

Consultas oficiales

Ref. CISS: JC0100726

Asunto consultado

Alcance del concepto de trabajador desempleado o en situación de desempleo, a efectos de la validez de los contratos de relevo y sustitución. Consideración como tal de quien antes ya prestó servicios en la empresa, o de quien tiene otro trabajo.

Disposiciones de aplicación

Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por Real Decreto-legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE 29/6).

Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), aprobado por Real Decreto-legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE 29/3).

Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio (RDJE), por el que se acomodan, al amparo de lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, modificada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto las normas sobre anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo (BOE 20/7).

Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre (RDTP), por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (BOE 27/11).

Criterio adoptado

No es la primera vez que se expone ante la Dirección General de Trabajo (DGT) la problemática relativa a la aceptación como relevista o sustituto del trabajador desempleado que, hasta fecha próxima al hecho causante de la jubilación parcial (jp) o especial a los 64 años, prestó servicios en la empresa a través de un contrato indefinido. Una problemática ésta que sólo cabe afrontar a través de la delimitación del concepto de "*trabajador en situación de desempleo*" / "*trabajadores que se hallen inscritos como desempleados*", al que se refiere el artículo 12.7.a) LET, y el 3.1 RDJE, y sobre cuyo alcance se manifestó en más de una ocasión aquel Centro directivo.

En todos los escritos relativos a este asunto, se sostuvo por la citada DGT que no cabe efectuar interpretaciones restrictivas de estos preceptos, sino entender que es desempleado cualquier trabajador que demanda colocación desde la correspondiente oficina de empleo, porque carece de trabajo. Y ésta ha sido la línea de actuación de este Instituto, como lo acreditan diversos criterios de aplicación (por todos, 19/1999 y 15/2000). Es decir, que nunca se ha entrado, en la gestión de estas modalidades de jubilación, a valorar las causas, voluntarias o involuntarias, de la situación de desempleo del que se contrata como relevista o sustituto, sino de aceptarla como tal; de igual forma que se ha dado por bueno como sustituto o relevista al trabajador que se haya inscrito como desempleado el mismo día de la celebración del contrato, sin importar, salvo la excepción que ahora se resaltaré, cuál era su situación el día anterior.

Sin embargo -y ésta es la excepción-, en aquellos mismos escritos de la DGT siempre se ha marcado la diferencia que, respecto de la regla general que se acaba de exponer, representa el supuesto del trabajador desempleado que haya pertenecido

Ref. CISS: JC0100726

recientemente a la empresa en la que pretende ocuparse como relevista o sustituto; y se ha apuntado por el mismo órgano directivo la conveniencia de comprobar, a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), la realidad o la mera apariencia de la extinción del contrato y de las causas objetivas determinantes de esa extinción. Así que, para no desvirtuar en la práctica esa diferencia entre unos y otros supuestos, y puesto que la ITSS, casi sin excepciones, adujo una vez tras otra dificultades insalvables para efectuar aquella comprobación, al tiempo que las Intervenciones Territoriales Delegadas mostraron sus dudas en esos expedientes, el INSS, como se conoce (criterio 10/2005) echó mano, vía analogía y aplicación sistemática del ordenamiento, de determinadas previsiones legales sobre las bonificaciones a las empresas como medida de fomento del empleo, en las que se trata de dar solución al mismo problema.

Pero el recurso a estas técnicas aplicativas para hacer frente a la ausencia de normas en el ordenamiento laboral o en el propio de Seguridad Social, en las que se establezcan cautelas o salvaguardas respecto de la contratación de los relevistas o sustitutos, es jurídicamente arriesgado, sin alguna duda. De ahí que, a la vista de las consultas que últimamente se vienen sucediendo ante esta entidad gestora, por parte de las empresas y por diversas consultorías privadas, sobre qué trabajadores de los que pertenecieron a la empresa con anterioridad al hecho causante de la pensión de jp o de jubilación especial, pueden ser contratados como relevistas o sustitutos, se volviese a consultar a la DGT, el pasado 21 de agosto, con qué amplitud debemos interpretar el concepto de trabajador en situación de desempleo o desempleado que utilizan el artículo 12.7.a) LET y 3.1 RDJE, a fin de llevar a cabo una correcta aplicación de las normas a la hora de resolver determinadas solicitudes de pensión de jp y especial a los 64 años.

Se preguntaba, concretamente, en aquella consulta, si, con invocación de los artículos 4.1 del Código Civil y 6.1 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, procede excluir de la consideración de desempleado, a los efectos que aquí nos interesan, y tal como se está haciendo, a aquellos trabajadores que, en los veinticuatro meses anteriores a su contratación como relevista/sustituto, han prestado servicios en la misma empresa o en otra del mismo grupo, mediante un contrato por tiempo indefinido, a menos que su cese se hubiese autorizado en expediente de regulación de empleo (artículo 51 LET) o en procedimiento concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal), o se hubiese efectuado al amparo del artículo 52.c) LET.

Por otra parte, y también en relación con ese concepto de *"trabajador en situación de desempleo"*, no determinado con la precisión que sería necesaria por el legislador, se puso en conocimiento de aquella dirección general que el Tribunal Supremo (TS), en su sentencia de 16 de diciembre de 2008, y en contra del criterio que la entidad gestora aplica siguiendo las indicaciones de la propia DGT (criterio de aplicación 15/2000) ha venido a considerar que, a efectos del contrato de relevo/sustitución, no

Ref. CISS: JC0100726

sólo es trabajador desempleado el que no trabaja, sino que también lo es el que trabaja a tiempo parcial y demanda empleo. Puesto que, hasta ahora mismo al menos, no puede hablarse de una doctrina reiterada del TS en este sentido, que haría innecesaria cualquier consulta; y teniendo, además, presente que los términos del debate planteado en casación se centran en el derecho a la pensión de jp, con independencia de las posibles irregularidades del contrato de relevo (que es lo que verdaderamente interesa), lo que se pretendió al suscitar este tema ante la DGT en agosto pasado, fue que se pronunciase sobre esa interpretación -compartida por algunos Tribunales Superiores de Justicia (s. 19.2.09 TSJ Comunitat Valenciana)-, por si el INSS tuviera que trasladarla a su gestión, tanto en la fase de reconocimiento del derecho como en lo que se refiere a la exigencia de responsabilidad por el coste de la pensión.

Pues bien, el criterio de la DGT, comunicado en escrito de 14 de septiembre de 2009, es el que se transcribe a continuación:

"En relación con esta pregunta, se reproduce la respuesta dada por esta DGT a una consulta planteada sobre la misma cuestión de fondo (092TS, de 17.10.2006):

1.-Se pregunta en primer lugar si "puede concertarse el contrato de relevo con un trabajador inscrito en la oficina de empleo correspondiente, aunque dicho trabajador haya estado vinculado anteriormente a la empresa mediante un contrato indefinido".

El artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores, en su vigente redacción, dada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, exige que el contrato de relevo se celebre *"con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada"*, de forma casi idéntica al artículo 10.b) del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que se cita en el escrito de consulta. Esto supone que si el trabajador está inscrito en la oficina de empleo deberá estarlo en concepto de demandante de empleo no ocupado y no en demanda de mejor empleo.

Nada dice literalmente el artículo 12.6 ni el Real Decreto de desarrollo citado sobre requisitos adicionales del relevista en el sentido, que se apunta en la consulta, sobre su falta de vinculación en un momento anterior con la propia empresa.

Sin embargo, en la aplicación e interpretación de las normas, deben tenerse en cuenta las reglas establecidas al efecto en el Código Civil, conforme a cuyo artículo 3 *"las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas"*. Ello se completa con lo que establece su artículo 6.4: *"Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir"*.

Ref. CISS: JC0100726

Pues bien, la celebración de un contrato de relevo por una empresa es requisito imprescindible para que un trabajador de esa empresa que no haya alcanzado aún la edad de jubilación pueda acceder a la jubilación parcial. Pero ésta no es la única finalidad del contrato de relevo, sino que la combinación 'jubilación parcial-contrato de relevo es también una medida de fomento y reparto del empleo o, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001 de ésta y otras regulaciones, puede *"incidir positivamente en el crecimiento del empleo..."*

Por ello deberá atenderse a las circunstancias concretas que concurran en cada caso, desconociéndose en particular por esta Subdirección si la pregunta a que se refiere este informe de contestación se hace en abstracto o en relación con un caso determinado, cuyas circunstancias obligarían a matizar la respuesta. En todo caso, con carácter general sí puede afirmarse que no cabe que se sustituya por un contrato de relevo un contrato indefinido ordinario de un trabajador de la empresa.

En ese sentido, deberá, entre otras circunstancias, atenderse a la duración del lapso desde que se extinguió el contrato indefinido con la empresa hasta que se celebra el nuevo contrato de relevo, pues si esa duración es breve o muy breve puede ser indiciaria de la intención de sortear la necesidad legal de que el trabajador contratado mediante el contrato de relevo se encuentre en situación de desempleo o tenga un contrato temporal con la propia empresa.

2.- En segundo lugar se consulta si "de ser positiva la respuesta anterior, es independiente el motivo de que la causa de esa situación sea voluntaria, y más aún en el marco de un Acuerdo de la Mesa sectorial de Enseñanza Privada Concertada sobre recolocación del profesorado afectado por la renovación de conciertos educativos".

En nuestra opinión, la causa de la extinción del contrato de trabajo indefinido anterior debería valorarse conjuntamente con las demás circunstancias concurrentes a la hora de apreciar si se han cumplido o no los requisitos para la concertación de los contratos de trabajo de relevo y de reducción de jornada y de salario por jubilación parcial.

Igualmente, la falta de voluntariedad por parte de cualquiera de los sujetos en la extinción de la anterior relación laboral habrá de valorarse como un elemento más para esa apreciación. De modo que, en principio, podría entenderse que cuanto menos dependa la extinción del juego de la voluntad de las partes, más factible será la concertación de un contrato de relevo posterior, pero considerando ese elemento volitivo no de un modo aislado, sino en conjunto con las demás circunstancias.

3.- En tercer y último lugar, se pregunta si "posee el Instituto Nacional de la seguridad Social competencia legal para considerar a un trabajador como desempleado o no a los efectos del artículo 10.b) del RD 1131/2002, de 31 de octubre, y como válido el contrato de relevo celebrado al efecto".

Ref. CISS: JC0100726

A nuestro juicio debe partirse inexorablemente de la plena competencia que tiene el INSS, conforme a la normativa aplicable, para resolver sobre las solicitudes de prestaciones de jubilación, lo que implícitamente conlleva la valoración también de los contratos de trabajo -de relevo y de reducción de jornada y de salario- celebrados como requisitos imprescindibles para el reconocimiento de la jubilación parcial.

Desde el punto de vista de la Administración, esas resoluciones han de presumirse válidas, pudiendo los afectados por las mismas interponer las reclamaciones o recursos que estimen oportunos contra las mismas.

Para concluir, debe recordarse que el criterio expuesto sobre la cuestión planteada no es vinculante, sino meramente informativo, al carecer la Administración de competencias para efectuar interpretaciones legales de aquel carácter, competencia que está atribuida en exclusiva a los órganos jurisdiccionales."

La respuesta precedente tiene un sentido diferente de la aplicación analógica a la que se hace referencia en la formulación de la pregunta ahora planteada, toda vez que el supuesto de exclusión de las bonificaciones previstas en el programa de fomento del empleo, regulado en el artículo 6.1.c) de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, no toma en consideración la causa de la finalización de la relación laboral anterior y si la misma constituye o no situación legal de desempleo, utilizando exclusivamente un criterio temporal, al tiempo que tiene un alcance diferente, no prohibiendo la celebración del eventual segundo contrato y actuando exclusivamente en relación con la falta del derecho a los beneficios que conllevaría la contratación.

Se comparte por ello el criterio del INSS en relación con el riesgo que supone la aplicación analógica de la disposición mencionada, cuando se trata de restringir el alcance del régimen legal aplicable al ámbito subjetivo del contrato de relevo, de acuerdo con el artículo 4.2 del Código Civil, prefiriendo una interpretación que tenga en cuenta las circunstancias particulares que concurran en cada caso.

Abundando en lo anterior, en el supuesto de establecerse en una norma disposiciones restrictivas o excluyentes, éstas deben incluirse de forma expresa y además deben interpretarse de forma taxativa y no extensiva, de modo que no se consideren, incluyan o excluyan (en este caso) por esta vía, supuestos distintos de los expresamente citados en la norma.

Como conclusión general, no existe en la norma analizada ningún condicionante relacionado con el hecho de que el trabajador hubiera trabajado o no con anterioridad en la misma o distinta empresa, siendo por ello igualmente indiferente el motivo por el que se hubiera podido producir la extinción del contrato anterior. Ello sin perjuicio de que si se constatará una actuación fraudulenta por parte de la empresa y el trabajador para crear la apariencia de una situación de desempleo realmente inexistente debieran extraerse las conclusiones que respecto de la validez del contrato en su caso

Ref. CISS: JC0100726

procedan. Pero esta actuación fraudulenta no puede presumirse por el mero hecho de una vinculación laboral anterior y debería ser constatada caso por caso a través de los correspondientes mecanismos de inspección y control, sin descartar la valoración de la introducción de las modificaciones legales procedentes en orden a facilitar la gestión de la jubilación parcial."

Las **consecuencias prácticas** que para la entidad gestora derivan de este criterio interpretativo, deben ser:

1ª.- Mantener que el **trabajador en situación de desempleo** que puede ser sujeto de un contrato de relevo o de sustitución, **es aquel que carece de trabajo cuando empieza a prestar servicios como relevista/sustituto**. Aunque haya trabajado hasta ese momento (criterios 19/1999 y 15/2000).

2ª.- Aceptar que **es relevista/sustituto idóneo el desempleado que hubiese trabajado con anterioridad en la empresa mediante un contrato indefinido**, cuando éste se hubiese **extinguido a consecuencia de un expediente de regulación de empleo, administrativo o judicial (concurso)**, que autorizase la amortización de determinados puestos de trabajo.

3ª.- Permitir que **también puede ser relevista/sustituto el trabajador** inscrito como demandante de empleo **que estuvo en la empresa vinculado por contrato indefinido**, cuando ese contrato fue **extinguido por causa distinta de las contempladas en el anterior apartado y distinta también del acuerdo de voluntades y de la dimisión del propio trabajador, y siempre que esa extinción se hubiese producido antes de los seis meses que preceden inmediatamente al contrato de relevo/sustitución**.

4ª.- Admitir que **igualmente puede ser relevista/sustituto el desempleado que hubiese trabajado en la empresa con contrato indefinido, aunque el cese** hubiese sido **por mutuo acuerdo o dimisión** del trabajador, pero **siempre** que esa baja laboral hubiese tenido lugar **antes de los seis últimos meses, y, además, después de cesar se hubiese prestado servicios en otra empresa o como autónomo**.

5ª.- **Aceptar**, aunque sólo **provisionalmente**, como relevista/sustituto idóneo **al desempleado que hubiese trabajado en la empresa, mediante contrato indefinido, cuando no concurren ninguna de las circunstancias** que, de acuerdo con lo dicho en los **anteriores** apartados, permitan una aceptación definitiva.

Esa aceptación provisional permitirá **reconocer la pensión** de jp o la especial a los 64 años, si se reúnen el resto de requisitos, pero esa resolución estimatoria se acompañará de **comunicación simultánea al empresario** informándole **de que se inician las averiguaciones oportunas acerca de la Dirección Territorial de la ITSS, con el fin de verificar la adecuación a la legalidad del contrato** correspondiente; se le indicará asimismo al empleador que, en la hipótesis de que la ITSS estimase que el

Ref. CISS: JC0100726

contrato del relevista o del sustituto no se ajusta a las prescripciones normativas, estaría obligado a efectuar un nuevo relevo/sustitución, con la consiguiente exigencia de responsabilidad en el supuesto de incumplimiento.

Como se dice, en estas situaciones se solicitará con la máxima prontitud informe de la ITSS sobre la posible existencia de un comportamiento fraudulento del trabajador y del empresario. Ello a efectos de exigir a este último, en su caso, la contratación de otro relevista en un plazo de 15 días, y declararlo, de no atender ese llamamiento, responsable del abono de la pensión devengada desde su reconocimiento y hasta que se produzca la debida contratación.

6ª.- **La actuación** prevista en el **anterior** apartado **puede** igualmente **seguirse en cualquier otro supuesto en el que**, a la vista de las circunstancias concretas del caso, **se susciten dudas** sobre la condición de desempleado del trabajador contratado para sustituir al pensionista de jp o al beneficiario de la jubilación especial a los 64 años.

Es sabido (criterio 27/2006, RJ 5/2007) que esta forma de proceder encuentra su amparo en la doctrina unificada contenida, entre otras, en las sentencias del TS de 25 de octubre de 2004 (RJ 2004\7825), 22 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6596) y 9 de diciembre de 2008, en las que viene a decirse que la legalidad o ilegalidad del contrato del sustituto/relevista no se proyecta a la jubilación del trabajador sustituido/relevado, salvo el caso de que se alegue y pruebe su participación en tales irregularidades, y sin perjuicio de que se exijan al empresario las responsabilidades a las que hubiere lugar.

7ª.- **Se podrá proceder de igual manera** que la indicada en los dos anteriores apartados, **cuando el trabajador desempleado hubiese trabajado para la empresa** que ahora lo propone para relevista/sustituto, **a través de sucesivos contratos de duración determinada que, conforme al vigente artículo 15.5 LET, podrían dar lugar a la consideración de trabajador fijo para quien los realizó.**

Este especial supuesto se estudió en los expedientes RJ 5/2007 y 67/2008, incluidos en el criterio 27/2006. Y aunque en el último de ellos se llegó a prescindir de la ITSS, dada la experiencia recogida en la etapa precedente, ahora, una vez suscrito el Plan anual de objetivos para el año 2009, el pasado 29 de enero de 2009, por parte del Director General de la ITSS (ver en COMINSS, de la Intranet), y del Director General del INSS, en el que se contemplan Actuaciones de colaboración en la lucha contra el fraude en el régimen económico de la Seguridad Social y apoyo a la gestión, cabe esperar otra actitud en general por parte de aquella Institución.