

**ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ**

*Doctora en Derecho*

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad Europea de Madrid*

**(Comentario a la STSJ de Madrid, Sala de lo Social,  
de 21 de marzo de 2006, rec. núm. 5939/2005) \***

## **I. HECHOS DE LA SENTENCIA**

- 1.º La trabajadora interina fue contratada inicialmente para sustituir a una trabajadora que solicitó, y a quien le fue concedida, una excedencia por cuidado de hijos menores.
- 2.º El contrato de interinidad se prorrogó como consecuencia de la concesión a la trabajadora sustituida de una excedencia voluntaria por motivos personales con la duración de un año.
- 3.º Tres días antes de finalizar esta nueva excedencia, la trabajadora sustituida solicitó una prórroga que le fue denegada por la empresa.
- 4.º Ante la falta de incorporación a su puesto de trabajo, la empresa procede a comunicar a la trabajadora sustituida la extinción del contrato de trabajo, pues entiende que ha renunciado voluntariamente a su puesto de trabajo.
- 5.º Por Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 35 de los de Madrid se declara la improcedencia de dicho despido, optando la empresa por la readmisión.
- 6.º Finalmente, se comunica a la trabajadora interina la extinción de su contrato como consecuencia de la reincorporación de la interina.
- 7.º Impugnada la resolución del contrato, la sentencia de instancia considera incorrectamente extinguido el contrato de interinidad calificando dicho acto de la empresa como un despido improcedente.

\* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 283, octubre 2006.

## II. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN EN LA SENTENCIA

La cuestión de fondo que subyace en la sentencia comentada es la relativa al motivo que finalmente actúa como causa de extinción del contrato de interinidad. Mientras que la empresa considera que el contrato se resolvió correctamente por actuar una de las causas previstas en el artículo 8.º 1 c) del Real Decreto 2720/1998 <sup>1</sup>, en concreto, la reincorporación de la trabajadora sustituida, la demandante defiende la tesis de que el contrato se había transformado en indefinido cuando finalizó la excedencia disfrutada por el sustituido, sin que se produjera la reincorporación. En consecuencia, la comunicación posterior de la extinción del contrato debía calificarse como un despido.

Resultan especialmente interesantes las razones esgrimidas por la empresa en apoyo de su actuación. En su opinión, carece de relevancia que la relación de interinidad se prolongase durante cuatro meses, más allá de la fecha inicialmente prevista para la reincorporación de la trabajadora sustituida, pues, en definitiva, dicha reincorporación finalmente se produjo como consecuencia de la declaración judicial que reconoció su derecho a reintegrarse en la plantilla de la empresa demandada. Para esta última, en definitiva, carecería de trascendencia la circunstancia de que dicho reconocimiento hubiera partido de la empresa, *ab initio*, o que procediera de una resolución judicial.

El fundamento único de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid se dedica a analizar cómo actúan las diversas causas de extinción del contrato de interinidad previstas en el artículo 8.º 1 c) del Real Decreto 2720/1998. Pese a los años transcurridos desde la promulgación de dicho reglamento, que en esta materia reproduce la regulación del Real Decreto 2546/1994 <sup>2</sup>, resulta todavía confuso para los operadores jurídicos el régimen jurídico de la extinción del contrato de interinidad por sustitución. Podría decirse que existe una cierta inercia que tiende a continuar considerando dicha modalidad contractual como un contrato sometido a una única condición resolutoria: la reincorporación del sustituido. El Real Decreto 2546/1994, sin embargo, al suprimir el artículo 4.º 2 d) del Real Decreto 2104/1984 <sup>3</sup>, que preveía la transformación en indefinido del contrato de interinidad por la no reincorporación del sustituido <sup>4</sup>, y al añadir dos nuevas causas de extinción del contrato, por vencimiento del plazo de la reincorporación y por extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo, transformó de forma radical la naturaleza del contrato de interinidad, de forma tal que la mayoría de la doctrina habla ya de contrato sometido a término.

El cambio producido respecto de la naturaleza del contrato de interinidad fue rápidamente advertido por el Tribunal Supremo (TS) en la sentencia de 20 de enero de 1997, recaída en unifica-

<sup>1</sup> Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (BOE de 8 de enero de 1999).

<sup>2</sup> Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre (BOE de 26 de enero de 1995).

<sup>3</sup> Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre (BOE de 23 de noviembre).

<sup>4</sup> «Se considerarán indefinidos cuando no se hubiera producido la reincorporación del trabajador sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido, o cuando tras la reincorporación continúe prestando servicios.»

ción de doctrina <sup>5</sup>. La Sala consideró que una vez desaparecida la previsión reglamentaria que ordenaba la conversión en indefinido del contrato de interinidad por no reincorporación del sustituido «*la muerte, la incapacidad permanente, la jubilación o la no reincorporación en tiempo del empleado sustituido producen la extinción o quiebra del contrato de interinidad, no lo convierten en indefinido*» <sup>6</sup>.

No obstante, como hemos dicho anteriormente, la inercia o el desconocimiento de la forma en que actúan las nuevas causas de extinción, explica que algunas empresas mantengan a los interinos hasta que se produce la reincorporación sin tener en cuenta que antes de que se produzca dicho hecho, el contrato puede haberse extinguido por otras causas.

Mientras que en el contrato de obra y en el contrato eventual los problemas interpretativos se reducen a valorar si se ha producido o no la causa de extinción, en el contrato de interinidad al problema anterior se añade el relativo a determinar cuál de las causas del artículo 8.º 1 c) ha acaecido en primer lugar.

En el caso objeto de la sentencia comentada deberá analizarse si el contrato se extinguió correctamente por la reincorporación tardía del sustituido o si dicha extinción debería haber tenido lugar en un momento anterior, cuando desapareció la causa que había dado lugar a la reserva del puesto de trabajo.

### III. NATURALEZA DEL CONTRATO DE INTERINIDAD POR SUSTITUCIÓN: LA PRIMACÍA DEL TÉRMINO RESOLUTORIO

El artículo 4.º 2 b) del Real Decreto 2720/1998 dispone, al referirse al contrato de interinidad, que «*su duración será la del tiempo durante el cual subsista el derecho del trabajador sustituido a reserva de puesto de trabajo*».

En una primera aproximación, cuando el artículo 4.º 2 b) vincula la duración del contrato al derecho del trabajador a la reserva de puesto de trabajo, también configura la desaparición de este derecho como su causa de extinción. En la medida en que el hecho de la desaparición de la reserva de puesto es un hecho cierto –*certus an e incertus quando*–, pues no es eterna, puede afirmarse que el contrato de interinidad encierra un término resolutorio.

<sup>5</sup> Ar. 619.

<sup>6</sup> En el mismo sentido, SSTSJ de Castilla y León/Burgos de 28 septiembre 1995 (Ar. 3241); Comunidad Valenciana de 24 junio 1997 (Ar. 2079); País Vasco de 18 noviembre 1997 (Ar. 4122); Asturias de 20 febrero 1998 (Ar. 150); Extremadura de 27 enero 1998 (Ar. 184), Madrid de 26 marzo 1998 (Ar. 809); Comunidad Valenciana de 17 abril 1998 (Ar. 1698); Madrid de 14 mayo 1998 (AL 1553/1998; Navarra de 26 febrero 1999 (AL 1106/1999); Andalucía/Málaga de 12 diciembre 1999 (AL 589/2000).

Como se ha indicado anteriormente, la mayoría de la doctrina incluye al de interinidad entre las contrataciones sujetas a término <sup>7</sup>.

Teniendo en cuenta que una de las causas de extinción previstas en el artículo 8.º 1 c), la reincorporación del sustituido, se caracteriza por ser un acontecimiento *incertus an e incertus quando*, creemos más acertada la opinión de aquellos autores que matizan en función de la causa de extinción del contrato y tras afirmar que éste ha pasado a estar sometido a término, admiten que seguirá hallándose sujeto a condición resolutoria cuando su extinción dependa de la reincorporación del trabajador sustituido <sup>8</sup>. Es decir, estamos ante un contrato temporal sometido a condición resolutoria que se extinguirá cuando llegue el término (la desaparición del derecho de reserva, por ejemplo por declaración de IPT) o antes en el caso de que se produzca la reincorporación (por ejemplo, por extinción de la IT por alta por curación) <sup>9</sup>.

Los autores que desde el primer momento extraían del propio fundamento del contrato de interinidad su naturaleza condicional, en coherencia con su línea de pensamiento, continúan defendiendo que el contrato de interinidad se encuentra sometido a condición resolutoria <sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Vid. MARTÍN VALVERDE (*et altri*), *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2003, pág. 500; BALLESTER PASTOR, «Notas acerca de la reciente reforma de la contratación temporal estructural», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 16, 1994, pág. 169; ESCUDERO RODRÍGUEZ y MERCADER UGUINA, «El desarrollo reglamentario de la contratación temporal. La orden de cotización para 1995», *Relaciones Laborales*, 1995, núm. 7, págs. 1.143-1.144; PRADOS DE REYES, «Aspectos de la Reforma Laboral en materia de Contratación Temporal», *Temas Laborales*, 1996, núm. 38, págs. 21-27; CAVAS MARTÍNEZ, «Doctrina de Unificación del Tribunal Supremo», *Aranzadi Social*, febrero 1998, pág. 30; ANDINO AXPE, «Los nuevos contratos temporales», *Actualidad Laboral*, 1995, núm. 31, pág. 546; ROMERO RÓDENAS, «Notas sobre el contrato de interinidad en la Administración Pública», *Temas Laborales* 2, 1997/45, pág. 158; SEMPERE NAVARRO y CARDENAL CARRO, *Los contratos ordinarios en el Ordenamiento Laboral*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1996, pág. 92; SAGARDOY BENGOCHEA, *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Civitas, 2001, pág. 233; LAHERA FORTÉZA, *Los contratos temporales en la Unificación de Doctrina*, La Ley, 2001, pág. 34; ALBIOL MONTESINOS, CAMPS RUIZ, LÓPEZ GANDÍA, SALA FRANCO, *Derecho del Trabajo, Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 156; RAMÍREZ MARTÍNEZ (*et altri*), *Curso de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 308.

<sup>8</sup> Vid. MORADILLO LARIOS, *Los contratos de trabajo. Temporales e Indefinidos. Incentivos a la contratación*, CISS, Bilbao, 1996, pág. 139; SEMPERE NAVARRO, «Doctrina de Unificación del Tribunal Supremo», *Aranzadi Social*, marzo 1997, pág. 60, nota 136 (aunque en su opinión el cambio se ha hecho de forma impensada y discutible); CARRATALA TERUEL, «Antecedentes jurisprudenciales del contrato de interinidad por vacante», *Tribuna Social*, 1995, núm. 52, pág. 68.

<sup>9</sup> Opinan SEMPERE NAVARRO y CARDENAL CARRO (*Los contratos...*, cit., pág. 92) que «también puede pensarse que el contrato de interinidad se encuentra simultáneamente sujeto a término y a condición resolutoria, extinguiéndose bien por el cumplimiento de la segunda o por la llegada del primero»; en el mismo sentido, SEMPERE NAVARRO y LUJÁN ALCARAZ, «El Real Decreto 2720/1998 sobre contratos de duración determinada», *Aranzadi Social*, 1999, núm. 18, pág. 19.

<sup>10</sup> En esta línea ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE (*Derecho del Trabajo*, Madrid, 1995, pág. 236) dirán que las reglas sobre duración y extinción del contrato «sólo pueden admitirse, puesto que son claramente *ultra vires*, como de buen sentido, en la medida en que lo tengan, y no imperativas»; también consideran el contrato como sometido a condición resolutoria; la misma opinión mantienen, tras el Real Decreto 2720/1998, en la edición de 2001, pág. 254; *vid.* también ALONSO OLEA y BARREIRO GONZÁLEZ, *El Estatuto de los Trabajadores. Textos, comentarios y jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1991, edición 1995, pág. 95; MADRID YAGÜE («Algunos aspectos de la contratación temporal en las Administraciones Públicas: contrato de interinidad. Referencia a la Administración de la Seguridad Social», *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 1997, núm. 4428, pág. 4) continúa considerando el contrato de interinidad como sometido a condición resolutoria, pero lo hace tomando como base la jurisprudencia recaída en relación con el Real Decreto 2104/1984.

En realidad, todos ellos tienen en común el considerar que el contrato se extinguirá cuando desaparezca la causa que justificó la temporalidad de la contratación: la ausencia del trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo. En definitiva, el artículo 8.º 1 c) especificaría los motivos por los que dicha causa puede llegar a desaparecer. En este sentido, el régimen jurídico de la extinción que diseña el reglamento, basado en la desaparición de la causa, acerca al contrato de interinidad al de obra o servicio determinado, pero le distingue del contrato eventual pues en éste prima ante todo el término sobre la subsistencia de la causa.

#### IV. LA CAUSA DEL CONTRATO DE INTERINIDAD POR SUSTITUCIÓN: CAUSA GENÉRICA Y CAUSA ESPECÍFICA

Hemos dicho que en el contrato de interinidad la resolución tiene lugar como consecuencia de la desaparición de la causa que justificó la contratación. Ahora bien, no existe acuerdo acerca de lo que deba entenderse por «causa» del contrato de interinidad.

Situándonos en un plano general, la causa en el contrato de trabajo reside en la «prestación personal de servicios remunerados por cuenta y orden de un empleador, que es quien los retribuye»<sup>11</sup>. Por lo tanto, en cuanto especie de aquel género, todo contrato de interinidad deberá obedecer a esta intención.

Tratándose de un contrato de duración determinada, el legislador ha querido que junto a la finalidad originaria de la cesión remunerada de los frutos, concorra una finalidad adicional, capaz de justificar la temporalidad de la relación. La especialidad en el contrato de interinidad reside en que su celebración obedece a la necesidad de sustituir a otro trabajador que está ausente, finalidad de la que carece el contrato de trabajo ordinario<sup>12</sup>. Así se desprende, en efecto, del artículo 15.1 c) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (TRET) al permitir la interinidad «*cuando se trate de sustituir a trabajadores...*» y del artículo 4.º 1 del Real Decreto 2720/1998: «*... para sustituir a un trabajador de la empresa...*».

Ambos preceptos revelan la existencia de otro factor que opera como presupuesto insoslayable de la sustitución: el derecho que tiene el ausente a reincorporarse a su actividad, esto es, lo que el ET y el Reglamento en los preceptos citados denominan «*reserva de puesto de trabajo*» y que mencionan a continuación de la sustitución pretendida, «de tal modo que el objetivo de la sustitución y por tanto la posibilidad de celebrar contratos de interinidad, quedará supeditada a la existencia de este derecho que, por otra parte, incidirá sustancialmente en el desarrollo y vicisitudes más importantes de la relación»<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> STSJ de Cataluña de 14 marzo 1997, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núms. 173-174.

<sup>12</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, *La sustitución del trabajador con derecho de reserva. El contrato de interinidad*, Civitas, 1986, pág. 59.

<sup>13</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, *La sustitución...*, cit., pág. 59.

En el terreno de la generalidad, de la abstracción, ningún problema se plantea a la hora de definir la causa del contrato de interinidad que será, como hemos dicho, la sustitución del trabajador ausente con derecho de reserva del puesto. No obstante, cuando descendemos al caso concreto la cuestión se torna más complicada, y ello porque la ausencia puede deberse a un único motivo o a varios que se van sucediendo en el tiempo. No podemos dejar de preguntarnos si, a pesar de los cambios experimentados en el motivo de la ausencia, la causa se mantiene y con ella el contrato o bien asistimos al nacimiento de una nueva causa que justificaría la extinción del contrato al que sirvió de cobertura.

La Jurisprudencia recaída en relación con el Real Decreto 2104/1984, partiendo de que el fundamento del contrato era ante todo la protección del derecho de reserva de puesto del sustituido<sup>14</sup> situaba la causa del mismo en «*la situación legal de interinidad*»<sup>15</sup>, entendida de forma genérica como una situación caracterizada por la necesidad de cubrir la ausencia del trabajador durante todo el período que durase su reserva de puesto de trabajo.

En apoyo de esta interpretación, se invocaba la propia naturaleza del contrato, así como el régimen de duración y extinción que se configuraba en el artículo 4.º 2 a) y b) del Real Decreto 2104/1984. Conforme al primero de los apartados, cuya redacción mantiene el actual Reglamento, la duración se vinculaba a la reserva de puesto de trabajo, en el sentido de que el contrato se mantendría en tanto el trabajador tuviera derecho de reserva de puesto de trabajo, cualquiera que fuera el motivo del que naciera<sup>16</sup>. El segundo apartado diseñaba un contrato de interinidad sometido a la condición resolutoria de la incorporación del sustituido. Entendían los Tribunales que esta condición no se producía mientras que el trabajador mantuviera su derecho a reincorporarse al trabajo, con independencia de que hubiera cambiado el título jurídico en virtud del cual gozaba de dicho derecho<sup>17</sup>.

Desde esta interpretación, la causa del contrato no se vinculaba sólo y exclusivamente al motivo de la ausencia reflejado en el contrato (maternidad, excedencia, IT...). La voluntad de las partes, expresada en el contrato, carecía de relevancia en la medida en que, aun cuando hubieran pactado la sustitución por un motivo concreto, desde el ordenamiento se imponía la continuación del contrato por no haber desaparecido la causa del mismo. La causa existía y las partes no podían acotarla, reducirla, sino que únicamente podían ir identificándola a medida que se fueran sucediendo los motivos de la ausencia. Podría afirmarse que existía una causa potencial del contrato que se iba actuando a medida que se prolongaba la reserva de puesto del sustituido por aparición de nuevos motivos. La voluntad de las partes no era determinante, porque en el momento de celebrar el contrato carecían

<sup>14</sup> Vid. STSJ de Cataluña de 7 febrero 1992 (Ar. 789) que cita a la STS de 10 octubre 1989 (Ar. 7153); reproduce exactamente estos argumentos la STSJ de Andalucía/Málaga de 16 septiembre 1994 (Ar. 3342).

<sup>15</sup> STS de 26 abril 1991 (Ar. 3391) (UD).

<sup>16</sup> «Su duración será la del tiempo durante el que subsista el derecho de reserva del puesto de trabajo del trabajador sustituido.»

<sup>17</sup> SSCT de 2 octubre 1981 (Ar. 5591), 13 marzo 1984 (Ar. 2353); SSTSJ Galicia de 20 febrero 1992 (Ar. 55), Aragón de 30 junio 1994 (Ar. 2388), Extremadura de 14 marzo 1997 (AL 98/1997), Aragón de 1 julio 1992 (Ar. 3886).

(no siempre) de la facultad de prever todos los acontecimientos que podían llegar a afectar al trabajador<sup>18</sup> (desconocían, por ejemplo, si tras el disfrute del permiso de maternidad, el trabajador solicitaría una excedencia por cuidado de hijos).

Esta interpretación era por otra parte lógica, contemplada desde otro punto de vista. Recuérdese que al amparo del artículo 4.º 2 d) del Real Decreto 2104/1984, la no reincorporación del sustituido daba lugar a la conversión en indefinido del contrato. Si la no reincorporación se debía al nacimiento de un nuevo motivo de sustitución, lo coherente era entender que el contrato no devenía indefinido, sino que se mantenía hasta que tuviera lugar la reincorporación tardía<sup>19</sup>.

En cierto modo, en el caso objeto de este comentario, la empresa continúa manteniendo la antigua configuración del contrato de interinidad como un contrato supeditado únicamente a la reincorporación del sustituido, vinculando aquél a la duración de toda la ausencia.

Creemos que la doctrina que identificaba la causa del contrato con la cobertura de la total ausencia del trabajador partía de un fundamento erróneo del contrato de interinidad. La reserva del puesto de trabajo, su protección, no es el fundamento del contrato sino que es, junto con la ausencia del sustituido, un *præius* respecto de él, un presupuesto del contrato. El punto de partida debe ser la consideración de la interinidad como una «opción» de contratación temporal que se ofrece al empresario para suplir la fuerza de trabajo perdida temporalmente. Es lógico, entonces, que sea el empresario el que aprecie cuándo concurre esa necesidad<sup>20</sup> teniendo en cuenta diversas variables –el personal de que dispone, el volumen de trabajo en ese momento, la mayor o menor duración de la ausencia, los costes económicos de una nueva contratación...–, decida si es necesario acudir a la contratación de un interino. Recordemos que ante una ausencia de un trabajador, el empresario no está obligado a contratar a un interino, sino que puede recurrir a horas extras, movilizar a trabajadores de la empresa ya sea de forma total o parcial<sup>21</sup> o, simplemente, puede no sustituir al trabajador ausente porque realmente su trabajo no es indispensable o porque no puede permitirse el costo que supone la contratación de un interino. Y, sin embargo, la interpre-

<sup>18</sup> Así, se apreció que la causa del contrato de interinidad subsistía cuando el trabajador en ILT era declarado inválido provisional: [SSTSJ de Madrid de 20 septiembre 1989 (Ar. 1429) y Cataluña de 7 febrero 1992 (Ar. 789)]; esta última con cita de abundante jurisprudencia, entre otras de las SSTs de 10 octubre 1988 (Ar. 7560) y 30 septiembre del mismo año (Ar. 7154), del Tribunal Central de Trabajo –Ss. de 1 marzo 1988 (Ar. 2122) y 25 febrero 1986 (Ar. 1194)– y del TSJ de Madrid de 3 mayo 1990 (Ar. 1807) y 20 septiembre 1989 (Ar. 1409); también se invoca el art. 4.º 2 b) por las SSTSJ de Canarias/Las Palmas de 5 octubre 1993 (Ar. 4352) y Cataluña de 7 febrero 1995 (Ar. 690)] o cuando el trabajador liberado sindical pasaba a excedencia especial por nombramiento para cargo público: STSJ de Canarias/Las Palmas de 22 enero 1993 (Ar. 14).

<sup>19</sup> Vid. SÁNCHEZ-ÚRAÑA, *El trabajador interino*, Tecnos (Colección Jurisprudencia práctica), Madrid, 1993, pág. 31. Tras hablar de la naturaleza del contrato, indica que «el contrato de interinidad subsiste como tal aunque el sustituido no se reincorpore en el plazo inicial si hay prórroga tácita de la interinidad cuando aparece una nueva causa de sustitución. Estamos, pues, ante una reincorporación tardía que no transforma el contrato de interinidad en uno por tiempo indefinido, sino que extingue el contrato del interino cuando aquélla se produce [art. 4.º 2 c) DDD]».

<sup>20</sup> MARTÍNEZ EMPERADOR, *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, IELSS, Madrid, 1983, pág. 194.

<sup>21</sup> Lo que BARREIRO GONZÁLEZ denomina «formas anómalas e impropias de interinidad por la existencia de hechos sustitutorios de características especiales y peculiares». Vid. BARREIRO GONZÁLEZ, *La sustitución del trabajador...*, cit., pág. 51.

tación jurisprudencial anterior obligaba al empresario, ante el nacimiento de cada motivo, a cubrir la ausencia mediante un trabajador interino –el que ya estaba contratado– impidiendo que en cada nueva situación, apreciara la necesidad de esa contratación. Es decir, el empresario sólo podía decidir cuándo se presentaba el primer motivo de ausencia, pero no conforme iban apareciendo los siguientes.

Para un observador externo, a pesar del cambio del motivo de la sustitución, la ausencia es única. Desde el punto de vista del empresario, sin embargo, la ausencia del trabajador no es un período de tiempo cualitativamente igual, sino que cada motivo da nacimiento a una realidad jurídica diferente con consecuencias distintas para la misma empresa. Por ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, no es lo mismo una sustitución por maternidad, donde el pago de la prestación se realiza directamente por el INSS<sup>22</sup>, que una Incapacidad Temporal (IT) donde el empresario debe realizar el pago delegado en virtud del principio de colaboración obligatoria en la gestión de la Seguridad Social<sup>23</sup>. E, incluso, la misma IT produce para el empresario efectos distintos según derive de enfermedad común o profesional. Sólo en el primer caso, el abono de la prestación corre a cargo del empresario, directa y exclusivamente, desde el 4.º día al 15, ambos inclusive (art. 131.1 segundo párrafo TRLGSS)<sup>24</sup>.

Tampoco debe menospreciarse la repercusión que tendrá la mayor o menor duración de los motivos de sustitución, en la decisión de contratar a un interino. Puede que ante una suspensión corta por IT, el empresario resuelva el desajuste con movilización de plantilla y, sin embargo, ante una excedencia por tres años, se vea obligado a acudir a la contratación externa. O precisamente, por tratarse de ausencias que se prevén especialmente largas con un alto grado de probabilidad de que el sustituido no llegue a incorporarse –excedencia por cargo público, por cargo sindical–, decida contratar indefinidamente, aun a riesgo de encontrarse con exceso de plantilla cuando se produzca la reincorporación<sup>25</sup>. No queremos agotar los ejemplos, sino simplemente dejar constancia de que los motivos de la ausencia tienen importancia y que es al empresario a quien corresponde apreciar, como responsable de la organización productiva de la empresa, si es necesario acudir a la contratación de interinos o no.

<sup>22</sup> Disposición adicional 11.ª ter TRLGSS 1994.

<sup>23</sup> Artículo 77.1 c) y 2 TRLGSS 1994; artículo 3.º 1 a) de la Orden de 25 de noviembre de 1966 por la que se regula la colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 7 de diciembre).

<sup>24</sup> Es en el caso de las vacaciones y de los permisos retribuidos donde con más evidencia se manifiesta el carácter más gravoso de una nueva contratación, en la medida en que implica el pago de dos salarios. Tampoco son idénticas, por ejemplo, las situaciones generadas por una excedencia por maternidad o por una excedencia por ejercicio de cargo público, ya que sólo en la primera el empresario podrá beneficiarse de una serie de bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social por realización de contrato de interinidad (disposición adicional 14.ª TRET).

<sup>25</sup> ¿Cuántos secretarios generales de Sindicatos se han reincorporado a su empresa al finalizar su mandato? En caso de ausencia, el empresario puede contratar indefinidamente, siempre a salvo el derecho del sustituido a reincorporarse a su puesto de trabajo al finalizar su derecho a la reserva del mismo, por lo que, entonces, parece que se crearía una nueva plaza. *Vid.* ALONSO OLEA y BARREIRO GONZÁLEZ, *El Estatuto...*, cit., pág. 88; en el mismo sentido, GARCÍA NINET y AGUT GARCÍA, «El contrato de interinidad», en (Dir. GARCÍA NINET) *La contratación temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 197.

Decíamos también que, aparentemente, el derecho de reserva, a pesar del cambio del motivo de la sustitución, se mantiene. Sin embargo, ese abstracto y único derecho de reserva de puesto, que parece tener una vida independiente de los diversos motivos de sustitución, no existe. En la práctica, encontraremos concretos derechos de reserva ligados a concretos motivos. Cada derecho tiene una duración distinta, y dará lugar al nacimiento de un nuevo plazo de reincorporación <sup>26</sup>.

Desde este punto de vista, creemos que cuando el legislador define el contrato de interinidad como aquel cuya finalidad es sustituir al trabajador con derecho de reserva de puesto de trabajo, no pretende indicar que la causa del contrato es la sustitución del trabajador mientras que esté ausente, sea cual fuere el motivo, sino que está realizando una labor de tipificación. El legislador no identifica todos los motivos por los que el trabajador puede estar ausente con derecho de reserva, sino que simplemente se limita a ajustarlos a un tipo común. Cada caso particular deberá subsumirse en ese tipo general, es decir, que en cada caso deberá justificarse la adecuación de la necesidad al tipo legal. La forma de hacerlo será mediante la identificación del nombre del trabajador en concreto sustituido y de la causa concreta de la sustitución, tal como exige el artículo 15.1 c) del TRET: «... siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución» y el 4.º 2 a) del Real Decreto 2720/1998: «el contrato deberá identificar el trabajador sustituido y la causa de la sustitución...». La causa del contrato sería, pues, la sustitución del trabajador «X» que está ausente con derecho de reserva de puesto de trabajo por el motivo (causa) «Y» <sup>27</sup>.

La interpretación estricta del concepto de causa que defendemos podría verse avalada por el contenido del artículo 8.º 1 c).3 del Real Decreto 2720/1998, conforme al cual el contrato se extingue cuando desaparece «la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo». Obsérvese cómo, no se dice que la extinción tenga lugar por la extinción de la reserva de puesto de trabajo sino de la causa que dio lugar a la misma y que no es otra, creemos, que la consignada en el contrato.

Debemos admitir, sin embargo, que se trata sólo de una opinión que no es compartida por los Tribunales <sup>28</sup> y por un sector muy cualificado de la doctrina, quienes consideran que el Reglamento no altera la doctrina jurisprudencial conforme a la cual el cambio del motivo de la sustitución no influye en el mantenimiento del contrato <sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Recuérdese la controversia acerca del derecho a reserva del puesto en el cuidado de hijos.

<sup>27</sup> De la misma manera que la causa en el contrato para obra o servicio determinado, no es una obra, sino «la obra» que debe especificarse en el contrato; en el eventual no es una acumulación de tareas, cualquiera, sino «la acumulación de tareas, el exceso de pedidos» que se especifique en el contrato.

<sup>28</sup> Vid. SSTSJ de Castilla y León/Burgos de 24 mayo 1996 (Ar. 1516), Principado de Asturias, de 18 marzo 2005 (Rec. 272/2005). En el mismo sentido, para el personal estatutario, vid. SSTSJ Castilla y León/Burgos, de 14 abril 2005 (Rec. 151/2005), Castilla y León/Burgos, de 13 diciembre 2004 (Rec. 741/2004), Extremadura de 25 febrero 2003 (Rec. 83/2003), Islas Baleares de 14 mayo 2002 (Rec. 199/2002).

<sup>29</sup> Vid. SEMPERE NAVARRO y CARDENAL CARRO, *Los contratos...*, cit., págs. 89-90; MARÍN CORREA, «La vacante como justificación de la interinidad, Cuestiones de Derecho Laboral», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, pág. 163, nota 13.

## V. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE INTERINIDAD POR SUSTITUCIÓN

Conforme al artículo 8.º 1 c) del Real Decreto 2720/1998 «*el contrato de interinidad se extinguirá cuando se produzca cualquiera de las siguientes causas:*

- 1.º La reincorporación del trabajador sustituido.
- 2.º *El vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación.*
- 3.º *La extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo».*

Por la íntima conexión que existe entre las dos primeras causas, se estudiarán conjuntamente, dejando para un análisis particularizado la tercera.

En el caso enjuiciado en la sentencia que es objeto de este comentario, y teniendo en cuenta las reflexiones realizadas en los apartados anteriores, la actuación de la empresa será correcta sólo si se interpreta que la reincorporación tuvo lugar efectivamente, aunque de forma tardía; o bien, que durante el tiempo en que el trabajador sustituido recurrió el despido, se mantuvo su derecho de reserva de puesto de trabajo.

### 5.1. La reincorporación del trabajador sustituido y el vencimiento del plazo legal o convencionalmente fijado para la reincorporación.

La afirmación de que el contrato se extingue por la reincorporación del sustituido es insuficiente. Debe indagarse más y aclarar si aquélla extingue el contrato sea cual sea el momento en que tenga lugar o sólo cuando acaece dentro de un plazo determinado.

El artículo 8.º 1 c).1 del Real Decreto 2720/1998, como ya hiciera el artículo 4.º 2 c) del Real Decreto 2546/1994, se limita a decir que el contrato se extinguirá por «*la reincorporación del trabajador sustituido*», sin añadir matizaciones en cuanto al tiempo dentro del cual debe tener lugar la reincorporación. La aplicación aislada de dicho precepto llevaría a concluir que en el caso objeto de nuestro estudio, la empresa extinguió correctamente el contrato de la interina al producirse el hecho de la reincorporación por readmisión del trabajador sustituido.

La lectura de los tres primeros apartados del artículo 8.º 1 c) debe hacerse, sin embargo, de forma sistemática. De esta manera, el mismo precepto en su apartado 2.º especifica que el contrato se extinguirá también por «*el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación*». Es decir, que sólo la reincorporación que se produce «*en plazo*» extinguirá el contrato.

En el concreto caso de la excedencia por cuidado de hijos la reincorporación debe tener lugar al día siguiente de la finalización del plazo de tres años, o del menor plazo solicitado, salvo que el Convenio Colectivo prevea un plazo de reincorporación mayor. La misma sentencia indica en los hechos probados, y así lo admite la empresa, que la excedencia finalizaba el 15 de diciembre de 2003. La reincorporación, sin embargo, tuvo lugar el 5 de abril de 2004, comunicándose la extinción del contrato de interinidad con efectos del día 4 de abril del mismo año. Resulta evidente que la reincorporación no tuvo lugar «en plazo». Aun así, ¿cabría dar validez, bajo ciertas condiciones, a una reincorporación tardía?

Generalmente el retraso del trabajador puede deberse a dos motivos: bien al nacimiento de una nueva causa que dé lugar a un nuevo derecho de reserva de puesto<sup>30</sup>, bien al consentimiento, expreso o tácito, de la propia empresa.

Vigente el Real Decreto 2104/1984, la doctrina entendió que en ambos casos lo que se producía era una prolongación de la ausencia del sustituido que determinaba la prórroga de su derecho a reincorporarse y correlativamente la prórroga de la situación de interinidad<sup>31</sup>.

Esta interpretación era la adecuada en un contexto jurídico donde la reincorporación, en tanto persistiera la causa, era el único hecho resolutorio admitido. En nuestra opinión, con el actual Reglamento, el contrato se habría extinguido en ambos casos por el cumplimiento del plazo legal o convencionalmente previsto para la reincorporación, a no ser que el empresario consintiera en la prórroga –más que prórroga nuevo contrato– por nacimiento de nueva causa o consintiera en el retraso en la reincorporación<sup>32</sup>.

En el caso enjuiciado en la STSJ de Madrid no puede considerarse que la reincorporación tardía del trabajador hubiera sido consentida por el empresario, pues claramente interpretó este hecho como una dimisión del trabajador sustituido, procediendo a comunicarle la extinción de su contrato. Respecto de las reincorporaciones tardías no consentidas por el empresario no cabe hablar, sin embargo, del reconocimiento tácito del derecho a la reserva de puesto de trabajo. En tales supuestos el empresario suele extinguir el contrato bien por considerar que existe un abandono, bien por apreciar la existencia de una falta muy grave y culpable de inasistencia al trabajo que justifica un despido procedente. Los Tribunales no entran a valorar si se mantiene o no la reserva de puesto de trabajo sino que partiendo del presupuesto de que la falta del trabajador efectivamente existe, enjuician si conforme a la doctrina gradualista, dicha falta reviste o no gravedad suficiente<sup>33</sup>. En este sentido, el

<sup>30</sup> Para SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, la reincorporación posterior como causa del nacimiento de un nuevo motivo de ausencia, era una reincorporación *tardía*, que daba lugar a la extinción del contrato. *Vid.* SÁNCHEZ-URANA, *El trabajador...*, cit., pág. 31.

<sup>31</sup> *Vid.* BARREIRO GONZÁLEZ, *La sustitución...*, cit., pág. 131.

<sup>32</sup> Existe un supuesto en que el retraso sí está justificado, nos referimos a los trabajos en el mar. *Vid.* STSJ de Canarias/Las Palmas de 20 septiembre 1991 (Ar. 4954).

<sup>33</sup> *Vid.* STSJ de Aragón de 17 diciembre 2001 (Rec. 1048/2001).

hecho de que la empresa no «despidiera» disciplinariamente al trabajador, impide considerar que el Juzgado de lo Social calificara como improcedente el despido por aplicación de la doctrina graduacionista.

Remitimos al siguiente epígrafe el estudio acerca de la pervivencia de la reserva de puesto de trabajo durante la tramitación de un despido.

## 5.2. La extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo.

### *A. Determinación de la «causa» que dio lugar a la reserva.*

Con relación a la causa de extinción recogida en el apartado 3.º del artículo 8.º 1 c) del reglamento, el legislador parece estar pensando en aquellos supuestos en los que antes de que finalice el plazo señalado para la reincorporación, ésta deviene imposible por la aparición de unas circunstancias que provocan la extinción del contrato del sustituido (así: muerte <sup>34</sup>; jubilación <sup>35</sup>; Incapacidad Permanente Absoluta, Total o Gran Invalidez cuando no concurren las circunstancias del art. 48.2 del TRET <sup>36</sup>; renuncia <sup>37</sup> o extinción del contrato temporal <sup>38</sup>) o bien, sin afectar a la subsistencia del contrato, provocan la desaparición de la reserva de un puesto en concreto (por modificación del lugar de la prestación –traslado– <sup>39</sup> o por ascenso del sustituido <sup>40</sup>).

Creemos que dicha causa de extinción debería reservarse para aquellos supuestos en los que, dentro del plazo de reincorporación, se produjera la imposibilidad de que ésta tuviera lugar. Pero no debería extenderse a los supuestos de reincorporación fuera de plazo, pues esta causa tiene su acomodo en el motivo 2.º del artículo 8.º 1 c) del reglamento. Sin embargo, la STS de 20 de enero de 1997 <sup>41</sup>, cuando interpreta el motivo 3.º del artículo 8.º 1 c), incluye también dentro de él *«la no reincorporación en tiempo del empleado sustituido»*.

Ya hemos manifestado nuestra opinión acerca de la corrección de la extinción de un contrato de interinidad por desaparición de la causa concreta consignada en el contrato, pese a que se man-

<sup>34</sup> SSTSJ de Madrid de 26 marzo 1998 (Ar. 804), Comunidad Valenciana de 17 abril 1998 (Ar. 1698).

<sup>35</sup> SSTSJ de Asturias de 5 noviembre 1999 (AL 509/2000), Castilla y León/Burgos de 29 septiembre 1995 (Ar. 3241).

<sup>36</sup> STS de 20 enero 1997 (Ar. 619) (UD); SSTSJ de Madrid de 10 diciembre 1998 (AL 574/1999), Andalucía/Sevilla de 9 abril 1999 (AL 1393/1999), Castilla-La Mancha de 11 junio 1999 (AL 1708/1999), Andalucía/Málaga de 12 diciembre 1999 (AL 584/2000).

<sup>37</sup> SSTSJ de Madrid de 27 febrero 1991 (Ar. 1412), Navarra de 26 febrero 1999 (AL 1106/1999).

<sup>38</sup> La STSJ de Navarra de 17 noviembre 1999 (Ar. 3649) admite la validez de la cláusula que supedita el contrato a la reincorporación del ausente y en todo caso a la finalización de la contrata.

<sup>39</sup> SCT de 12 mayo 1987 (Ar. 9798).

<sup>40</sup> STSJ de Andalucía/Sevilla de 13 noviembre 1991 (Ar. 6987).

<sup>41</sup> Ar. 619.

tenga la ausencia del sustituido con un nuevo derecho de reserva. La mayoría de la doctrina opina, sin embargo, que el motivo 3.º haría referencia sólo a los supuestos de imposibilidad sobrevenida de reincorporación por «extinción» del contrato del sustituido. El reglamento habría acogido legalmente el supuesto históricamente objeto de controversia, relativo a la extinción del derecho de reserva del puesto de trabajo <sup>42</sup>. De tal forma que cuando no se produce reincorporación por continuar la ausencia del trabajador con derecho de reserva, aunque amparado en otro motivo, el contrato debe continuar con el mismo interino <sup>43</sup>.

De acuerdo con nuestra interpretación, en el caso enjuiciado por el TSJ de Madrid, el contrato de interinidad debería haberse extinguido cuando no tuvo lugar la reincorporación del sustituido al finalizar el plazo de la excedencia disfrutada. De acuerdo con la opinión mayoritaria, la extinción sólo habría podido tener lugar en esa fecha si en el período que transcurrió hasta la readmisión no se hubiera mantenido el derecho de reserva, algo que, como veremos a continuación, no resulta del todo claro.

*B. Mantenimiento del derecho de reserva de puesto de trabajo durante la tramitación de un proceso de despido.*

El ET anuda el efecto de la readmisión al despido nulo y al despido improcedente, en este último caso sólo si el empresario ejerce la opción en este sentido <sup>44</sup> (arts. 55.6 y 56.1 del TRET).

La existencia de este derecho de readmisión del trabajador despedido plantea la posibilidad de que durante el período de tramitación del proceso de despido podamos hablar también de un verdadero derecho de reserva de puesto que, en consecuencia, justificaría la concertación de un contrato de interinidad o, en nuestro caso, el mantenimiento del interino.

Si bien tal contrato había sido admitido por alguna decisión jurisprudencial con anterioridad al ET <sup>45</sup>, el Tribunal Central de Trabajo (TCT), aplicando ya el nuevo texto legal, lo rechazó apreciando fraude de ley en el supuesto de sustitución de trabajador despedido hasta la resolución definitiva del asunto. Y ello porque «*la sustitución sólo es posible respecto a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, reserva que, obviamente, no tiene concedida el despido aun cuando de declararse la nulidad o improcedencia del despido se conduce a la empresa a su readmisión,*

<sup>42</sup> Vid. ANDINO AXPE, *Los nuevos...*, cit., págs. 545-546; BALLESTER PASTOR (*et alri*), *Guía práctica de la contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 115; MORADILLO LARIOS, *Los contratos...*, cit., pág. 139; BALLESTER PASTOR, *Notas...*, cit., págs. 168-169; PRADOS DE REYES, *Aspectos...*, cit., pág. 27.

<sup>43</sup> Vid. PRADOS DE REYES, *Aspectos...*, cit., pág. 27; SEMPERE NAVARRO y CARDENAL CARRO, *Los contratos...*, cit., págs. 89-90.

<sup>44</sup> Salvo que el trabajador despedido sea representante legal de los trabajadores o Delegado Sindical (art. 56.4 del TRET).

<sup>45</sup> Vid. SCT de 28 noviembre 1979 (Ar. 748).

por cuanto la decisión empresarial extingue el contrato, no lo suspende, y el posible derecho de reingreso nace de una declaración judicial extraña a la causalidad de la suspensión siempre objetivamente determinada»<sup>46</sup>.

La sentencia apoya su argumentación en el hecho de que el contrato se extingue con el acto del despido. Sobre este punto, sin embargo, no existe unanimidad en la doctrina.

BARREIRO GONZÁLEZ defiende la existencia de un derecho de reserva de puesto en estos casos, sobre la base de que lo que hace el juicio por despido no es crear el derecho de reingreso sino más bien «confirmar o consolidar el derecho que el trabajador tiene a ocupar y permanecer en su puesto de trabajo mediante la readmisión»<sup>47</sup>. El juicio por despido mira y valora en último término si la pérdida por el trabajador de su puesto de trabajo está o no justificada, en definitiva, si conserva o no aquél su derecho a permanecer en el mismo. La pérdida por el trabajador de su puesto de trabajo no es definitiva hasta que recaiga sentencia firme declarando bien la procedencia del despido, bien la improcedencia pero optando el empresario por la extinción. Hasta este momento no se extinguirá el derecho del trabajador a volver a ocupar su puesto de trabajo<sup>48</sup>.

Esta corriente doctrinal apoya además la existencia del derecho a la reserva del puesto, en los términos vistos, en la existencia tanto de los salarios de tramitación como de la indemnización que deberá satisfacer el empresario si opta por ésta y no por la readmisión en el supuesto de que el despido sea declarado improcedente. Ambos, salarios de tramitación y la indemnización, tendrían por objeto resarcir al trabajador de haber sido privado injustamente de su derecho a permanecer en su puesto. La existencia del derecho a la reserva del puesto se demostraría también porque la readmisión debe realizarse en los mismos términos que existían con anterioridad al despido<sup>49</sup>.

La interpretación contraria sostiene que durante la tramitación del juicio, el contrato no está suspendido<sup>50</sup>. El artículo 55.7 del TRET al indicar que «el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo», ratificaría la doctrina que atribuye al despi-

<sup>46</sup> SCT de 13 enero 1982 (Ar. 49).

<sup>47</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, *La sustitución...*, cit., pág. 109.

<sup>48</sup> Para BARREIRO GONZÁLEZ (*La sustitución...*, cit., págs. 109-110) aplicando construcciones civilistas, podría decirse que el trabajador despedido es «titular provisional» del derecho a reserva del puesto de trabajo, es un posible sujeto definitivo de tal derecho teniendo así una «titularidad preventiva» sobre el mismo en contraposición a la «titularidad interina» que posee el sustituto sobre el puesto de trabajo. El derecho del trabajador despedido sería así un «derecho eventual» que abriría entonces la posibilidad de transformar (consolidándola a la vez) su «titularidad preventiva» en «titularidad definitiva» al producirse el evento decisor, esto es, la resolución judicial sobre la improcedencia del despido.

<sup>49</sup> Artículos 276 y ss. Ley de Procedimiento Laboral [RDLeg. 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el TRLPL (BOE 15 de abril)]. En adelante TRLPL.

<sup>50</sup> MARTÍNEZ EMPERADOR, *Estabilidad...*, cit., pág. 197.

do el efecto de extinguir el contrato<sup>51</sup>. Sólo la readmisión del despedido, después de la opción en tal sentido, y en virtud de una sentencia definitiva o de avenencia con tal contenido, restauraría los efectos del contrato. Entender que el trabajador, en tanto pende el enjuiciamiento del despido, es titular de una reserva del puesto de trabajo, supondría conferir a esta pendencia judicial un efecto artificial y desconocido por el Ordenamiento<sup>52</sup>.

Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 45/2002<sup>53</sup>, existen nuevos argumentos a favor de considerar la fecha del despido, al menos del calificado como improcedente, como el momento de la extinción del contrato. En concreto, el artículo 56.2 del TRET indica que *«en el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste»*. Dicha previsión apoya la idea de que la voluntad empresarial, mediando indemnización y no existiendo causas de discriminación, es por sí misma causa extintiva<sup>54</sup>. En opinión de la STSJ de Andalucía/Granada de 4 de noviembre de 2003 esta afirmación sería extensiva a los supuestos en que el derecho a la readmisión actúa por voluntad del trabajador<sup>55</sup>.

Otra manifestación de la clara opción del legislador por identificar la fecha de la extinción con la fecha del despido podría encontrarse en el artículo 209.4 del TRLGSS –reformado también por la Ley 45/2002– cuando establece que *«en el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación de desempleo»* especificando

<sup>51</sup> Vid. SERRANO GARCÍA, «El nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación», en AA.VV. (Dir. GETE CASTRILLO y VALDÉS DAL-RÉ, F.) *Nuevo Régimen Jurídico del Despido y del Desempleo. Análisis crítico de la Ley 45/2002*, Ediciones Crítica, 2003, págs. 166-167.

<sup>52</sup> MARÍN CORREA, *La vacante...*, cit., pág. 156. Niegan la posibilidad de celebrar contrato de interinidad, GARCÍA NINET y AGUT GARCÍA (*El contrato...*, cit., pág. 211) por cuanto el retorno del trabajador no se realiza en virtud de un derecho de reserva de puesto, sino por un mandato judicial en tal sentido que habrá que cumplir de acuerdo con lo previsto en las normas substantivas y adjetivas que se prevén al respecto.

<sup>53</sup> Ley 45/2002, de 12 de diciembre de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE de 13 de diciembre).

<sup>54</sup> SEMPERE NAVARRO, «La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: Una visión panorámica», en AA.VV. (coord. SEMPERE NAVARRO), *Empleo, Despido y Desempleo tras las Reformas de 2002. Análisis de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre*, Aranzadi, 2003, pág. 43.

<sup>55</sup> Recurso 1288/2003. Dice la sentencia que *«la posibilidad de readmitir, alternativa a la indemnización, es un derecho que la Ley confiere al empresario, o trabajador caso de despido nulo, pero no excepciona que el vínculo se extinguiera por la decisión contra la que, y ésa es la razón de ser del despido, se acciona»*. Para SEMPERE NAVARRO, sin embargo, (*La Ley 45/2002...*, cit., pág. 43 y nota 65) sería legítima una interpretación *contrario sensu* de los efectos del artículo 56.2 del TRET. Aclara el autor que cuando la Ley sitúa en la decisión patronal la extinción del contrato de trabajo [arts. 49.1 k), 54.1, 55.7, 56.1, etc. ET] es porque estamos ante un verdadero despido (con causa) y no ante una terminación del contrato sin más causa que la voluntad empresarial.

además el último párrafo de ese mismo apartado cuarto que «*el ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación*»<sup>56</sup>.

Junto al argumento de que el despido no extingue el contrato, se han apuntado otras razones para defender la legalidad del recurso al contrato de interinidad. En última instancia, serían razones prácticas las que llevarían a afirmar la existencia de un derecho de reserva: la necesidad y el interés empresarial de cubrir la plaza dejada vacante por el despido hasta que se decida sobre la misma. Si se negara la posibilidad de acudir al contrato de interinidad, un contrato que se extinguiría cuando tras el fallo judicial el trabajador se reintegrara a su puesto<sup>57</sup>, no se estaría dejando al empresario instrumento contractual alguno que adaptándose a esta realidad satisfaga su interés y necesidad<sup>58</sup>.

En definitiva, según esta doctrina, debería flexibilizarse la rigidez de los artículos 15.1 c) del TRET y 4.º 1 del Reglamento, adaptándoles a las exigencias de la realidad, admitiendo la reserva de puesto de trabajo en tales casos y consiguientemente admitir la posibilidad de celebrar contratos de interinidad para sustituir al trabajador despedido hasta que se solvete el despido.

Creemos que la interpretación anterior olvida cuál es el fundamento del contrato de interinidad. Recordemos que se trata de un instrumento concedido al empresario para atender provisionalmente un puesto que está desocupado por causas ajenas a su voluntad. El legislador ha estimado conveniente que ante determinadas ausencias del trabajador el contrato no se extinga trasladando los riesgos al empresario. Dado que él no ha provocado esta situación, se le permite celebrar un contrato respecto del cual la incorporación del ausente actuará como causa lícita de extinción. Sin embargo, cuando el empresario despide a un trabajador y el despido se declara improcedente o nulo, el reingreso del trabajador no es causa que justifique la resolución del contrato que se realizó para ocupar su puesto, pues tal situación fue creada por el empresario. Es decir, lo importante en el contrato de interinidad no es tanto el derecho del trabajador a volver a su puesto, como el hecho de que ese derecho de reincorporación actúa como causa legítima de extinción de otro contrato. La modalidad a la que debe acogerse el empresario, pues, debe ser en principio el contrato indefinido. Si el despido se declara procedente no hay mayor problema. Si se declara improcedente y se opta por la readmisión o se declara nulo, el empresario deberá pechar con la

<sup>56</sup> Vid. GARCÍA QUIÑÓNEZ, «El Depósito de la indemnización: mecanismo liberatorio de los salarios de tramitación», en AA.VV. (Dir. GETE CASTRILLO y VALDÉS DAL-RÉ, F.) *Nuevo Régimen Jurídico del Despido y del Desempleo...*, cit., págs. 166-167.

<sup>57</sup> En este sentido señala BARREIRO GONZALEZ (*La sustitución...*, cit., pág. 110, nota 87) que si el empresario procede, sin embargo, a cubrir no interina sino definitivamente la vacante, ello no significa en puridad que se esté negando el derecho a reserva de puesto del trabajador despedido, sino todo lo más que en el ánimo del empresario no encuentra cobijo su intención de readmitir si el despido es declarado improcedente y sí la de indemnizar acogándose a la opción legal que le concede el ET.

<sup>58</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 noviembre 1994 (Ar. 4561).

reincorporación del sustituido <sup>59</sup> y si quiere extinguir el contrato del sustituto que ocupó su lugar deberá acudir a las reglas del despido. No faltan interpretaciones que defienden la celebración de un contrato sometido a condición resolutoria <sup>60</sup>.

Un sector de la doctrina admite la posibilidad de recurso a la contratación temporal pero no en la forma del contrato de interinidad sino del eventual por circunstancias de la producción, pues la decisión judicial de reintegrar al trabajador a su puesto de trabajo no se basa en un derecho a la reserva del puesto de trabajo, sino por una vulneración de las reglas ordenadoras del despido, faltando así el supuesto de hecho habilitante de una contratación interina <sup>61</sup>.

## VI. EL FALLO DE LA SENTENCIA Y VALORACIÓN CRÍTICA

En un único Fundamento de Derecho el TSJ de Madrid rechaza las argumentaciones realizadas por la empresa demandada, considerando que, concedida una primera y única excedencia por cuidado de hijos a la trabajadora sustituida, la cual concluía el 15 de diciembre de 2003, era en dicha fecha cuando se extinguía la causa que dio lugar a la reserva de su puesto de trabajo, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 4.º 2 b) y 8.º 1 c).3 del Real Decreto 2720/1998.

La propia empresa era consciente de que la causa se había extinguido en aquella fecha, pues denegó a la sustituida la concesión de una excedencia voluntaria por motivos personales. En consecuencia, por aplicación del artículo 8.º 2 del Reglamento, la prolongación de la prestación de servicios de la sustituta, una vez que hubo cesado la causa que había dado lugar a la reserva del puesto de trabajo de la sustituida, por un plazo de casi cuatro meses de duración, convirtió en indefinida aquella relación de interinidad, al no tener, desde entonces, cobertura en ninguna de las causas que la justifican –arts. 15.1 c) del ET y 4.º del RD 2720/1998–.

Termina afirmando la Sala que las posibles incidencias habidas con ocasión de la extinción de la relación de trabajo de la sustituida no pueden suponer, en relación a la sustituta, la recuperación de una temporalidad que dejó de tener virtualidad al extinguirse la causa de la reserva del puesto de la sustituida, y proseguir, pese a ello, la prestación de servicios de la sustituta.

De la sentencia analizada podríamos extraer las siguientes conclusiones:

- 1.ª La extinción del contrato no tiene lugar por el vencimiento del plazo legal o convencionalmente señalado, es decir, por el motivo 2.º del artículo 8.º 1 c), sino por extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo. Parece, pues, seguir la interpretación mayoritaria, que considera que el contrato se extingue cuando el trabajador no se reincor-

<sup>59</sup> MARTÍNEZ EMPERADOR, *Estabilidad...*, cit., pág. 197.

<sup>60</sup> ALBIOL MONTESINOS, CAMPS RUIZ, LÓPEZ GANDÍA, SALA FRANCO, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 154.

<sup>61</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ (*et altri*), *Los contratos de trabajo temporales*, Aranzadi, 2004, pág. 177.

pora cuando finaliza toda la ausencia. En el caso analizado, si tras finalizar la excedencia, el trabajador no se hubiera reincorporado por iniciarse un nuevo motivo de ausencia con derecho de reserva, por ejemplo, si la empresa hubiera concedido una nueva excedencia, el contrato de interinidad debería haberse mantenido.

- 2.<sup>a</sup> Durante el período de tramitación de un proceso de despido, no subsiste la reserva de puesto de trabajo. Parece en este sentido recoger la vieja doctrina del TCT, antes citada, que no equiparaba una readmisión judicial con la reincorporación a la que hace referencia el artículo 8.º 1 c) del Reglamento.