



SUPLI 4627/2017 1 / 9

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA
SALA SOCIAL

NIG : 17079 - 44 - 4 - 2016 - 8010126
AF

Recurso de Suplicación: 4627/2017

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER
ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO
ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 27 de octubre de 2017

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 6523/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por D. i... a la Sentencia del Juzgado Social 3 Girona (UPSD social 3) de fecha 6 de marzo de 2017 dictada en el procedimiento nº 194/2016 y siendo recurrido Ajuntament de Girona. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Felipe Soler Ferrer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de marzo de 2016 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclam. derechos contrato trabajo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 6 de marzo de 2017 que contenía el siguiente Fallo:

"Desestimo la demanda de reconocimiento de derecho y reclamación de cantidad interpuesta por ... contra el Ayuntamiento de Girona.

Sin imposición de costas."





SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

ÚNICO. La parte demandante ha prestado servicios por medio de contrato laboral con la parte demandada, con una antigüedad de 9 de junio de 1981, reconociéndole en el contrato y en las nóminas la categoría profesional de jefe de grupo de brigada de alumbrado. Por Decreto de alcaldía de 9 de marzo de 2001 se aprobaba un refuerzo de fines de semana y festivos (retén) que sería prestado por el nuevo equipo de electricistas, adscrito a la Unidad Operativa de Servicios. Ésta, de común acuerdo con el equipo de electricistas, sería la encargada de decidir la fijación nominal de los turnos, mediante la confección de un calendario. La prestación de este servicio supone una cuantía fija mensual de 113,48 euros, una cuantía fija por retén efectivo prestado de 107,02 euros y las horas extras correspondientes a partir de las dos primeras horas.

La parte demandante fue declarada en situación de jubilación parcial con efectos de 22 de octubre de 2015, con una jornada del 50% de la que venía llevando a cabo y reducción en proporción de las retribuciones económicas. En el año 2016, la parte demandante compactó su jornada del 18 de enero al 26 de mayo. Desde la jubilación parcial, la parte demandada ha dejado de abonar a la parte demandante el concepto de servicio de retén. El compañero de trabajo del demandante, incluyó al demandante en el calendario de retén los días 7 y 8 de noviembre de 2015, 2 y 3 de enero, 13 y 14 de febrero, 26 y 27 de marzo, 7 y 8 de mayo, 18, 19 y 24 de junio, 3 y 4 de septiembre, 8 y 9 de octubre, 12 y 13 de noviembre, 8, 17 y 18 de diciembre de 2016 y 14 y 15 de enero de 2017. El jefe de la Unidad Operativa de Servicios emitió un informe de 11 de enero de 2016, cuyo contenido se da por reproducido. Éste preguntó al demandante las razones por las que había sido incluido el demandante en el servicio de retén, a lo que el demandante contestó que lo había incluido por estar el asunto pendiente de juicio. La sección de Recursos Humanos presentó una reclamación contra la parte demandada por la no inclusión del demandante en el servicio de retén. Junto al demandante hay otros 7 jubilados parcialmente que no están incluidos en el servicio de retén. La parte demandante presentó reclamación previa, que fue desestimada.

De estimarse la demanda, el demandante habría devengado a 28 de febrero de 2017 unos 1.051,27 euros por retribución fija de retén y unos 2.568,48 euros por servicio efectivo de retén, según ampliación de demanda, que damos por reproducida.

(Documental obrante en folios 26 a 162 y testificales de ...)





TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación letrada del trabajador demandante recurre en suplicación la sentencia del Juzgado de lo Social, que desestimó la demanda interpuesta en materia de reconocimiento de derecho y reclamación de cantidad. El recurso, impugnado por el Ayuntamiento demandado, consta de un único motivo suplicatorio, de censura jurídica, correctamente amparado en el art. 193.c) LRJS, por el que se acusa infracción del art. 14 CE, en relación con lo dispuesto en el art. 3 del ET [apartados 1 b) y c), 2, 3 y 5] y en el art. 12.4.d) y c) ET al desconectarlo del art. 35.3 del mismo texto estatutario.

Se alega, en síntesis, que la sentencia de instancia vulnera las normas señaladas cuando resuelve que el actor, por su condición de jubilado parcial al 50% (y como tal detentando desde entonces la condición de trabajador a tiempo parcial), no tiene derecho a estar incluido en el servicio de retén establecido en el seno de la demandada. Sin tener en cuenta que este servicio se presta por los trabajadores adscritos fuera de su jornada habitual de trabajo y que podrá ser prestado por cualquiera de los integrantes del nuevo equipo de electricistas, habiendo estado incorporado el actor en el servicio de retén hasta el momento en que accedió a la situación de jubilación parcial. Situación que, según el recurso, no ha de suponer, por las razones que se exponen, la exclusión de dicho servicio, insistiendo en que el servicio de retén responde a una razón de urgencia que está fuera de la jornada de trabajo, por lo que no debe haber diferencia entre un trabajador a jornada completa y otro a tiempo parcial. Se estima por todo ello que la forzosa exclusión del actor implicaría una injusta discriminación en relación con la prestación del servicio (art. 14 CE), y un trato desigual en relación con los derechos que ostentan los trabajadores a tiempo parcial con respecto a los trabajadores con contrato a tiempo completo, de los que se derivan unos perjuicios económicos reclamados en el proceso, y también en la relación de Seguridad Social, para cuando se recalculen la posterior pensión de jubilación ordinaria, al ser los conceptos reclamados plenamente cotizables y computables.

SEGUNDO.- En primer lugar debe señalarse que, conforme al hecho probado único de la sentencia de instancia, el servicio de retén viene establecido por un Decreto de Alcaldía, sin que conste en la premisa fáctica que dicho Decreto sea fruto de una negociación de la corporación municipal con la representación de los trabajadores, por lo que, visto el instrumento normativo utilizado para organizar el retén de fines





de semana y festivos, no tiene, como por contra se pretende en el recurso, la fuerza de un convenio colectivo, siendo por tanto una medida de organización interna del servicio dictada por el Ayuntamiento. Correspondiendo según el Decreto de Alcaldía a la Unidad Operativa de Servicios, de común acuerdo con el equipo de electricistas, la fijación de los turnos, mediante la confección de un calendario. Incumbe por tanto la ordenación del servicio a la Unidad Operativa de Servicios.

En segundo lugar, entendemos que adquiere decisiva importancia para la resolución del "thema decidendi" el hecho de que el actor, en 2016, compactó su jornada del 18 de enero al 26 de mayo. Sabido es que existen empresas que han venido siguiendo la práctica de acumular las jornadas de los trabajadores que accedían a la situación de jubilación parcial en el primer año o primeros meses de vigencia de la misma. De este modo, los jubilados parciales concentran la prestación de sus servicios durante el primer año del contrato, desvinculándose de la actividad productiva de la empresa durante el resto de su relación laboral hasta la fecha de su jubilación total, si bien durante ese tiempo mantienen la retribución y alta y cotización en la Seguridad Social. Los órganos gestores de la Seguridad Social, la Inspección de Trabajo y los Tribunales venían interpretando esta práctica como constitutiva de un fraude de ley por parte de las empresas dado que, de facto, ello supone la extinción del vínculo laboral con el trabajador y, por tanto, estaríamos realmente ante el supuesto de la anticipación de la jubilación, con la consiguiente incidencia en la pensión, esto es, la necesaria aplicación de los coeficientes reductores según la edad de verdadero cese en la actividad laboral. La regulación legal de la figura de la jubilación parcial no da respuesta a esta situación, pues la única previsión normativa al respecto la encontramos en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial así como la jubilación parcial, que alude a la posibilidad de que empresa y trabajador puedan acordar que las horas anuales del contrato de jubilación parcial se realicen de forma concentrada en determinados períodos de cada año; es decir, la norma admite expresamente la acumulación anual de la jornada, pero no dice nada acerca de la acumulación interanual. Hasta ahora había solo algún pronunciamiento judicial muy aislado que, partiendo del análisis de la incidencia de esta práctica en la validez del contrato de relevo a la hora de su extinción, contradecía el criterio mayoritario sosteniendo la validez de la acumulación interanual de la jornada del jubilado parcial. El Tribunal Supremo parece haber zanjado esta cuestión en su Sentencia de 19 de enero de 2015, en la que analiza la validez de la extinción de un contrato de relevo en un supuesto en el que el trabajador relevado concentró su jornada reducida del 15% en los nueve meses siguientes a la celebración del contrato de relevo y la jubilación parcial, sin prestar servicios después de ello pero manteniéndose en alta en la empresa, la cual continuó cotizando por él hasta la fecha de su jubilación total. La respuesta del Tribunal Supremo en este caso es la validez de la extinción del contrato de relevo una vez alcanzada por el relevado la edad de jubilación ordinaria; y ello por cuanto considera que el contrato de relevo debe ajustarse al cumplimiento de sus propios requisitos formales y materiales, por lo que, cumplidos estos, la extinción del mismo llegada la fecha de su vencimiento debe calificarse como una válida extinción del contrato temporal. Y a ello añade, respecto a la existencia o no de fraude en el





contrato de jubilación parcial cuando la prestación de servicios se concentra en un determinado lapso de tiempo, aunque ciertamente no es el núcleo del debate, que, si bien se trata de una situación anómala, no es fraudulenta. Para alcanzar tal convicción el Tribunal Supremo parte del concepto propio de "jubilación", según el cual consiste en una situación de necesidad generada por la ausencia de rentas salariales determinada por el cese en el trabajo a causa de la edad y acompañada del cese en las cotizaciones. Pues bien, el Alto Tribunal concluye en el caso debatido que no puede entenderse que exista una jubilación anticipada del trabajador relevado porque ha continuado el percibo de la retribución, el trabajador relevado ha persistido en alta en la Seguridad Social y se ha mantenido el ingreso de las correspondientes cotizaciones durante el periodo que media entre la jubilación parcial y la edad ordinaria de jubilación. La resolución es relevante porque, pese a que tenía por objeto analizar la validez y posterior cese del contrato del trabajador relevista, descarta la existencia de un fraude de ley derivado de la práctica de la acumulación interanual de la jornada del jubilado parcial, si bien califica esta práctica como un "supuesto anómalo". Vemos que el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de enero de 2015 no resolvía expresamente la cuestión indicada, ya que se pronunciaba sobre la legalidad del contrato del relevista a pesar de la concentración de la jornada del jubilado parcial en un único periodo, no sobre la legalidad de dicha concentración. En cambio, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2017 sí se pronuncia expresamente sobre la práctica señalada, concluyendo que la misma no es ilegal si media acuerdo con el jubilado parcial al respecto. Y los argumentos en los que el Tribunal Supremo fundamenta su Sentencia son los siguientes:

- La ausencia de específico tratamiento normativo de la concentración de la jornada del jubilado parcial en un único periodo no implica de suyo ilegalidad alguna, sino que, partiendo de la libertad de pacto que impera en nuestra legislación, tal consecuencia de ilegalidad solo es sostenible cuando media fraude, el cual no concurre en el caso analizado por los motivos que a continuación se exponen.

- Se cumplen las finalidades de la jubilación parcial que atienden al mercado de empleo y a las necesidades financieras, por cuanto, en relación a las primeras, se mantiene la vigencia del contrato de relevo hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación del jubilado parcial y, en lo que respecta a las segundas, y pese a la concentración de la jornada, se ingresan las cotizaciones de todo el periodo de jubilación parcial hasta la jubilación ordinaria del trabajador jubilado parcialmente, así como las del trabajador relevista hasta la finalización de su contrato.

- También se entiende cumplida la finalidad de acceso paulatino a la jubilación, señalando a este respecto que esta finalidad está prevista en exclusivo beneficio de quien se jubila y éste es el que precisamente renuncia a ese escalonado cese en el trabajo.





•Finalmente, en la situación de jubilación parcial, aunque se concentre la jornada de todo el periodo de jubilación parcial en el primer año, el jubilado parcial sigue recibiendo sus retribuciones, persiste su alta en Seguridad Social y el ingreso de las cotizaciones, todo ello prorrateado durante todo el periodo de jubilación parcial.

En definitiva, la Sentencia avala la legalidad de la práctica de concentrar la jornada de todo el periodo de duración de la jubilación parcial en el primer año, siempre que, mediando acuerdo al respecto con el jubilado parcial, se cumplan los demás requisitos de la jubilación parcial (mantenimiento del contrato del relevista hasta la jubilación ordinaria del jubilado parcial y que el jubilado parcial siga recibiendo sus retribuciones, persista su alta en Seguridad Social y el ingreso de las cotizaciones, todo ello prorrateado durante todo el periodo de la jubilación parcial).

Pues bien, de acuerdo con lo expuesto resulta que la acumulación de la jornada en la jubilación parcial supone que el trabajador jubilado parcial, fuera del periodo en que se concentra su jornada, queda desvinculado de la actividad productiva de la empresa. En nuestro caso se compacta la jornada del actor del 18 de enero al 26 de mayo de 2016, por lo que su inclusión en un calendario anual de retén genera evidentes disfunciones. Así, por ejemplo, siguiendo el discurso del escrito de impugnación, si durante el verano es cuando pueden surgir más necesidades y es cuando hay un número mayor de trabajadores de vacaciones, resulta que los jubilados parciales ya no están prestando su jornada. En cambio, de enero a junio, que es cuando los jubilados parciales están físicamente en el puesto de trabajo, el número de efectivos incluidos en el retén sería muy superior cuando las necesidades disminuyen. A efectos de una correcta planificación del calendario anual del servicio de retén resulta razonable que los trabajadores incluidos en el mismo estén presentes a lo largo de todo el año.

TERCERO.- En tercer lugar, abona la tesis desestimatoria la circunstancia de que el servicio de retén supone la realización de horas extras en caso de que el servicio efectivo exceda de dos horas, circunstancia que no puede darse en los trabajos a tiempo parcial ex art. 12.4 y 5 ET, sin que puedan, a priori y con carácter general, incluirse, o preverse, los trabajos del retén dentro del concepto de *"prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes"* a que se refiere el art. 35.3 ET, pues la finalidad ordinaria del retén serán las averías y el mantenimiento de las redes eléctricas de la ciudad de Girona en días festivos o fines de semana, lo que forma parte de la ordinariedad -normalidad- de los trabajos de reparación que llevan a cabo los trabajadores asignados al retén.

Existen por lo expuesto motivos que justifican la exclusión de actor del servicio de retén, no pudiendo pretenderse la percepción de las retribuciones derivadas de la prestación de dicho servicio, que venía realizando el actor hasta la jubilación parcial, pues no constituyen un derecho adquirido ni una condición más beneficiosa, ni son





SUPLI 4627/2017 7 / 9

consolidables al estar vinculadas a la prestación del servicio.

Finalmente, no podemos aceptar la alegación de trato desigual en relación a los trabajadores con contrato a tiempo completo. A lo largo de esta resolución hemos ido desgranando las razones que justifican la exclusión del actor del calendario anual del servicio de retén, siendo la principal de ellas la compactación de su jornada en unos pocos meses del año, de modo que el trato desigual respecto de los trabajadores a tiempo completo, que prestan sus servicios a lo largo de todo el año, tiene una justificación objetiva y razonable, al tiempo que las situaciones subjetivas que quieren traerse a comparación no son homogéneas o equiparables.

Procediendo por cuanto se deja expuesto la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de contra la sentencia de 6 de marzo de 2017,
dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Girona en sus autos nº 194/2016, sobre reconocimiento de derecho y reclamación de cantidad, promovidos por dicho recurrente contra el Ajuntament de Girona, y en su consecuencia confirmamos en todas sus partes dicha resolución judicial.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.





El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en cuenta N° , añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en cuenta N° , añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es . En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se





SUPLI 4627/2017 9 / 9

introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.





TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
CATALUNYA
SALA SOCIAL

Passeig Lluís Companys s/n
Barcelona
934866175

Núria Masdemont Ferrer
C. Joan Gris, 10-18 7ª pta. Torres Cerdà (Att. Sr. Ignacio de Anzizu)
Barcelona 08014

LETRADA DE LA ADM. DE JUSTICIA D/DÑA. ROSA EGEA GRAS. (md0079)

IMPORTANTE: SI PROCEDIERE, UNA VEZ FIRME LA SENTENCIA, EL IMPORTE DEL PRINCIPAL Y DE LA CONDENA EN COSTAS, DEBERÁ INGRESARSE EN LA CUENTA DE CONSIGNACIONES DEL JUZGADO DE LO SOCIAL CORRESPONDIENTE, DEBIENDO SOLICITAR EL NÚMERO DE CUENTA EN EL MISMO.

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN DE PROVIDENCIA Y DE SENTENCIA

En el rollo de Sala núm.: **4627/2017** formado para resolver el recurso de suplicación interpuesto contra resolución dictada por el Juzgado Social 3 Girona (UPSD social 3) en los autos Demandas núm. 194/2016 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha dictado, providencia de votación y fallo y con fecha 27/10/2017 la sentencia que por copia autorizada se acompaña a la presente.

Se le hace saber que tal resolución no es firme y que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina con los requisitos y advertencias legales que constan en la sentencia que se notifica.

Y para que sirva de notificación en forma a la persona que se indica, libro la presente que firmo en Barcelona a trece de noviembre de dos mil diecisiete.

LA LETRADA DE LA ADM. DE JUSTICIA

