

RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR JUBILACIÓN PARCIAL DE TRABAJADOR, CON CONTRATO DE RELEVO, SI CONCURRE UN ERE

(Comentario de la STS, Sala de lo Social, de 16 de septiembre
de 2008, rec. núm. 3719/2007) *

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Magistrado*

PAZ VIVES USANO

*Profesora de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Centro Universitario Luis Vives. CEU*

Extracto:

JUBILACIÓN parcial acompañada de contrato de relevo. Despido colectivo en virtud de ERE que afecta tanto al jubilado parcial como al relevista. La empresa no está obligada a abonar la fracción de pensión de jubilación restante hasta la fecha de la jubilación ordinaria, ya que la íntima vinculación que necesariamente se produce entre ambos contratos deja de existir cuando ambos desaparecen, manteniéndose solo la situación de jubilación parcial más las prestaciones por desempleo.

Palabras clave: jubilación parcial, contrato de relevo, despido colectivo, ERE y prestaciones por desempleo.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 311, febrero 2009 o en *Normacef Socio-Laboral*.

Sumario

1. Los elementos fácticos relevantes.
2. Una solución económicamente comprometedora para el empresario.
3. Una solución comprensiva con el cese de empresa.
4. Esta solución jurisprudencial no atiende supuestos de despidos colectivos no totales, o fraccionados, ni otros supuestos.

1. LOS ELEMENTOS FÁCTICOS RELEVANTES

Un trabajador de 61 años modifica su contrato de trabajo común a otro a tiempo parcial para una jornada del 15% de la anterior y el salario correspondiente, por haber pasado –de acuerdo con el empresario– a jubilación parcial por el 85% de la pensión, desde 1 de diciembre de 2003. Simultáneamente, en esa misma fecha el empresario concierta contrato a tiempo parcial (CTP) con un trabajador para la jornada y actividad del 85%. Este relevista estuvo prestando sus servicios hasta el 11 de abril de 2006 en que cesó por despido colectivo de todos los trabajadores, 48 personas, previa tramitación de ERE. El trabajador jubilado parcial pasó a percibir junto a la pensión parcial, prestación por desempleo desde 12 de abril de 2006. El INSS reclamó del empresario el abono de la cantidad de 1.965,48 euros, correspondientes al período 12 de abril a 31 de mayo de 2006, importe de su pensión de jubilación.

La figura del jubilado parcial no es marginal, dado que, según cifras del INE, en 2006, accedieron a esta modalidad de jubilación progresiva, 226.700 trabajadores, de los que fueron 136.000 hombres y 90.700 mujeres. Y mucho menos es excepcional la figura del CTP que, en 2006, fue de al menos 383.987 contratos mensuales y hasta un máximo de 523.386 mensuales; en 2007 desde 579.595 a 913.892 mensuales, a lo largo del año; y en el tiempo ofrecido en información del INE e INEM, hasta octubre de 2008 fue de 481.082 a 777.087 contratos mensuales a lo largo de esos 10 meses. En cifras del último mes de los que hay datos, octubre de 2008, que no fue el que más alto número registró en 2008, la proporción del número de contratos a tiempo parcial en relación con el número total de contratos, fue del 41,47%. Esto es una cifra relevante. No es marginal. De ahí que exista ya un cuerpo legal regulador y protector de los CTP, que es

relevante, tanto en lo que se refiere al Derecho del Trabajo como a la Seguridad Social. Pero se ha de andar muchísimo más.

Dentro de la regulación de Seguridad Social se encuentra el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, en cuya disposición adicional 2.ª se expresan algunas prescripciones que se analizarán en el presente trabajo.

2. UNA SOLUCIÓN ECONÓMICAMENTE COMPROMETEDORA PARA EL EMPRESARIO

El contrato de relevo concertado con un desempleado o con otro trabajador con previo contrato temporal en la misma empresa, durará al menos hasta que el jubilado llegue a la edad de jubilación ordinaria o, si la supera y sigue trabajando en la empresa, hasta finalizar el período correspondiente al año en que alcance la jubilación total [art. 12.6 a) LET].

Dicho esto, ya se puede ver que si el despido colectivo extingue los contratos de trabajo del relevista y del jubilado parcial que, siguiendo con su pensión de parte de la jubilación, pasaría a añadir por el 15% restante la prestación por desempleo, de manera que el empresario estaría obligado, dado que se está en el supuesto de que 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»** a «ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada por este dicha ampliación, deberá contratar a otro trabajador» que tenga las debidas circunstancias (disp. adic. 2.ª 2 RD 1131/2002, de 31 de octubre).

Poco importa que el empresario decida no seguir con su proyecto, porque si se le permite despedir a alguno o a todos, las decisiones extintivas son voluntad empresarial, no expresiones de imposibilidad, y si decide extinguir contratos, lo que podrá no hacer será contratar a otro trabajador, pero será de aplicación lo que se mantiene como posible, esto es, atenerse a las consecuencias del incumplimiento de la obligación legal, visto que no se da marcha atrás en lo relativo a la jubilación parcial del trabajador primero. O sea 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» (disp. adic. 2.ª 4 RD 1131/2002).

3. UNA SOLUCIÓN COMPRENSIVA CON EL CESE DE EMPRESA

Si se contempla el **caso de un cese de empresa, por despido colectivo de los trabajadores, debido a alguna de las genéricas causas a que se refiere el artículo 51 de la LET**, la perspectiva

legal de la contratación de un nuevo trabajador hasta la jubilación del primer trabajador, tiene, no ya pocas posibilidades, sino –por definición– ninguna, de manera que al tratarse de una obligación de cumplimiento imposible, habrá de estarse a las regulaciones generales del C. Civ.

Pero no es irrelevante la causa que ha generado la autorización administrativa en el ERE.

Si ha existido **negligencia o imprudencia del deudor –del empresario–** el acreedor –Entidad Gestora– tendrá derecho a la indemnización de los daños y perjuicios (art. 1.135 C. Civ.).

En el tema que nos afecta, los daños se han concretado legalmente en «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**» (disp. adic. 2.ª 4 RD 1131/2002).

Es imposible generalizar si un ERE, en todo caso, implica o no culpa empresarial, pues solo procede en el análisis de cada caso.

Si fuera un supuesto de **caso fortuito**, lo que es perfectamente imaginable, como derivado de un supuesto de cambio de demanda en los consumidores, o de modificación sustancial de la oferta de existencias en los proveedores, o de incapacidad técnica de atender las nuevas exigencias del mercado por inadecuación de los medios existentes, y tantos otros supuestos, entonces, de conformidad con el artículo 1.136 párrafo segundo.1.ª C. Civ., el deudor cumplirá entregando la cosa que haya quedado como subsistente, que, en este caso, es la referida y antecitada prestación **de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada**.

Si hubiera mediado **culpa o dolo del empresario para dar lugar al despido colectivo, previo ERE**, entonces el resultado es el mismo, siguiendo el criterio del artículo 1.136 párrafo segundo.2.ª C. Civ.

Pero no es menos cierto que se puede estimar que no se trata de una obligación con prestaciones alternativas, sino de una **obligación única con una cláusula de resarcimiento por incumplimiento**.

Si no consta culpa o dolo del empresario, y no se trata, como parece lo más razonable, de una obligación alternativa, el **empresario «quedará liberado» porque se trataba de una obligación de hacer –la nueva contratación– y esta ha resultado legal o físicamente imposible** (art. 1.184 C. Civ.).

Pero es **discutible que se trate de una obligación «legal o físicamente imposible»**, tanto más si la iniciativa para el ERE ha sido empresarial (art. 51.2 LET), como es lo frecuente y común.

Con todo, no es difícil de ver que la referida obligación empresarial de abonar a la Entidad Gestora el indicado importe devengado de la prestación de jubilación parcial, no es una indemni-

zación, y puede pensarse que se trata de **una cláusula penal**. En tal caso, esta cláusula penal será la consecuencia exigible del empresario, en caso de imposibilidad de contratación de otro trabajador, según el artículo 1.152 párrafo primero C. Civ.

Es aquí donde viene a terciar la **jurisprudencia**, entendiendo por tal la doctrina de la STS de 16 de septiembre de 2008 que se comenta y la de un par de sentencias anteriores que cita [las SSTs de 29 de mayo de 2008 (recurso 1900/2007) y 23 de junio de 2008 (recurso 2930/2007)], que sostiene que es manifiesto que se produjo la extinción del contrato del relevista antes de que el trabajador sustituido alcanzase la edad de jubilación ordinaria, pero lo cierto es que tal situación no ocurrió durante la **vigencia** del contrato de relevo, lo que determina que, por un lado, **no fuese exigible a la empresa**, puesto que **el cierre de la misma lo hacía imposible, la contratación de otro relevista**, y, por otra parte, **la íntima vinculación que necesariamente existe entre ambos contratos deja de existir cuando ambos desaparecen, manteniéndose solo la situación de jubilación parcial más las prestaciones por desempleo**.

Añaden estas SSTs citadas que solo es exigible el contenido de la disposición adicional 2.^a 4 del Real Decreto 1131/2002 cuando en alguna de las maneras previstas específicamente en la norma exista la obligación de llevar a cabo esa contratación, de forma que **«al no existir relación laboral con el trabajador jubilado parcialmente tampoco existe obligación de contratar trabajador relevista, como se deduce a sensu contrario de lo dispuesto en el número 2, en donde sí se mantiene la obligación de contratar solo cuando el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación y no se procediera a su readmisión, ya que la extinción de la relación laboral de este trabajador fue autorizada en el correspondiente expediente de regulación de empleo y no constituye por tanto despido improcedente, sino una figura próxima al despido procedente»**, no es de aplicación la consecuencia referida.

Desde luego es un tanto rápido el argumento jurisprudencial por lo que se refiere a la iniciativa empresarial tanto en la petición de intervención a la Autoridad laboral, como a su propia decisión de extinguir los contratos de trabajo, que **la Autoridad laboral habrá permitido extinguir, pero no extingue, pues se pasa de algo evidente, cual es que es la propia decisión empresarial la que ha dado lugar al cese en su actividad**, como a la de la exoneración de la obligación empresarial de abonar cantidad alguna a la Entidad Gestora, **sin analizar la causa de la iniciativa en el ERE y en la decisión empresarial extintiva**.

Deberán tenerse en cuenta dos observaciones: la primera, que aun extinguido el CTP del jubilado parcial por pasar a jubilado total, el contrato del relevista podía seguir siendo obligatoriamente mantenido, ya que **el cese no siempre tiene lugar al pasar el jubilado parcial a jubilado total sino «al finalizar el período correspondiente al año en que se produzca la jubilación total»**, o sea, algo después de esta transformación.

Pero, sobre todo, lo que se debe tener en cuenta, en segundo lugar, es que todo lo anterior y nos referimos a las disposiciones legales y también a lo expresado por la jurisprudencia, nada dice

sobre la **causa o motivo de exoneración de la obligación de reintegro a la Entidad Gestora**, según la disposición adicional 2.^a 4 del Real Decreto 1131/2002, pues **una cosa es la posibilidad jurídica de no contratar a un nuevo relevista y otra la consecuencia citada, que debería quedar limitada a los casos en que se acreditara por el empleador la inexistencia de culpa, dolo o imprudencia en su decisión extintiva colectiva y en la tramitación del pertinente ERE.**

Queremos decir con ello, que se trata de una jurisprudencia que se apoya en una interpretación que es un tanto generosa para con el empresario, en la misma medida que es rigurosa para con la Entidad Gestora.

4. ESTA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL NO ATIENDE SUPUESTOS DE DESPIDOS COLECTIVOS NO TOTALES, O FRACCIONADOS, NI OTROS SUPUESTOS

Supongamos que un trabajador se jubiló parcialmente el 1 de febrero de 2004, suscribiendo con la empresa un contrato de trabajo a tiempo parcial a extinguir el 30 de abril de 2008, con el cumplimiento de los 65 años. Para el mismo período la empresa suscribió contrato de relevo con otra trabajadora para el puesto. En virtud de ERE autorizado la empresa extinguió los contratos de toda la plantilla, el de la trabajadora relevista el 28 de diciembre de 2005 y el del trabajador jubilado parcialmente el 14 de marzo de 2006, pasando este a percibir desempleo. El INSS reclama a la empresa el importe de la pensión de jubilación parcial percibida por el actor entre el 29 de diciembre de 2005 y el 30 de abril de 2006, por no haber sustituido la empresa durante ese período a la trabajadora relevista cesada.

El TS aplica la misma doctrina a este caso, pues dice que la cuestión estriba en **decidir si existe o no responsabilidad de la empresa en el pago de la pensión de jubilación parcial cuando, extinguidos todos los contratos de la plantilla –incluidos los del relevista y del jubilado parcial– por inclusión en un ERE autorizado, no se llegó a concertar ningún otro contrato de relevo por imposibilidad, al dejar de existir la empresa** [STS de 19 de septiembre de 2008 (RCUD 3804/2007)].

Pero no se puede aplicar esta misma doctrina porque el contrato del jubilado parcial, pese al ERE, duró hasta el 14 de marzo de 2006, pasando este a percibir desempleo, mientras que el contrato de la trabajadora a tiempo parcial se extinguió anteriormente, el 28 de diciembre de 2005. Han mediado casi tres meses completos entre ambas extinciones. De ello puede derivarse racionalmente que tampoco hubiera existido obstáculo a que el relevista se hubiera mantenido hasta el 14 de marzo de 2006 o se hubiera contratado a otro desempleado para suplir al relevista, pues el plazo máximo legal para hacer estas nuevas contrataciones es de 15 días (disp. adic. segunda.3 párrafo segundo RD 1131/2002).

De este otro caso real se pasa, sin inconveniente alguno, al supuesto de **despido colectivo total con extinciones graduadas en el tiempo**. Pues bien, en tal caso, mientras alguien mantenga

desocupado el puesto de trabajo del relevista, aunque haya existido la autorización administrativa de extinción colectiva total, **el defecto de nuevo contrato con el sustituto del relevista es un incumplimiento**, por lo que está plenamente **justificado el deber de reintegrar a la Entidad Gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde la extinción del contrato del jubilado parcial hasta que llegue a la jubilación ordinaria o anticipada.**

Dígase lo mismo de los supuestos de **despidos colectivos parciales, tras ERE, con autorización administrativa**, en la medida en que el puesto del relevista no quede afectado, o **hasta que no quede afectado por la decisión administrativa y la extinción empresarial.**