

SOBRE LA OBLIGACIÓN DE SUSTITUIR AL TRABAJADOR RELEVISTA: LAS FRONTERAS ENTRE EL CONTRATO DE INTERINIDAD Y EL CONTRATO DE RELEVO

[Comentario a la STSJ Comunidad Valenciana 3342/2009, de 12 de noviembre, Sala de lo Social, rec. núm. 356/2009] *

ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Universidad Europea de Madrid*

Extracto:

LA sentencia comentada aborda la polémica obligación de sustituir al trabajador relevista, cuando se produce su cese. La doctrina de suplicación mayoritaria ha venido entendiendo de manera estricta el término «cese», identificándolo con la extinción del contrato del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. Recientemente, sin embargo, el Tribunal Supremo ha obligado a sustituir con contrato de relevo a un trabajador relevista que disfrutaba de excedencia voluntaria. La sentencia objeto de este estudio continúa excluyendo de esta obligación los casos de suspensión, en concreto la excedencia por cuidado de hijos, y señala que la modalidad adecuada es el contrato de interinidad. En el comentario la autora se pregunta si la sentencia de suplicación contraría la doctrina unificadora.

Palabras clave: contrato de relevo, contrato de interinidad, excedencia por cuidado de hijos, jubilación parcial y contrato a tiempo parcial.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *RTSS*. CEF, núm. 326, mayo 2010 o en *Normacef Socio-Laboral*.

THE OBLIGATION TO REPLACE A SHIFT WORKER: THE BORDERS BETWEEN INTERIM AND THE RELIEF CONTRACTS

[Comment on Ruling 3342/2009 of The High Court of Justice of The Comunidad Valenciana, of 12 November] *

ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Europea de Madrid*

Abstract:

THE commented sentence approaches the controversial obligation to replace a shift worker, when his redundancy takes place. The doctrine of majority suplicación has come to understand in a strict way the term «redundancy» identifying it with the extinction of the contract of article 49 of the Statute of the Workers. Recently, nevertheless, the Supreme Court has forced a worker to be replaced with a shift contract while he was on voluntary leave of absence. The sentence object of this study continues excluding from this obligation the cases of suspension, in particular the extended leave of absence for the care of children, and indicates that the suitable modality is the interim contract. In the commentary the author asks itself if the suplicación sentence opposes the unificadora doctrine.

Keywords: contract of relief, contract of interinidad, taken care of excedencia by of children, partial retirement and time partial contract.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la RTSS. CEF, núm. 326, mayo 2010 o en *Normacef Socio-Laboral*.

Sumario

1. Supuesto de hecho.
2. La jubilación parcial.
3. El contrato de relevo y el contrato a tiempo parcial del trabajador jubilado.
4. La necesidad y, en su caso, obligación de sustituir dentro del contrato de relevo.
 - 4.1. La polémica en torno a la obligación de sustituir al relevista en caso de «cese».
 - 4.2. La interpretación estricta: la identificación del «cese» con la extinción del contrato.
 - 4.3. La interpretación flexible: la identificación del «cese» con todo tipo de ausencia, tanto definitiva como provisional.
 - 4.4. La solución de la STSJ Comunidad Valenciana, de 12 de noviembre.

1. SUPUESTO DE HECHO

Un trabajador de la Caja de Ahorros del Mediterráneo pasó a situación de jubilado parcial en la misma fecha en que la empresa formalizó un contrato temporal de relevo a tiempo completo con una trabajadora desempleada. Un año y medio después, la trabajadora relevista pasó a situación de excedencia para cuidado de hijos. El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reclama a la empresa el reintegro de la cantidad correspondiente a la jubilación parcial del trabajador relevado desde el momento en que la relevista pasó a la situación de excedencia.

El letrado de la Seguridad Social considera que se ha infringido la disposición adicional 2.^a del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial ¹. Sostiene en esencia que el artículo 18 de dicho reglamento dispone la obligatoriedad de simultanear la jubilación parcial con un contrato de relevo para que el jubilado parcial pueda obtener el incremento, lo que a su juicio implica que debe cotizarse mediante un contrato de relevo por la jornada dejada vacante para que puedan incrementarse las bases de jubilación de quien se jubila y trabaja parcialmente, y alega que sostener otra interpretación supondría la pérdida del beneficio del 100 por 100 para el trabajador jubilado parcialmente sin sanción alguna para el empresario infractor, único beneficiado por la situación.

Se trata, pues, de determinar si tras la suspensión del contrato del relevista por pasar a la situación de excedencia por cuidado de hijos debe la empresa sustituir a éste mediante la suscripción de otro contrato de relevo. La cuestión debatida se enmarca en un debate más amplio, el de la necesidad y obligatoriedad de sustituir dentro del contrato de relevo. Este último es, en definitiva, un contrato de sustitución, pero con unas peculiaridades que le apartan del contrato de sustitución por excelencia, que es el contrato de interinidad. La ausencia del trabajador relevista o del relevado plantean no sólo el problema de determinar cuál es la modalidad adecuada para sustituirlos –el contrato de interinidad

¹ BOE de 27 de noviembre de 2002.

o el contrato de relevo, sino también algo que no existe en el contrato de interinidad: la obligatoriedad de la sustitución.

Curiosamente, el estudio de las sentencias revela que en ocasiones el INSS sostiene que para hacer efectiva la obligación de sustituir al relevista, el empresario tendría que haber celebrado un contrato de interinidad, aplicando por analogía el apartado 4 de la disposición adicional 2.^a del Real Decreto 1131/2002, para exigir la responsabilidad prestacional ².

La jubilación parcial y el contrato de relevo son figuras cuya regulación se remonta al año 1984 ³. Ambas instituciones han sido reformadas en varias ocasiones, la última de ellas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social ⁴. La regulación actual se contiene en el artículo 166.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), precepto que debe ponerse en conexión con el artículo 12.6 y 7 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (TRET) y con el Real Decreto 1131/2002 ⁵. Por razones cronológicas, la nueva regulación legal no se aplica al caso objeto de estudio. Debe precisarse, no obstante, que los artículos principalmente afectados por el caso no han sido objeto de modificación.

2. LA JUBILACIÓN PARCIAL

Uno de los requisitos tradicionales para acceder a la pensión de jubilación es el cese en el trabajo. Históricamente, sin embargo, se ha venido admitiendo el acceso a la jubilación parcial tras un cese también parcial en el trabajo, siempre que venga acompañado de la celebración de un contrato con una persona desempleada. Es la denominada jubilación parcial «anticipada», que va acompañada de un contrato de relevo «obligatorio». A partir de 2001, y dentro de las nuevas tendencias de prolongación de la vida laboral más allá de la edad de jubilación, se permite que el abandono del trabajo sea paulatino, admitiéndose el acceso a la jubilación parcial sin necesidad de celebrar un contrato de relevo, cuando el trabajador haya cumplido los 65 años y reúna los requisitos para causar derecho de jubilación. En esta jubilación, que para diferenciarla de la anterior podríamos denominar «diferida», el contrato de relevo es «potestativo».

² *Vid.*, por ejemplo, STSJ Navarra de 22 de septiembre de 2008 (rec. núm. 226/2008).

³ Fue la Ley 32/1984, de 2 de agosto (BOE de 4 de agosto), la que introdujo en nuestro sistema jurídico el contrato de relevo, cuyo régimen fue desarrollado por el Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre, por el que se regulan el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial (BOE de 9 de noviembre).

⁴ BOE de 5 de diciembre de 2007.

⁵ La Ley 12/2001, de 9 de julio, modificó el artículo 12.6 del TRET con el fin de adaptar el contrato de relevo a las modificaciones que el Real Decreto-Ley 5/2001 había introducido en el contrato a tiempo parcial. La nueva ley introdujo, asimismo, tres novedades en este contrato: la posibilidad de celebrar contratos de relevo con trabajadores que tuvieran concertado con la empresa un contrato de duración determinada; la admisión del contrato de relevo indefinido, y el recurso facultativo a esa modalidad para complementar la reducción de jornada de trabajadores que, pese a reunir todas las condiciones generales exigidas para acceder a una pensión contributiva de jubilación, decidieran continuar trabajando a tiempo parcial. La correspondiente modificación del artículo 166 del TRLGSS, con el fin de adaptar su régimen a los cambios introducidos en el contrato de relevo, se llevó a cabo por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. El desarrollo reglamentario del régimen jurídico de la jubilación parcial se encuentra en el Real Decreto 1131/2002.

Tres son los objetivos que, en opinión de URÁN AZAÑA, se trata de conseguir a través del mecanismo de la jubilación parcial: «retiro progresivo o reducción progresiva del tiempo de trabajo e incremento correlativo del tiempo disponible que permita al trabajador una organización nueva de su vida cotidiana y un tránsito escalonado hacia las actividades de la "tercera edad"; fomento del empleo a través del reparto del tiempo de trabajo disponible en las empresas, y flexibilidad de la gestión del trabajo en las empresas»⁶. Tras la reforma del año 2001 se da un nuevo enfoque a la institución, pues se añade la finalidad de prolongar la vida laboral más allá de la edad de jubilación⁷.

Centrándonos en la jubilación parcial anticipada, actualmente está sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Haber cumplido 61 años de edad –60 en caso de mutualistas anteriores al 1 de enero de 1967–.
- Acreditar una antigüedad en la empresa de al menos seis años ininterrumpidos inmediatamente anteriores a la jubilación parcial.
- Que la reducción de jornada se halle entre un 25 y un 75 por 100, o sea de un 85 por 100 si acredita 30 años de cotización, seis años de antigüedad en la empresa y el relevista se contrata a tiempo completo y con duración indefinida [art. 166.2 c) TRLGSS].
- Acreditar 30 años de cotización, sin computar la parte proporcional de las pagas extras.
- El puesto a ocupar por el relevista debe ser de la misma categoría o grupo profesional que el que corresponde al trabajador relevado; sin embargo, la Ley 40/2007 ha introducido un margen de flexibilidad, al permitir que se pueda concertar un contrato de relevo, aunque el puesto de trabajo del jubilado parcial y el del relevista no correspondan al mismo grupo profesional o categoría equivalente, siempre que exista una correspondencia entre las bases de cotización, de forma que la correspondiente al relevista no puede ser inferior al 65 por 100 de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. En este punto la reforma ha sido de gran calado, ya que con anterioridad podía celebrarse un contrato de relevo en una categoría profesional del mismo grupo profesional pero que llevara aparejada una retribución inferior, con la consiguiente cotización inferior a la del relevado⁸. No obstante, mientras que no se lleve a cabo el desarrollo reglamentario donde se fijen los requerimientos para que opere la excepción, hay que entender que procede la jubilación parcial y el contrato de relevo, siempre que exista la correspondencia de bases entre aquella por la que venía cotizando el jubilado parcial y por la que va a cotizar el relevista⁹.

⁶ URÁN AZAÑA, Y., «Interdependencia genética entre la jubilación parcial y el contrato de relevo: efectos jurídicos». *Aranzadi WestlawEs*, BIB 2004\1847, pág. 1.

⁷ MORADILLO LARIOS, C., «La nueva regulación del contrato a tiempo parcial, los trabajos fijos discontinuos, el contrato de relevo y la jubilación parcial», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 44, pág. 119.

⁸ SPINA CARRERA, M., «La jubilación en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, núm. 74, pág. 165.

⁹ PANIZO ROBLES, J.A., «La reforma de la Seguridad Social. Comentarios a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social», *RTSS. CEF*, enero 2008, núm. 298, pág. 54, nota 190.

- El contrato de relevo tendrá una duración, como mínimo, igual al tiempo que le falta al jubilado para cumplir los 65 años ¹⁰.

Para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación ordinaria se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes al periodo de trabajo a tiempo parcial por jubilación parcial, incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido en caso de no haber reducido la jornada y siempre que se hubiera simultaneado con un contrato de relevo (art. 18 RD 1131/2002).

Del régimen jurídico analizado se desprende con claridad la idea de que el costoso desembolso que realiza la Seguridad Social, adelantando en unos años el pago de una parte de la pensión de jubilación, se vea compensado con el mantenimiento del empleo y el ingreso de cotizaciones por parte de otros trabajadores que vienen a completar, aunque no necesariamente, la jornada del jubilado, por lo que no dejan de ingresar cuotas ¹¹.

3. EL CONTRATO DE RELEVO Y EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL DEL TRABAJADOR JUBILADO

El contrato de relevo es aquel que se concierta con una persona desempleada o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada, para sustituir la jornada dejada vacante por un trabajador de la empresa que accede a la jubilación parcial.

El trabajador sustituto se denomina relevista, y el sustituido, relevado. Este último, simultáneamente al acceso a la jubilación, pacta con su empresa la transformación de su contrato en otro a tiempo parcial cuyo régimen jurídico se contiene en el artículo 12.6 del TRET:

- a) El trabajador deberá acordar con su empresa una reducción de jornada y de salario de entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo del 75 por 100, conforme al artículo 166 del TRLGSS. La reducción del salario podrá alcanzar el 85 por 100 cuando el contrato de relevo se concierte a jornada completa y con duración indefinida, siempre que el trabajador cumpla los requisitos establecidos en el artículo 166.2 c) del TRLGSS, que se han indicado en el epígrafe anterior. Esta reducción puede incrementarse anualmente, con la conformidad del empresario. En este caso, debe ofrecerse al trabajador relevista la posibilidad de ampliar la jornada. Si no lo acepta, deberá contratarse a otro trabajador relevista (art. 12.2 RD 1131/2002).
- b) En el contrato deben constar los elementos propios del contrato a tiempo parcial y, además, la jornada que realizaba antes y la que resulte de la reducción (disp. adic. 1.ª RD 1131/2002).

¹⁰ Los requisitos de edad, antigüedad en la empresa, reducción máxima de jornada y 30 años de cotización se implantan de forma gradual (disp. trans. 17.ª TRLGSS).

¹¹ SPINA CARRERA, M., «La jubilación en la Ley 40/2007...», *op. cit.*, pág. 162.

Tratándose de un trabajo a tiempo parcial, puede concentrarse la jornada en determinados periodos del año (así lo establece, a efectos de cotización, la disp. adic. 3.ª RD 1131/2002).

- c) La novación del contrato a tiempo parcial no supone la pérdida de los derechos adquiridos ni de antigüedad (disp. adic. 1.ª RD 1131/2002).
- d) La relación laboral se extinguirá al producirse la jubilación total del trabajador.

El contrato de relevo, tanto el obligatorio como el potestativo, obedece claramente a una finalidad de fomento del empleo ¹², igual que ocurre con el contrato de sustitución del trabajador jubilado a los 64 años ¹³. Por esa razón se exige que sólo pueda celebrarse con trabajadores desempleados inscritos en las Oficinas de Empleo, o con quienes pueden quedar en situación de desempleo, como es el caso de los trabajadores de la empresa con contrato de duración determinada. Por esa razón, también el artículo 12.7 e) del TRET anima a que en la negociación colectiva se establezcan medidas para impulsar la concertación de estos contratos.

A diferencia del contrato de sustitución del trabajador jubilado a los 64 años, el legislador ha creado una modalidad contractual autónoma, ya que para sustituir al trabajador relevista no permite que el empresario se acoja a las modalidades contractuales vigentes –fundamentalmente obra o servicio determinado, eventual y de interinidad–, sino que necesariamente debe celebrar un contrato de relevo que tiene unas características propias, reguladas en el artículo 12.7 del TRET:

- a) Se celebrará con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada. Deberá concertarse por escrito, en modelo oficial, debiendo constar el nombre, edad y circunstancias profesionales del trabajador jubilado y las características del puesto que ocupará el relevista (disp. adic. 1.ª RD 1131/2002).
- b) La duración del contrato de relevo que se celebre como consecuencia de una jubilación parcial tendrá que ser indefinida o, como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de 65 años. Si, al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por periodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el periodo correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

En el caso del trabajador jubilado parcialmente después de haber cumplido 65 años, la duración del contrato de relevo que hubiera podido concertarse podrá ser indefinida o anual. En este segundo caso, el contrato se prorrogará automáticamente por periodos anuales, extinguiéndose en la forma señalada en el párrafo anterior.

¹² «Antes que nada, pues, estamos ante una fórmula incentivadora de la contratación de un trabajador desempleado para sustituir a un trabajador maduro». MORADILLO LARIOS, C., «La nueva regulación del contrato a tiempo parcial...», *op. cit.*, pág. 119.

¹³ Contrato regulado en el Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio, sobre normas de anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo (BOE de 20 de julio).

- c) La jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial, pero, en todo caso, deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido. El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él.
- d) El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo que el del trabajador sustituido o uno similar, entendiendo por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente.

En los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo que vaya a desarrollar el relevista no pueda ser el mismo o uno similar que el del jubilado parcial, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en el artículo 166.2 e) del TRLGSS, ya estudiados en la jubilación parcial.

El Tribunal Supremo ha señalado recientemente en sentencia de 25 de enero de 2010¹⁴ que la norma analizada, a diferencia de otras modalidades de fomento de creación de empleo previstas legalmente –como las de jubilación forzosa reguladas en la ahora vigente disposición adicional 10.^a del TRET, en la que se dispone que dicha medida «deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo»–, no se ha articulado de una manera genérica que luego pueda ser objeto de concreción para cumplir con unos «objetivos coherentes con la política de empleo». Por el contrario, la normativa sobre jubilación parcial configura sus objetivos, en cuanto a creación de empleo se refieren, de una manera mucho más limitada, «circunscribiéndolos, en principio, al ámbito de la concreta empresa en la que el trabajador jubilado parcial presta sus servicios e interrelacionando de forma directa el concreto contenido del contrato de éste y sus vicisitudes con las de la contratación del trabajador relevista; pretendiéndose que, como mínimo, el tiempo de trabajo que deja libre el jubilado parcial se cubra por el relevista para que no se pierda nivel de empleo en la concreta empresa, y estableciéndose con base en dicha interrelación los mecanismos de control de la regularidad de dichas figuras contractuales a los efectos laborales y de Seguridad Social».

A continuación veremos cómo la obligación de sustituir tanto al trabajador relevista como al relevado en determinados casos de cese es un mecanismo de control de la regularidad de dichos contratos.

¹⁴ Recurso núm. 1245/2009. En el caso analizado por la sentencia, se produjo el cese del trabajador relevista en la empresa en la que seguía prestando sus servicios el jubilado parcial, por haber sido traspasado aquél a una tercera empresa que se subrogó en los derechos y obligaciones de la anterior. Considera el tribunal que el hecho de que la empresa originaria no contratara a otro relevista no significa que tenga que devolver al INSS el importe de la pensión correspondiente al tiempo de ausencia de aquél, ya que se entiende que los objetivos de fomento del empleo se alcanzan si la nueva empresa mantiene el mismo puesto de trabajo con el mismo contrato y condiciones. Todo ello sin perjuicio de que, en el supuesto de cese del relevista en la última empresa, la obligación de contratar pudiera volver a recaer sobre la empresa originaria.

4. LA NECESIDAD Y, EN SU CASO, OBLIGACIÓN DE SUSTITUIR DENTRO DEL CONTRATO DE RELEVO

4.1. La polémica en torno a la obligación de sustituir al relevista en caso de «cese»

El Real Decreto 1131/2002 prevé dos casos en los que es obligatorio sustituir tanto al trabajador relevado como al trabajador relevista.

En primer lugar, si el trabajador jubilado es despedido improcedentemente y no es readmitido, el empresario debe ofrecer al trabajador relevista que incremente su jornada o sustituir al trabajador jubilado despedido por otro relevista (disp. adic. 2.ª 2 RD 1131/2002). Si la segunda contratación se llevara a cabo, nos encontraríamos con la extraña situación de tener dos trabajadores relevistas sin trabajador relevado.

En segundo lugar, en caso de que cese el trabajador relevista por cualquier causa durante la vigencia del contrato de relevo, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador desempleado o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada (disp. adic. 2.ª 1 RD 1131/2002). La palabra «cese» no debe entenderse como sinónima de despido, término empleado sólo en relación con el cese del relevado, sino en un sentido más amplio que incluye las otras causas de extinción del artículo 49 del TRET¹⁵.

A diferencia de su antecedente, el artículo 9.1 del Real Decreto 1991/1984, que guardaba silencio acerca de la modalidad contractual que debería emplearse para sustituir al relevista o al relevado despedido, la disposición adicional 2.ª 3 del Real Decreto 1131/2002 ordena que «las nuevas contrataciones deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo».

En ambos casos, los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese o, en su caso, la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido. La jornada pactada en los nuevos contratos será, como mínimo, igual a la que realizaba, en el momento de producirse la extinción, el trabajador cuyo contrato se ha extinguido (disp. adic. 2.ª 3 RD 1131/2002).

En caso de incumplimiento de la obligación de sustituir al jubilado despedido improcedentemente o al relevista que cese, el empresario deberá abonar a la entidad gestora correspondiente el importe de la prestación de jubilación parcial devengado desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación definitiva (disp. adic. 2.ª 4 RD 1131/2002). Conforme a doctrina unificada del Tribunal Supremo, sentada en Sentencia de 9 de febrero de 2010¹⁶,

¹⁵ Excepto cuando la extinción del contrato del relevista se produce junto con la del contrato del trabajador relevado al amparo de un expediente de regulación de empleo (STS 16 de septiembre de 2008, rec. núm. 3719/2007, entre otras). En este caso ha considerado el Alto Tribunal que 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 sólo la situación de jubilación parcial más las prestaciones por desempleo.

¹⁶ Recurso núm. 2334/2009.

esta consecuencia debe situarse en términos puramente obligacionales, que no represivos, con el fin de que la empresa no desconozca los compromisos que contrae al suscribir el contrato de relevo, aproximándose más a un reintegro de prestaciones que al ejercicio del *ius puniendi*, ya que ninguna suerte de sanción impone el INSS. No existe sanción administrativa, sino restauración del orden normal de las cosas.

El mismo tribunal ¹⁷ ha suavizado los efectos del incumplimiento de la obligación, al considerar que si es meramente parcial (falta de contratación de un nuevo relevista durante más de 15 días a partir del cese del anterior, pero por un periodo concreto que sea menor de aquel en que deba producirse la jubilación total o anticipada del jubilado parcial), «en ese caso la responsabilidad del empleador deberá atemperarse para ser exigida en forma proporcional a la entidad del incumplimiento».

La necesidad de sustituir al relevado está provocada por una ausencia definitiva que, además, es debida a un despido improcedente sin readmisión. Si la ausencia fuera provisional, podría acordarse su sustitución por el mismo relevista, de manera que éste, asumiendo la jornada del relevado, operara como sustituto o interino, y de manera que aquél operara como sustituido. En opinión de BARREIRO GONZÁLEZ ¹⁸, la técnica jurídica empleada sería, no la celebración de un contrato de interinidad, sino más bien la adición a un contrato ya existente, que además es de relevo, de un pacto de interinidad que, por lo demás, podría haber sido previsto inicialmente ¹⁹. El artículo 12.7 c) del TRET, al permitir que el contrato de relevo sea a tiempo parcial o a tiempo completo, daría cobertura a esta ampliación temporal de la jornada, pero entendemos que sería igualmente lícita la concertación de un segundo contrato a tiempo parcial de interinidad ²⁰.

En el segundo caso, sustitución de trabajador relevista, resulta controvertido si lo que motiva la necesidad y la consiguiente obligación de sustituir al relevista es también su ausencia definitiva o si el término «cese» debe interpretarse de forma amplia, incluyendo los casos de ausencia provisional.

Si entendemos que el término «cese» es sólo el definitivo, ante un caso de ausencia temporal del relevista, el empresario sería libre de sustituirle y, si ésta fuera su opción, el contrato adecuado sería el de interinidad. Si, por el contrario, el cese se entiende en sentido amplio, el empresario estaría «obligado» a sustituir al relevista y debería hacerlo, además, a través de un contrato de relevo.

No es indiferente el recurso a uno u otro contrato. Las diferencias básicas son las siguientes:

-
- ¹⁷ *Vid.*, recientemente, SSTS de 8 de julio de 2009 (rec. núm. 3147/2008) y de 9 de julio de 2009 (rec. núm. 3032/2008).
- ¹⁸ El tema ha sido estudiado con profundidad por BARREIRO GONZÁLEZ, *La sustitución del trabajador con derecho de reserva: el contrato de interinidad*, Civitas, 1986, págs. 202-207.
- ¹⁹ BARREIRO GONZÁLEZ, *La sustitución...*, *op.cit.*, pág. 203.
- ²⁰ Es posible estar ligado simultáneamente por dos contratos a tiempo parcial con una misma empresa. Un supuesto así es contemplado en la STS de 31 de mayo 2000 (rec. núm. 3343/1999), que considera que la extinción de cada uno de ellos genera de modo independiente sus propias prestaciones por desempleo, sin descuento del tiempo superpuesto por el primer disfrute. La STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2009 (rec. núm 25/2008) permitió la celebración de dos contratos de relevo a tiempo parcial para sustituir a dos trabajadoras de la empresa que solicitaron la jubilación parcial.

- En el contrato de interinidad, salvo las excepciones de los contratos bonificados, no existe la obligación de concertarlo con un trabajador desempleado o con un contrato de duración determinada.
- Tampoco existe identidad en cuanto al puesto que deben cubrir el relevista y el interino. En ninguno de ellos debe coincidir exactamente con el del sustituido. Respecto del contrato de relevo, como regla general, el puesto que ocupe el relevista debe ser del mismo grupo profesional o categoría equivalente que el del relevado, debiendo existir correspondencia entre las bases de cotización de ambos. En el contrato de interinidad, la previsión del artículo 4.2 a) del Real Decreto 2720/1998 de que el interino pueda ocupar un puesto distinto del sustituido ²¹ ha sido interpretada por los tribunales con mayor flexibilidad que en el contrato de relevo, ya que se permite que el puesto del interino pueda ser consecuencia del recurso por el empresario a la movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo ²², sin que en ningún caso las bases de cotización actúen como límite.
- La duración del contrato, y aquí estriba la diferencia fundamental, es distinta. El contrato de interinidad pervive mientras subsiste la causa de la sustitución y se extingue por la reincorporación del sustituido, por la desaparición de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo y por el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación ²³. En principio, el contrato de relevo se extingue cuando el trabajador jubilado cumple la edad ordinaria de jubilación. Si se obliga al empresario a concertar un contrato de relevo, se daría la paradoja de que, pese a la reincorporación del sustituido, el segundo relevista tendría derecho a continuar hasta que el jubilado cumpliera 65 años, pudiendo demandar por despido improcedente si se le cesara antes de esta fecha.
- En cuanto a la forma, ambos deben concertarse por escrito. Sin embargo, el contenido obligatorio varía. En el contrato de interinidad es preciso indicar el nombre del sustituido y la causa de la sustitución, así como si el puesto que se ocupa es el del sustituido u otro diferente ²⁴. En el contrato de relevo, que además debe concertarse en modelo oficial, debe indicarse el nombre, edad y circunstancias profesionales del trabajador jubilado y las características del puesto que vaya a desempeñar el relevista. Es decir, no parece que en el contrato del segundo relevista deba indicarse el nombre del sustituido real –el primer relevista– ni la causa de la sustitución, sino únicamente los datos relativos al trabajador jubilado parcial relevado.
- La jornada del trabajador interino coincide con la del sustituido (salvo el caso especial de sustitución por reducción de jornada ²⁵). En principio, en el contrato de relevo realizado

²¹ Respecto del contrato de interinidad, el artículo 4.2 a) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre (BOE de 8 de enero de 1999), prevé que en el contrato se deberá indicar «si el puesto de trabajo a desempeñar será el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar el puesto de aquél».

²² *Vid.*, entre otras, STSJ Canarias/Las Palmas de 30 de septiembre de 2008 (rec. núm. 166/2008).

²³ Artículo 8.1 c) del Real Decreto 2720/1998.

²⁴ Artículos 4.2 a) y 6.1 del Real Decreto 2720/1998.

²⁵ Artículo 5.2 del Real Decreto 2720/1998.

para sustituir al relevista o al relevado despedido improcedentemente, la jornada del sustituto como mínimo tendría que coincidir con la dejada vacante por el jubilado parcial, aunque pudiera ser superior. Sin embargo, la disposición adicional 2.^a 3 del Real Decreto 1131/2001 prevé excepcionalmente que la jornada pactada en los nuevos contratos será igual a la que realizaba, en el momento de producirse la extinción, el trabajador cuyo contrato se ha extinguido. En el caso objeto de este comentario el contrato de relevo se celebró a tiempo completo, por lo que el segundo contrato de relevo tendría que tener este carácter y no podría limitarse a cubrir la jornada dejada vacante por el trabajador a tiempo parcial.

- Por otro lado, como medida para favorecer la conciliación de la vida familiar, el legislador incentiva en determinados casos (por ejemplo, para sustituir a un trabajador excedente por cuidado de hijos ²⁶) la concertación de contratos de interinidad con trabajadores desempleados. Si el empresario está obligado a contratar mediante la modalidad de relevo, no podría acogerse a las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social.

Antes de profundizar en el significado del término «cese», debemos precisar que no se identifica exclusivamente con los casos de extinción del artículo 49 del TRET, donde se produce un cese en la empresa. Como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de julio de 2009 ²⁷, «puede hablarse también, en sentido amplio, de cese cuando el trabajador, por su propia voluntad, deja de prestar servicios por un tiempo más o menos prolongado, produciendo con su decisión voluntaria, por el periodo de apartamiento del trabajo, una plaza vacante en el organigrama de la empresa. La opción por una interpretación extensiva, que comprenda estos supuestos de cese temporal, o por una interpretación estricta, que limite el alcance de la expresión al cese definitivo, dependerá normalmente de la finalidad de la disposición en la que el término aparezca» ²⁸, lo que nos obliga a reflexionar sobre la intención del legislador al establecer la obligación del mantenimiento del contrato de relevo.

4.2. La interpretación estricta: la identificación del «cese» con la extinción del contrato

Si se realiza una lectura literal de la disposición adicional 2.^a del Real Decreto 1131/2002, primero de los medios hermenéuticos a los que remite el artículo 3.2 del Código Civil, se observa que en varias ocasiones el legislador sustituye el término «cese» por el de «extinción».

En efecto, la disposición adicional 2.^a 3 del Real Decreto 1131/2002, que se aplica a los supuestos 1 (necesidad de sustituir al relevista que cesa) y 2 (obligación de sustituir al relevado despedido improcedentemente), cuando habla de la jornada de los «nuevos contratos», en plural, señala que será como mínimo igual a la que realizaba, en el momento de producirse la «extinción», el trabajador cuyo contrato se ha «extinguido». Claramente está pensando en un cese definitivo. El apartado 4, que también se aplica a los dos casos, establece que en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones

²⁶ Disposición adicional 14.^a del ET.

²⁷ Recurso núm. 3032/2008.

²⁸ Véase nota anterior.

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. No hay que olvidar que el artículo 9.3 del Real Decreto 1991/1984, al hablar del reintegro de las prestaciones no utilizaba el término «extinción», sino el de «cese»²⁹, término que continúa utilizando el artículo 4 del Real Decreto 1194/1985 al regular la sustitución del sustituto de un trabajador jubilado a los 64 años³⁰.

De acuerdo con esta interpretación, la finalidad de la disposición adicional 2.^a del Real Decreto 1131/2002 sería el mantenimiento del empleo, evitando que el empresario actúe fraudulentamente amortizando la plaza ocupada por el relevista, ya que en este caso dejaría de satisfacerse la finalidad de fomento del empleo que cumple la jubilación parcial y resultarían afectadas las finanzas de la Seguridad Social³¹. Ésta es la interpretación que realiza la STSJ Madrid de 7 de mayo de 2009³² al enjuiciar un caso en el que el relevista había solicitado y disfrutado de una licencia de empleo y sueldo durante dos meses y medio³³. Como apunta URÁN AZAÑA, no hay que olvidar que «esta política a favor de la jubilación parcial sólo es defendible si el coste para la Seguridad Social se compensa con el mantenimiento real y prolongado del volumen de empleo existente en las empresas, se imponen medidas, directas e indirectas, que impidan o frenen la amortización de puestos de trabajo, entendida aquí en un sentido doble: *ex post*, es decir, amortización del puesto de trabajo del relevista una vez que accede a la jubilación completa el relevado; y *ex ante* o extinción del contrato de relevo antes de que el relevado acceda a la jubilación completa»³⁴.

Se ha señalado también que la disposición adicional 2.^a 1 del Real Decreto 1131/2002 es una norma que tiene anudada una responsabilidad prestacional, ya que su incumplimiento conlleva la obligación del empresario de abonar el importe de la prestación de jubilación parcial, pese a haber cumplido sus obligaciones de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social. Dada su naturaleza prestacional, no debe ser objeto de una interpretación extensiva. Así lo ha entendido el TSJ de Aragón en sentencias de 27 de diciembre de 2006³⁵ –sanción de suspensión de empleo y sueldo de 30 días–,

²⁹ Artículo 9.3: «En caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en los números anteriores, el empresario deberá abonar a la entidad gestora correspondiente el importe de la prestación de jubilación parcial devengado desde el momento del cese o del despido improcedente».

³⁰ Si durante la vigencia del contrato se produjera el cese del trabajador, el empresario deberá sustituirlo, en el plazo máximo de 15 días, por otro trabajador desempleado por el tiempo que reste para alcanzar la duración mínima del contrato, salvo supuestos de fuerza mayor. En caso de incumplimiento deberá abonar a la entidad gestora correspondiente el importe de la prestación de jubilación devengado desde el momento del «cese» del trabajador contratado.

³¹ Para GARCÍA TRASCASAS, A., («Sobre el cese del trabajador relevista y su sustitución extemporánea», *Aranzadi Social WestlawEs*, BIB 2006\702, pág. 5) con esta obligación «se quiere asegurar la subsistencia del CR y evitar comportamientos fraudulentos del empresario que repercuten en el mantenimiento del empleo y en las finanzas de la Seguridad Social».

³² Rec. núm. 750/2009.

³³ Señala la sentencia que en caso de ausencia no definitiva no concurre «una desocupación efectiva del trabajador afectado, en su condición de desempleado, por razón de su no desvinculación definitiva del puesto de trabajo concreto de que se trate». De la misma opinión es la STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2007 (Rec. núm. 4446/2006) cuando impone el reintegro de la prestación, ya que el empresario no sustituyó al relevista que había disfrutado permiso sin sueldo por tres meses, durante los cuales el trabajador se dio de alta en otra empresa. En este caso considera el tribunal que el contrato se había extinguido.

³⁴ URÁN AZAÑA, Y., «Interdependencia genética...», *op. cit.*, pág. 2.

³⁵ Recurso núm. 1083/2006.

de 20 de febrero de 2007³⁶—excedencia por cuidado de hijos—, y de 23 de octubre de 2006³⁷—reducción de jornada para atender al cuidado de un hijo—. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia de 17 de septiembre de 2008³⁸—suspensión de empleo y sueldo durante un mes—.

La STSJ del País Vasco de 20 de febrero de 2007, por su parte, llama la atención sobre la contradicción que supondría no exigir la sustitución del relevado en caso de ausencia parcial y sí hacerlo cuando es el relevista quien se ausenta provisionalmente³⁹.

Conforme a la interpretación estricta, en los casos de suspensión del contrato, como podría ser una excedencia por cuidado de hijos, dado que el contrato no se extingue, el empresario no está obligado a sustituir al relevista. Es libre de ocupar la plaza del ausente y, si lo hace, como la causa del contrato es sustituir a un trabajador ausente con reserva de puesto de trabajo, y no sustituir la jornada dejada vacante por el relevado, la modalidad adecuada es el contrato de interinidad⁴⁰ o, incluso, la contratación a través de una ETT⁴¹. Pero incluso si la ley hubiera impuesto la obligación de sustituir en caso de ausencia provisional, debería haber permitido el recurso a otras modalidades contractuales⁴².

4.3. La interpretación flexible: la identificación del «cese» con todo tipo de ausencia, tanto definitiva como provisional

La principal argumentación a favor de una interpretación flexible del término «cese» parte de considerar que tras la obligación de sustituir al relevista existen razones fundamentalmente económicas. Se trataría de compensar con las cotizaciones del contrato de relevo las cargas que asume la Seguridad Social al abonar de forma anticipada una parte de la jubilación del relevado, en atención al objetivo de reparto-fomento del empleo. Resulta evidente que el equilibrio económico se rompe no sólo en caso de ausencia definitiva, sino también cuando el trabajador se ausente por un periodo superior a 15 días, siempre y cuando, claro está, la ausencia implique un cese en la obligación de cotizar. En contra de este razonamiento, la STSJ de Navarra de 22 de septiembre de 2008⁴³, precisamente en relación con la excedencia por cuidado de hijos de un mes, consideró que el Real

³⁶ Recurso núm. 588/2007.

³⁷ Recurso. núm. 968/2006.

³⁸ Recurso núm. 5270/2007.

³⁹ Véase nota 36.

⁴⁰ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 20 de febrero de 2008 (rec. núm. 149/2008) —en relación con un caso de maternidad seguido de excedencia en que se acudió a contrato de interinidad—. De la misma opinión son FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., «La jubilación parcial: contratos a tiempo parcial y contrato de relevo», en AA VV, *La reforma de la Seguridad Social de 2007-2008*, Aranzadi, 2009, pág. 214, y FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Contrato de relevo y reducción de jornada por guarda legal. ¿Existe obligación de sustituir al relevista?», *Aranzadi WestlawEs*, BIB 2009/1694.

⁴¹ STSJ de Cataluña de 3 de abril de 2009 (rec. núm. 8305/2007) —en relación con la sustitución por excedencia de cuatro meses por maternidad—.

⁴² STSJ de Castilla y León/Valladolid de 20 de febrero de 2008 (rec. núm. 149/2008).

⁴³ Recurso núm. 226/2008.

Decreto 1131/2002 no configura un modelo retributivo u oneroso que presume que la cotización por el contrato de relevo justifica o financia la prestación de jubilación anticipada.

También en un caso de excedencia por cuidado de hijos que tuvo una duración de tres meses, la STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2008 ⁴⁴ defendió la interpretación amplia. Curiosamente, la excedencia vino precedida de un permiso de maternidad, pero la responsabilidad prestacional alcanzó sólo al periodo de excedencia. El argumento fundamental es que el término cese se emplea no en el ámbito del Derecho Laboral, sino en el de la Seguridad Social, y en éste a veces es sinónimo de desvinculación temporal del contrato (por ejemplo, las situaciones asimiladas al alta existen por cese definitivo o temporal en la actividad).

Éste es el criterio por el que se ha decantado el Tribunal Supremo en su Sentencia unificadora de 8 de julio de 2009 ⁴⁵, recaída en relación con una ausencia motivada por excedencia voluntaria ⁴⁶. Para el Alto Tribunal, tanto el artículo 166 del TRLGSS como el artículo 12.6 del TRET constituyen medidas de fomento del empleo y flexibilización de la jubilación, tratando por su parte de conceder a los trabajadores la posibilidad de jubilarse de manera parcial antes del cumplimiento de la edad considerada de jubilación ordinaria y, por otra parte, de conseguir que el puesto de trabajo dejado vacante –en parte– por el trabajador que se jubila parcialmente quede constantemente cubierto por otro trabajador denominado relevista. Pues según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se puede atribuir a la palabra «cesar» dos acepciones cuando se refiere a personas, a saber: dejar de desempeñar un empleo o cargo, y dejar de hacer lo que se está haciendo. De ninguna de sus acepciones puede colegirse que el cese al que se refiere el Real Decreto 1131/2002 signifique o lleve aparejada la idea de la terminación o extinción de la relación laboral, pues «al no hacer ninguna distinción ni puntualización la norma, habrá que considerar constitutivo de cese cualquier hecho que suponga dejar de hacer el relevista aquello que estaba haciendo, tanto si es de manera definitiva como si es de forma simplemente temporal, con tal de que esta situación de cesación en su cometido se prolongue por más de los 15 días que el apartado 3 establece». Los empresarios no pueden escudarse en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1131/2002, que habla de su propósito de introducir una mayor flexibilidad en el acceso a la jubilación. «Y así se deduce claramente del artículo 9 de dicho Real Decreto (que suministra el concepto de jubilación parcial), en relación con el último párrafo del artículo 10, que únicamente permite prescindir del contrato de relevo en el caso de que el jubilado parcial tenga ya cumplida la edad real –esto es, sin bonificaciones– de 65 años, pero no cuando no haya llegado a alcanzarla». BOTELLO MARTÍNEZ ⁴⁷ observa que de la argumentación del Tribunal Supremo se desprende un carácter oneroso de la jubilación.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de julio de 2009 ⁴⁸ reiteró su doctrina nuevamente en relación con un supuesto de excedencia voluntaria. Acoge una interpretación amplia del término «cese» que incluya «los supuestos de cese temporal por excedencia voluntaria que constituyan un

⁴⁴ Recurso núm. 2316/2008.

⁴⁵ Recurso núm. 3147/2008.

⁴⁶ En el caso objeto de la sentencia se solicitó excedencia voluntaria por dos años, pasados los cuales se sustituyó al relevista, que pidió el cese definitivo, con un nuevo contrato de relevo.

⁴⁷ BOTELLO MARTÍNEZ, P., «Trabajador relevista en situación de excedencia: obligaciones de las empresas, cambio de doctrina», *Aranzadi WestlawEs*, BIB 2010\256, pág. 3.

⁴⁸ Recurso núm. 3032/2008.

incumplimiento total o de larga duración del deber empresarial de contratación de un trabajador relevista». La finalidad de mantenimiento del empleo vacante que persigue la jubilación parcial «no se podría alcanzar de consentirse la excedencia voluntaria del trabajador relevista, una situación que en el caso enjuiciado se prolongaría por un largo tiempo de tres años y medio. De ahí que haya de entenderse que el relevista que pasa a excedente voluntario deba ser sustituido por el empresario en el tiempo de quince días previsto en la citada disposición adicional».

4.4. La solución de la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 12 de noviembre

La sentencia comentada exime al empresario de responsabilidad, por no existir ningún incumplimiento. Mantiene la interpretación literal del término «cese» y considera que si el empresario quiere sustituir al relevista que disfruta de excedencia por cuidado de hijos, debe hacerlo concertando un contrato de interinidad. ¿Contraría la sentencia la doctrina de unificación expuesta anteriormente?

En la Sentencia de 8 de julio el Tribunal Supremo parece incluir dentro del término «cese» todo tipo ausencias temporales, ya se trate de una suspensión o de un permiso, sin atender a los efectos que estas figuras producen en el contrato, esto es, sin atender a la existencia o no del derecho de reserva de puesto de trabajo, al mantenimiento o no de la obligación de cotizar, o a la duración de la ausencia, aunque en la Sentencia de 9 de julio sí parece ser relevante la especialmente larga duración que puede alcanzar la excedencia voluntaria.

Si no se tienen en consideración estos efectos, que diferencian unas ausencias provisionales de otras, la sustitución del relevista sería tan obligatoria para sustituir a un trabajador de baja por incapacidad temporal por 20 días como para sustituir a una trabajadora por maternidad o a un excedente voluntario. Obsérvese que en los dos primeros casos, durante la ausencia del relevista no se rompería el equilibrio económico entre sus cotizaciones y las del relevado. Es más, si se obligara a celebrar un nuevo contrato de relevo se produciría un exceso de cotizaciones.

No consideramos indiferente el hecho de que ambas sentencias recayeran en relación con la excedencia voluntaria, una situación tradicionalmente polémica en cuanto a su naturaleza extintiva o meramente suspensiva. La misma Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 recuerda, a mayor abundamiento «que tampoco la excedencia voluntaria supone necesariamente una mera suspensión del contrato de trabajo, sino que a menudo da lugar a una verdadera extinción, toda vez que, según resolvió nuestra Sentencia de 25 de octubre de 2000, votada en Sala General, esta modalidad de excedencia –a diferencia de lo que sucede con la forzosa– únicamente confiere al trabajador derecho a ocupar con preferencia la primera vacante que se produzca en la empresa, pero sólo si tal vacante se produce, sin que comporte derecho a reserva del puesto de trabajo».

La excedencia voluntaria, pues, no es un supuesto extintivo que pueda incluirse en la lista del artículo 49 del TRET, por lo que si se defendiera una interpretación estricta del término «cese» no existiría la obligación de sustituir al relevista⁴⁹. El Tribunal Supremo, cuando habla de supuestos

⁴⁹ La STSJ Navarra de 22 de septiembre de 2008 (rec. núm. 226/2008) dispone que la excedencia voluntaria no se configura legalmente como un supuesto de extinción contractual de los previstos en el artículo 49 del ET, único supuesto al que

que no encajan en el artículo 49 se referiría sólo a la excedencia voluntaria y a otras ausencias que, pese a no extinguir el contrato, sí generan una vacante en la empresa. El empresario, que es libre de amortizar esa plaza, de forma excepcional tiene limitada esa libertad cuando esté cubierta por un contrato de relevo. Las sentencias de unificación no estarían pensando en otros supuestos no extintivos, como la excedencia por cuidado de hijos, en los que el empleo se mantiene, ya que el trabajador conserva la reserva del puesto de trabajo.

Como ha señalado reiterada doctrina de suplicación, creemos que si el legislador hubiese querido incluir todo tipo de supuestos no extintivos «sin duda otro hubiese sido el tenor literal del precepto, fijando bien clara la inclusión que ahora no apreciamos»⁵⁰. Creemos que lo más adecuado sería modificar el reglamento y recoger de forma expresa la necesidad de mantener el equilibrio financiero de la Seguridad Social, obligando a sustituir al trabajador relevista, pero no a través de un contrato de relevo, sino de interinidad⁵¹. De esta forma, no se desnaturalizaría ninguno de los contratos.

puede aplicarse la noción de cese definida en la disposición adicional 2.ª del Real Decreto 1132/2002; «y el argumento de analogía propuesto por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social tampoco es categórico, pues la situación podría asimilarse más propiamente a otros supuestos en los que no hay extinción del contrato, como bajas por maternidad, permiso para cuidado de familiar o crédito sindical horario».

⁵⁰ STSJ del País Vasco 20 de febrero de 2007 (rec. núm. 588/2007). En el mismo sentido, y para permiso no retribuido de estudios de dos meses de duración, STSJ del País Vasco de 7 de abril de 2009 (rec. núm. 388/2009), y de un mes de duración, STSJ del País Vasco de 19 de mayo de 2009 (rec. núm. 781/2009); Cataluña, de 17 de septiembre de 2008 (rec. núm. 5270/2007) –para suspensión de empleo y sueldo durante un mes–; STSJ Cantabria de 29 de julio de 2009 (rec. núm. 518/2009): la obligación de sustituir al relevista no nace al día siguiente del alta por agotamiento de la IT, sino cuando es declarado en IP.

⁵¹ Ésta era la interpretación de BARREIRO GONZÁLEZ, G., *La sustitución...*, *op. cit.*, pág. 207) en relación con el artículo 9.1 del Real Decreto 1991/1984.