavía formalmente vigente –pese a tratarse más bien de «ultra-actividad», generadora de más problemas prácticos de los que resuelve, ante el formidable cambio legal– establece, en su disposición adicional segunda, 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». El empresario que no cumpliera con este deber «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». Sin embargo, el nuevo apartado 2 del artículo 166 de la [LGSS](#), letra f), párrafo segundo, dice que: «... En el supuesto de que el contrato *se extinga antes de alcanzar la duración mínima* indicada, el empresario *estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido*, por el tiempo restante. En caso de incumplimiento por parte del empresario... *será responsable del reintegro* de la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial».

¿Hay diferencias? Para intentar comprobarlo en la experiencia judicial veamos cómo se entiende la regulación reglamentaria por la sentencia que comentamos, que sintetiza la elevada casuística judicial existente hasta el momento pero que, en su fallo, se aparta de la jurisprudencia expansiva del término reglamentario «cese», por entender que no se da en él –suspensión del contrato por incapacidad temporal– la doble finalidad de la institución.

2. CASO CONCRETO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

D. Moisés, en situación de jubilación parcial, fue sustituido por D. Jesús Manuel, con contrato de relevo a tiempo completo e indefinido a partir de un cierto momento. Durante este tiempo, D. Jesús estuvo en situación de baja médica por incapacidad temporal (IT), siendo dado de alta médica tras el agotamiento de la prestación de IT y rechazo de su petición de Incapacidad permanente (IP). Durante su baja, no se procedió a sustituirlo por otro trabajador.

El INSS inició procedimiento para la declaración de responsabilidad empresarial en el pago de la pensión de jubilación parcial, partiendo de que el trabajador relevista D. Jesús causó baja en la empresa, indicando que:

«... en los supuestos de suspensión del contrato de relevo, si el trabajador relevista causa baja en el Régimen General y no accede a la prestación por desempleo, se debe sustituir mediante un contrato de interinidad durante el tiempo que permanezca en dicha situación de suspensión el contrato de trabajo, y si este no se formaliza en los quince días naturales siguientes, es de aplicación, por analogía, lo previsto en la Disposición Adicional 28, apartados 1 y 4 del RD 1194/1985, de 17 de julio».

Interpuesta demanda contra la resolución del INSS por la empresa, tras la reclamación previa correspondiente y el ingreso de la cantidad reclamada como depósito, fue estimada por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de Barcelona, de 31 de enero de 2013, luego confirmada, a su vez, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 24 de octubre de 2013, recurso de suplicación núm. 2977/13, con el siguiente argumento:

«... en el presente caso no se ha producido un cese del... relevista, sino meramente la suspensión de su contrato por agotamiento del periodo máximo de la situación de IT, supuesto que no está comprendido en la citada disposición adicional, que ha de entenderse referida solo a los casos de extinción del contrato, pero no a los de suspensión... es claro que el "cese" significa para la norma la extinción del contrato, no solo por su significado ordinario..., sino especialmente porque la norma al establecer la consecuencia de la no contratación del trabajador que ha cesado indica expresamente que esta consecuencia se producirá desde el momento de la extinción del contrato, sin mención alguna a la suspensión».

El INSS recurre esta sentencia por entender que con ella se contradice la interpretación jurisprudencial de la referida norma reglamentaria. Para fundamentar el recurso invoca la [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 24 de septiembre de 2013, rec. núm. 2520/2012](#). Esta, en un supuesto idéntico al de autos –*situación de IT prorrogada* en el relevista y ausencia de contratación del sustituto para tal periodo– llegaría a la conclusión opuesta a la doctrina de suplicación. El Ministerio Fiscal, en su razonado informe, propone estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina.

3. LA JUSTICIA DEL CASO: FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

Como es natural –o no, en el actual momento de tensión interna de la Sala Social–, una vez identificada la contradicción, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 17 de noviembre de 2014, reitera la doctrina que sentará en su [Sentencia de 24 de septiembre de 2013](#). Doctrina que reproduce «literalmente, con lógicas adaptaciones al desarrollo argumental» del caso concreto. Dos son básicamente los argumentos jurídicos utilizados para ello. El primero, de carácter teleológico, consiste en dar mayor relieve a la doble finalidad que la normativa sobre jubilación parcial y contrato de relevo perseguiría que al tenor literal del término «cese», porque «... el legislador ha pretendido... que la jubilación anticipada, aunque sea parcial, no se traduzca en la pérdida de puestos de trabajo (garantía de conservación de empleo)... [y] que los ingresos de la Seguridad Social no se vean mermados (garantía de cotización que comporta)».

El segundo, enfatizaría una interpretación extensiva de la palabra «cese» utilizada por la norma como presupuesto de la obligación sustitutoria, apelando a su comprensión no literal sino sistemática. Pues diversamente a lo que venía entendiendo la mayor parte de la doctrina de suplicación, la doctrina de unificación considera, cierto que respecto de un supuesto muy particular –de dudosa configuración conceptual como suspensión real del contrato, pues no hay derecho a la reserva de puesto, tan solo una preferencia de reingreso si hay vacante–, como es la excedencia voluntaria del relevista, que el referido término:

«... no es necesariamente equivalente a los supuestos de extinción de la relación laboral del art. 49 ET. Puede hablarse también, en sentido amplio, de cese cuando el trabajador... deja de prestar servicios por un tiempo más o menos prolongado, produciendo... por el periodo de apartamiento del trabajo, *una plaza vacante en el organigrama* de la empresa... En el contexto de la DA 2.ª RD 1131/2002 *debe acogerse una interpretación amplia del término "cese"*... pues de lo contrario no se cumplirían los objetivos de la institución de la jubilación parcial, indisolublemente ligada al contrato de relevo en nuestro ordenamiento jurídico» (así, SSTs de 8 de julio de 2009, [RCUD 3147/2008](#) y 28 de noviembre de 2011, [RCUD 299/2011](#), entre otras muchas).

Atendiendo, pues, a esa doble finalidad de la institución, la doctrina de unificación será que «en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo del relevista, las obligaciones de sustituir-

le por otro trabajador y –en su caso, de haberse incumplido aquella– la de reintegro de las prestaciones percibidas por el jubilado se limitan a los casos *en que no se cotice por el trabajador con contrato suspendido* [lo que sucede cuando se está ante una IT prorrogada (más allá de los 545 días ex art. 131 bis, apartado 2, último párrafo LGSS), no mientras se cotice, caso del periodo ordinario de IT (hasta el máximo de 545 días)]. ¿Por qué? Porque en estos «se alcanza uno de los objetivos perseguidos..., cual es el mantenimiento del empleo», pero «la otra finalidad –la de asegurar la financiación del sistema– se ve... defraudada».

4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DEL FALLO Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Ciertamente, la doctrina reiterada por el Tribunal Supremo en esta sentencia responde a la evolución expansiva experimentada por el criterio de unificación en la materia. Como se afirma en ella, la enorme casuística jurisprudencial en orden a fijar la necesidad de sustituir al relevista y, por lo consiguiente, determinar la responsabilidad de la empresa respecto de las prestaciones de jubilación, en caso de incumplimiento, hubiera permitido deducir a la doctrina de suplicación, posterior a la sentencia de unificación que precisa el criterio, «sin margen de duda razonable» alguna, la doctrina de aplicación al presente caso. En efecto, no se trata de un supuesto que pueda entenderse análogo a los del catálogo jurisprudencial de la obligación de sustitución o, en caso de incumplimiento, de reintegro –que no sanción– de las prestaciones correspondientes –reducción de jornada por cuidado de hijo menor; excedencia por cuidado de hijos; cese, de relevado y relevista, por ERE; cese por sucesión empresarial...–. La ausencia del deber de cotizar es clara en el supuesto visto.

No carece tampoco la regla general –mantenimiento o no del deber de cotizar– de excepciones. Pero como muy bien advierte la doctrina judicial, si «esta regla realmente no se cumple en el caso de reducción de jornada por cuidado de menor [la cotización por el tramo de jornada reducida no es a cargo de la empresa ni del trabajador, sino del Sistema], ello se *debe a valores superiores de conciliación de la vida familiar con la laboral*, que –está claro– se verían comprometidos con la solución opuesta». Asimismo, y como ha recordado en tiempo muy reciente la doctrina de suplicación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que mantuvo posiciones equívocas antes de la unificación, es inaplicable la disposición adicional segunda del [Real Decreto 1131/2002](#) y no procede el reintegro allí previsto a cargo de la empresa respecto de las prestaciones percibidas si el cese de relevista y del trabajador jubilado a tiempo parcial se hubiese producido a virtud de ERE que afecte a toda la plantilla o a todos los trabajadores del centro de trabajo en que preste servicios el relevista, pues en este caso el cese no es resultado de una decisión libre de la empresa, cosa que sí acontece, por ejemplo, en caso de despido objetivo –[STSJ de Madrid, núm. 519/2014, de 13 de junio](#)–.

Ahora bien, si la doctrina aparece consolidada y consolidable atendiendo a las reglas vigentes antes de la reforma de 2013, ¿puede decirse lo mismo, como ya se anticipó, respecto de la

doctrina que haya de dictarse con posterioridad a su vigencia efectiva? Al respecto, es oportuno llamar la atención sobre dos datos jurídico-interpretativos. El primero, el ya referido al desplazamiento del término, mucho más impreciso y ambiguo de «cese», por otro que tiene una más clara o precisa delimitación normativa, el de «extinción». Por tanto, ahora se dispone de un término diferente para resolver los casos dudosos analizados hasta ahora por vía de la jurisprudencia y, quizás, hacerlo en sentido diverso hasta ahora en algún caso, como sería, precisamente, el aquí analizado, incluso aunque no hubiera deber de cotizar por él –IT en el periodo prorrogado–. Si es claro que para la excedencia voluntaria la doctrina ha de ser la misma, antes y después de la reforma, pues en estos casos no hay propia suspensión del contrato realmente, siendo asimilable, no en el supuesto pero sí en la identidad de razón, a la extinción-cese, no lo es tanto para los supuestos de suspensión en sentido estricto, incluso aunque no exista obligación de cotizar. Ello podría ser así, y es el segundo elemento novedoso que habría que ponderar para valorar si el cambio de ley debe llevar a la rectificación de la jurisprudencia, porque la finalidad de asegurar la integridad financiera del Sistema tiene ahora otra vía de realización, como es la continuidad de la misma cotización que tenía antes de la jubilación parcial, pues debe mantenerse como si se tratara de trabajador a tiempo completo –art. 166.2 g) LGSS–.

Cierto, en estos casos, lo que se resentiría es la finalidad ocupacional, puesto que la suspensión del contrato genera un «hueco» en la plantilla, aunque no sea propiamente una vacante, dado el derecho a la reserva del puesto de trabajo. Pero es manifiesto que, tras la reforma, no es el reparto del empleo la finalidad preponderante, sino el aumento de la función recaudatoria, asegurada a través de la ficción jurídica de la continuidad del carácter completo de la jornada a los solos efectos de la cotización. El tiempo dirá, pues, quién llevaba razón, si KIRCHMANN cuando afirmaba que una palabra rectificadora del legislador y repertorios de la jurisprudencia enteros a la papelera de reciclaje, o GRAY, para quien, al revés, la palabra legal no se convierte en derecho cierto hasta que la jurisprudencia la avala, y con el sentido, estricto o amplio, que le otorgue una doctrina reiterada.