

ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

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

(Comentario a la STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2004, rec. 5057/2004) *

1. RESUMEN DE LOS HECHOS Y CUESTIONES DE FONDO

Los hechos enjuiciados en la sentencia objeto del presente comentario son los siguientes:

1. La demandante ha venido trabajando por cuenta y orden del Hospital desde el día 2 de agosto de 2001, como médico adjunto, y ello hasta que se le comunicó por carta de fecha 7 de junio de 2004 que a partir del día siguiente «dejaría de prestar servicios en la empresa».
2. La demandante suscribió el 2 de agosto de 2001 contrato de interinidad, para sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, en concreto a Dña. Julieta, con una duración hasta 8 de julio de 2004.
3. Doña Julieta solicitó excedencia voluntaria por tres años, que le fue concedida mediante la carta de la empresa que se transcribe a continuación, no habiéndose producido la reincorporación de la trabajadora.

El tenor literal de la carta era el que sigue:

«En contestación a su petición por escrito de fecha 8 de junio de 2001, en el que solicita la excedencia por TRES AÑOS, esta Dirección tiene el gusto de comunicarle que le es concedido el período desde el 9 de julio de 2001 hasta el 8 de julio de 2004, ambos inclusive. Asimismo, desea recordarle que volverá a ocupar el puesto de trabajo que corresponde a su categoría, siempre y cuando solicite su reincorporación con un mes de antelación como mínimo, antes del vencimiento de su excedencia, ya que de no hacerlo así consideraremos automáticamente extinguido su contrato de trabajo.»

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 266, mayo 2005.

La trabajadora sustituta considera que el contrato de interinidad concertado carecía de causa que lo legitimara y por lo tanto la extinción del contrato no fue sino un despido improcedente. Sostiene, en esencia, que si bien la excedencia voluntaria conforme al artículo 46.2 y 5 del Estatuto de los Trabajadores (ET), por sus efectos propios, no sería en principio causa de un contrato de interinidad, de acuerdo con los artículos 15.1 c) del ET y 4.º del Real Decreto 2720/1998 ¹, el derecho a la reserva de puesto de trabajo puede venir establecido en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual; a partir de lo cual afirma la parte que el artículo 21 del Convenio Colectivo mejoraría las condiciones del ET para la excedencia voluntaria y su previsión «no puede suponer otra cosa, más que una reserva de puesto de trabajo...», y añade también y finalmente que «de no entenderlo así esa Sala, existe un pacto individual, habiéndolo convenido así expresamente la empresa, al reconocerle a la trabajadora sustituida D.ª Julieta su derecho a ocupar su puesto de trabajo una vez se reincorpore de su excedencia».

La sentencia presenta a la reflexión jurídica la validez de un contrato de interinidad celebrado para sustituir al trabajador que disfruta de excedencia voluntaria. Admitido que dicho tipo de excedencia, tal como se define en el artículo 46.5 del ET, no garantiza el derecho a la reserva de puesto de trabajo, la controversia se centra en dilucidar si en el caso concreto, dicho derecho sí existe y es fruto bien de la negociación colectiva, bien del acuerdo individual entre las partes. Nos plantearemos así mismo una cuestión en la que no entra el Tribunal ¿sería posible que la existencia de dicho derecho de reserva que hubiera se dedujera de la concertación del contrato de interinidad?

2. LA CAUSA DEL CONTRATO DE INTERINIDAD: LA AUSENCIA CON DERECHO A RESERVA DE PUESTO DE TRABAJO

2.1. Delimitación positiva del concepto «derecho a reserva de puesto de trabajo».

Tanto en el artículo 15.1 c) del ET como en el artículo 4.º 1 del Real Decreto 2720/1998 definen el contrato de interinidad por sustitución como aquel que tiene por objeto la cobertura del trabajo dejado de prestar por la ausencia temporal de un trabajador que tiene derecho a la reserva de puesto de trabajo que desempeña. Conviene precisar que cualquier circunstancia que genere el referido derecho a reserva de puesto de trabajo legitima el empleo de esta modalidad contractual, y no únicamente aquellos que se relacionan con las circunstancias suspensivas enumeradas en el artículo 48 del ET. Por ejemplo sería correcto celebrar un contrato de interinidad para sustituir a un trabajador que disfruta de alguno de los permisos recogidos en el artículo 37 del ET ².

A lo largo del Estatuto aparecen diferentes expresiones que aunque no idénticas parecen referirse al mismo concepto de reserva de puesto de trabajo. Así, el artículo 46.1 del ET al regular la excedencia forzosa, utiliza la expresión «derecho a la conservación del puesto», o el artículo 48.1 habla del derecho a la «reincorporación al puesto de trabajo reservado» como uno de los efectos de la suspensión del contrato de trabajo.

¹ Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del ET en materia de contratos de duración determinada (BOE del 8 de enero).

² AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, Dir.), *Los contratos de trabajo temporales*, Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 164.

Si la obligación del empresario de guardar el puesto del ausente, consecuencia del derecho de «reserva» no plantea dudas, no puede decirse lo mismo respecto al concepto de «puesto de trabajo» al cual aparece referida la reserva.

El término «puesto» conforme al diccionario de la RAE admite, al menos, dos significados. Por un lado, es sinónimo de «*empleo, dignidad, oficio o ministerio*». Por otro lado, hace referencia al «*sitio o espacio que ocupa una persona o cosa*». Tomando la primera de las acepciones, «puesto de trabajo» es el empleo del trabajador, es decir las funciones que realiza dentro de la empresa. Podríamos decir que es un puesto «funcional». Pero el sentido del término se restringe si añadimos las connotaciones locativas de la segunda definición. El puesto hará, así, referencia, no sólo a las funciones sino al lugar que dentro del edificio del centro de trabajo ocupa el trabajador: la planta, departamento, incluso la silla y la mesa que normalmente ocupa. Se trataría no sólo de un puesto funcional sino «físico».

Ambos significados de la expresión «puesto de trabajo» están presentes en el lenguaje vulgar. Imaginemos que en una Clínica, hay dos Auxiliares Administrativas, una desempeña sus funciones en Recepción y otra en Quirófano. Si preguntamos a ambas qué puesto tienen en la clínica, nos contestarán que de Auxiliar de Clínica. Pero si cambiamos a la que está situada en Recepción a Quirófano, seguramente dirá que está siendo cambiada de puesto, refiriéndose a la variación que ha sufrido en el entorno en que lleva a cabo su trabajo. Lo mismo ocurrirá por ejemplo con la Secretaria que ha sido asignada a un jefe distinto. A pesar de seguir desempeñando las mismas funciones, dirá que está siendo cambiada de puesto.

El empleo por el artículo 15.1 c) del ET de este término –que, como acabamos de ver se revela ambivalente–, debe obligarnos a reflexionar acerca del significado por el que opta el legislador. El trabajador ausente en cuanto titular del derecho a la reserva de puesto de trabajo ¿tiene derecho a reingresar en el mismo puesto del que se ausentó, entendido éste en sentido físico, o bien, bastará con que al reincorporarse lo haga en su empleo, es decir en las funciones que venía desempeñando?

En un primer momento, la doctrina defendió la primera de las interpretaciones. Se dirá así, que cuando el artículo 48.1 del ET dice que «*al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado*» está obligando a que el trabajador reingrese en «su» puesto de trabajo que, por otra parte le habrá sido reservado³. Creemos, no obstante, con otro sector de la doctrina que la interpretación debe ser otra⁴. Para determinar si

³ Vid., VIDA SORIA, *Suspensión del contrato de trabajo*, en, (BORRAJO DACRUZ, Dir.) *Comentarios a las leyes laborales*, Tom., IX, Vol. 1.º, Edersa, 1983, pág.135. En el mismo sentido, CARRO IGELMO (*La Suspensión del contrato de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1959, págs. 114 y 115) advertía que no se trataba «de una simple reintegración a la empresa en que prestaba sus servicios, quien podrá destinarlo al puesto que estime más conveniente, sino precisamente *la reincorporación al mismo puesto que ocupaba en el momento de ser llamado a filas*, puesto que hemos visto cómo se habla de vuelta al antiguo puesto». Admitía el autor que en este punto, sin embargo, no faltaba alguna excepción determinada por la imposibilidad de realizar la reincorporación al puesto de referencia, sin perjuicios ni fricciones y por eso se prescribía en alguna Reglamentación como la de Industrias Cárnicas que «se exceptúan, sin embargo, los casos en que el empleado hubiese ascendido y aquellos otros en que sea imposible, sin graves trastornos para los demás, reintegrarlo a su primitivo puesto, si bien en este último caso se le dará otro similar y tendrá preferencia absoluta para volver a ocupar aquél tan pronto quede nuevamente vacante».

⁴ Interpretación que mantienen, entre otros, PEDRAJAS MORENO, *La excedencia (Un estudio en los ámbitos laboral y funcional)*, Montecorvo, Madrid, 1983, págs. 361-366; ESCUDERO RODRÍGUEZ y MERCADER UGUINA, «Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijos», *Relaciones Laborales*, 1995, núm. 11, págs. 107-109; ROJAS RIVERO, «El derecho a la excedencia para el cuidado de hijos», *Tribuna Social*, 1996, núm. 61, pág. 76; GORELLI HERNÁNDEZ, *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1998, 231-234.

existe derecho a la reserva de un puesto de trabajo «físico», deberá investigarse si previamente existe un «derecho» a tal puesto, lo que en realidad equivaldría a una especie de «derecho de propiedad» sobre el puesto (*property in job*). Es decir, si el contrato del trabajador no estuviera suspendido ¿tendría derecho a no ser movilizado de su puesto físico?

Para responder adecuadamente, no debemos olvidar que las partes contratantes son los titulares a quienes se les atribuye la determinación del objeto del contrato, es decir de las funciones que realizará el trabajador. En concreto establece el artículo 22.5 del ET que «*por acuerdo entre el trabajador y el empresario se establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo*». Como acto complementario o confundido con el anterior, trabajador y empresario tienen la obligación de equiparar el contenido de la prestación «*a la categoría, grupo profesional o nivel retributivo previsto en el convenio colectivo o, en su defecto, de aplicación en la empresa, que se corresponda con dicha prestación*». Es decir, que en el momento de contratar únicamente deben quedar delimitadas las funciones del trabajador que le corresponden de acuerdo con su clasificación profesional, lo que hemos llamado el puesto «funcional» pero ninguna referencia tiene por qué hacerse al lugar en concreto en que las desempeñará (a salvo, claro está, del centro de trabajo) ⁵.

La clasificación profesional limita el poder de dirección del empresario al condicionar los posibles cometidos que pueden ser exigidos al trabajador. Conforme al artículo 20.1 del ET el trabajador está obligado a realizar «*el trabajo convenido*» bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue. En principio, el empresario solamente podrá requerirle las funciones que correspondan al elemento clasificatorio al que se encuentra adscrito el trabajador, traduciéndose así el «*trabajo convenido*» al que se refiere la norma estatutaria. Dicho en pasiva, ello quiere decir que el único derecho que ostentaría el trabajador, sería el de exigir un trabajo conforme al grupo o categoría en que ha sido clasificado ⁶.

Puede añadirse otra argumentación. Aun cuando se defendiera que el término «puesto de trabajo» debe entenderse también como el puesto físico ocupado en el centro, no hay que olvidar que el poder de dirección que el artículo 39 del ET ⁷ atribuye al empresario, le permite ordenar el trabajo y exigir al trabajador actividades plurales, siempre que todas ellas pertenezcan al ámbito de la prestación debida. El resultado, como se ha apuntado por la doctrina, no es otro que la modalización de cualquier visión estrictamente patrimonial del singular puesto de trabajo ocupado en un momento dado por el trabajador ⁸, el cual únicamente tendrá derecho a exigir un trabajo que, de acuerdo con el precepto antes citado, es el propio de su grupo profesional o categoría equivalente, y que se realiza en unas determinadas condiciones de tiempo (jornada, horario...) y lugar, entendiéndose por lugar la localidad en que reside, no el puesto de trabajo físico.

⁵ En la misma línea el artículo 6.º 2 del Real Decreto 2720/1998 establece que, cuando los contratos de duración determinada «se formalicen por escrito se deberá hacer constar en los mismos, entre otros extremos, la especificación de la modalidad contractual de que se trate, la duración del contrato o la identificación de la circunstancia que determina su duración, así como el trabajo a desarrollar». Obsérvese, cómo el precepto no exige que deba indicarse el puesto, sino el trabajo que efectuará el trabajador, en clara referencia a las funciones que desarrollará en la empresa.

⁶ MOLERO MARAÑÓN, *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 60.

⁷ El artículo 39.1 del ET dispone que «La movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional. A falta de definición de grupos profesionales, la movilidad funcional podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes».

⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ y MERCADER UGUINA, «Nueva...», *op. cit.*, pág. 107.

En resumen, puede afirmarse que, aun cuando el trabajador no tuviera el contrato suspendido, no tendría derecho a permanecer en su puesto físico, sino que podría ser movilizad. Por lo tanto, si antes de la suspensión no tiene derecho a un puesto físico, ¿por qué iba a tenerlo después de que tenga lugar ese acontecimiento? Ello supondría establecer una excepción al poder de dirección del empresario, durante la suspensión de los contratos⁹, sin tener en cuenta que durante ella la vida de la empresa no se paraliza sino que continúa, surgiendo necesidades a las que hay que dar respuesta sin esperar el regreso del trabajador ausente¹⁰.

A la misma conclusión se llegaría aplicando las reglas de la pura lógica, ya que nada impediría al empresario guardar al trabajador «su» puesto de trabajo físico, e inmediatamente después de su reincorporación moverle funcionalmente.

Sirva de ejemplo de este concepto de «derecho a reserva de puesto de trabajo» el artículo 27 del *Convenio Colectivo Estatal de Hormas, Tacones, Cañas, Pisos y Cambrillones de Madera y Corcho*¹¹ que al regular la excedencia forzosa prevé que «el reingreso será automático y el trabajador tendrá derecho a ocupar una plaza de la misma categoría que ostentara antes de producirse la excedencia forzosa». Esta interpretación flexible, nos conduce necesariamente a afirmar que el derecho atribuido al trabajador de ningún modo se traduce en una reserva, topográficamente hablando, de un concreto puesto de trabajo —el que ocupaba antes de la ausencia— sino que es suficiente con que la reincorporación se realice en similares condiciones económicas y profesionales a las que venía disfrutando el trabajador, siempre que se respeten los márgenes de la movilidad funcional¹².

⁹ La exigencia de reservar el mismo puesto de trabajo, supondría el reconocimiento de que el artículo 48 del ET, estaría estableciendo una excepción al poder de dirección ordinario del empresario. Lo que supondría una carga excesiva para el mismo que vería, de esta manera limitada no sólo su capacidad de extinguir el contrato y de contratar a otro trabajador indefinidamente, sino también su poder de mover funcionalmente a los trabajadores tal como le autoriza el artículo 39 del ET. Esta excepción es admitida respecto al primer año de excedencia por cuidado de hijos por DE LA VILLA GIL y LÓPEZ CUMBRE («Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34 sobre permiso parental», *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Trabajo*, 1999, número extraordinario, pág. 62).

¹⁰ Para CARMONA POZAS («Suspensión del contrato por Servicio Militar, obligatorio o voluntario, o Servicio Social sustitutivo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1981, núm. 7, págs. 328 y 329) este derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado no supone materialmente acceder al mismo puesto toda vez que por razones de índole técnica, organizativa o de producción, debidamente acreditadas, podría haberse operado, previa autorización, modificaciones en las condiciones de trabajo que eventualmente afectasen al trabajador cuyo contrato de trabajo estuviese suspendido; o bien que como el tiempo de suspensión se computa a efectos de antigüedad, a consecuencia de reglamentarios ascensos podría acontecer que la reinserción en la Empresa se produjese bajo una nueva categoría laboral en otro puesto de trabajo. Incluso los autores que mantienen una posición estricta del derecho de reincorporación, se ven obligados a admitir que durante la ausencia el puesto puede haberse visto sometido a variaciones, lo que repercutirá, lógicamente, en la forma de realizarse la reincorporación. En relación con la excedencia sindical CAMACHO ORTEGA (*La Excedencia sindical. Análisis del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Ibidem, 1997, págs. 203 y 204) tras afirmar que el reingreso debe tener lugar *a priori* en el mismo puesto y en las mismas condiciones, sin embargo, se ve obligado a reconocer que, dada la ausencia de límites temporales en la excedencia sindical, son muy posibles los casos en que al tiempo del reingreso en el puesto reservado, atendiendo por ejemplo a razones derivadas del proceso productivo, haya podido experimentar alguna variación (sustancial o no) e incluso haber desaparecido. Para el autor, la expresión «derecho de puesto de trabajo» no se desnaturaliza *a posteriori* por el hecho de que la reincorporación no se produzca en el mismo puesto cuando el cambio venga determinado por la movilidad funcional.

¹¹ Resolución de 13 de septiembre de 2001 (BOE del 5 de agosto, núm. 186).

¹² RODRÍGUEZ COPÉ, M. L., *La suspensión del contrato de trabajo*, Consejo Económico y Social, 2004, págs. 188 y 189. Sirvan de ejemplo las sentencias que citan ESCUDERO RODRÍGUEZ y MERCADER UGUINA («Nueva...», *op. cit.*, págs. 107 y 108): Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de noviembre de 1990 (AL, 1991, ref. 481) conforme a la cual en los supuestos de excedencia forzosa, el «derecho del trabajador a la reincorporación ha de vincularse, genéricamente, a un puesto de trabajo que corresponde a su categoría profesional». Y, en la misma línea, con referencia a los cargos sindicales, se afirma por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 13 de octubre de 1992 (AL 1993, ref. 26) que «su reserva de puesto de trabajo quiebra cuando existen razones que justifican su movilidad funcional (...) porque la expresión que (...) utiliza de derecho a reserva de puesto de trabajo, no se desnaturaliza por la circunstancia de que el reingreso se haga en otro sustancialmente igual, correspondiente a la misma categoría y grupo profesional, pero en

En este sentido, por ejemplo, sería impugnabile un reingreso que no respetara la dignidad del trabajador o fuera en perjuicio de su formación y promoción profesional (así cuando se fundamenta en una represalia encubierta), no respetando la retribución, el turno de trabajo o el lugar de la prestación, en cuyo caso el empresario, por tratarse de condiciones esenciales del contrato de trabajo, deberá cumplir con los procedimientos de los artículos 40 y 41 del ET¹³.

En realidad, se puede afirmar que dentro de la expresión «derecho a la reserva de puesto de trabajo» la idea principal es la del «derecho a la reserva», en el sentido de que lo que el legislador quiere resaltar no es tanto el derecho a un puesto concreto, sino el derecho del trabajador al reingreso de manera automática, sin tener que esperar a que haya o no vacante. Éste es el significado básico de la «reserva del puesto» junto con el derecho del trabajador a mantener los derechos consolidados antes y durante el período de la ausencia¹⁴.

Por las razones apuntadas anteriormente, creemos que cuando el legislador regula los efectos de la excedencia por cuidado de hijos y habla de un «derecho a la reserva de su puesto de trabajo» durante el primer año y de una reserva referida «a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente» a partir del segundo año, no está estableciendo dos categorías de reserva de distinta intensidad¹⁵. Prueba de ello es que la disposición adicional decimocuarta del ET permite concertar un contrato de interinidad para sustituir al trabajador que se encuentre en excedencia por cuidado de hijos coincidiendo la duración máxima del contrato con la de la excedencia. El legislador no parece encontrar en la diferente expresión utilizada por el artículo 46.3 para definir el derecho de reserva a partir del segundo año, razón alguna que haga perder su causa legitimadora al contrato de interinidad inicialmente concertado.

2.2. Delimitación negativa del concepto «derecho a reserva de puesto de trabajo».

Concepto distinto del derecho a reserva de puesto de trabajo es el de «derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría» que se recoge como efecto de la excedencia voluntaria en el artículo 46.5 del ET.

dependencia o sección distinta cuando este cambio viene determinado por la movilidad funcional». Por otra parte, respecto a la situación de excedencia por cuidado de hijos, la propia jurisprudencia ha venido recordando que será necesario que se le mantengan al trabajador las retribuciones asignadas al puesto y las mismas circunstancias que rodean al mismo. Y ello significa, en palabras de alguna sentencia (STSJ de Baleares de 20 diciembre de 1992, Ar.7085) que será necesario que al trabajador reingresado se le mantenga en el mismo turno que tenía con anterioridad a la situación de excedencia. El fundamento de tal solución se encuentra en la consideración del turno como una condición esencial del contrato de trabajo que para su modificación precisa del procedimiento legal previsto en el artículo 41 del ET. Téngase en cuenta que las sentencias invocadas, fueron dictadas al amparo del régimen jurídico anterior a la Reforma de 1994, que fue interpretado por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que el cambio de funciones regulado en el artículo 39, a pesar de la referencia que hacía el precepto al Grupo profesional, debía producirse entre funciones reconducibles a la categoría asignada al trabajador, salvo los casos excepcionales en que la norma sectorial contuviera una definición de Grupos profesionales material y no puramente sistemática. Vid, en este sentido CONDE MARTÍN DE HUAS, *Clasificación profesional, promoción profesional económica y movilidad funcional*, en, (BORRAJO DACRUZ, Dir.) *Comentarios a las Leyes Laborales*, Tom. I, Vol. 2, Edersa, 1994, págs. 237 y 238.

¹³ Vid, ROJAS RIVERO, «El derecho...», *op. cit.*, pág. 76. Recuerda CASAS BAAMONDE («Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1998, pág. 419) que aun cuando el ejercicio de la movilidad funcional ordinaria no precisa de justificación causal, al no suponer una alteración de las funciones pactadas y encuadradas en la clasificación profesional asignada, «unánimemente, la doctrina viene condenando la causa arbitraria, exigiendo el desenvolvimiento del poder de variación empresarial dentro de las exigencias del principio de no discriminación y del de buena fe contractual, y el Tribunal Constitucional (TC) (STC 99/1994, de 11 de abril) exigiendo la presencia de razones organizativas estrictas y necesarias ante la afectación de los derechos fundamentales del trabajador».

¹⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, *Las Excedencias...*, *op. cit.*, Comares, Granada, 1998, pág. 233.

¹⁵ RODRÍGUEZ COPÉ, M. L., *La suspensión...*, *op. cit.*, págs. 188-191.

De los términos en que se expresa dicho precepto se desprende, con claridad, que la reincorporación del trabajador no será automática una vez finalizada la excedencia, pues esta situación no tiene como efecto la reserva de puesto de trabajo ¹⁶. Tan sólo confiere un derecho preferente para reingresar en el caso de que exista entonces, o se produzca con posterioridad, una vacante apropiada de igual o similar categoría a aquella en que se encontraba clasificado en el momento de interrumpir la relación ¹⁷. Seguramente es ésta la característica que mayor singularidad aporta al régimen jurídico de esta figura, frente al propio de la excedencia forzosa y de las restantes causas de suspensión del contrato de trabajo para los que dicha reserva es un efecto común ¹⁸.

El hecho de que la excedencia voluntaria no vaya unida a la reserva de puesto de trabajo produce dos consecuencias ¹⁹:

1. La posibilidad de amortizar la plaza dejada vacante por el excedente voluntario, salvo que en virtud de pacto individual o colectivo se haya establecido derecho de reserva de puesto de trabajo ²⁰.
2. Que su cobertura, con la misma excepción apuntada, no podrá realizarse legalmente mediante la contratación de trabajador interino ²¹ –a salvo claro está que se haga un contrato de interinidad por vacante–.

¹⁶ Que la excedencia voluntaria no atribuye reserva de puesto de trabajo, resulta claro en la STSJ de Madrid de 29 de enero de 1990 (Ar. 429): se declara correcta la extinción de un contrato de interinidad cuando al reincorporarse el sustituido solicita y obtiene excedencia voluntaria. El contrato se extingue porque en tal caso la excedencia origina una suspensión de la relación laboral en la que ya no existe la reserva de puesto de trabajo, y la vacante debe proveerse de acuerdo con las normas de provisión legales que rigen en las Administraciones Públicas. Cita también RUANO ALBERTOS (*La Excedencia voluntaria no causal en el Estatuto de los Trabajadores*, Colex, 1995, pág.54, nota 84) la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo (STCT) de 26 de abril de 1982 (Colex 600) conforme a la cual «No es posible concertar contrato de trabajo de carácter interino para ocupar la indicada plaza durante la excedencia del actor (...) pues la excedencia voluntaria no comporta reserva de plaza y no tiene, en modo alguno, el carácter de ausencia obligada».

¹⁷ Solicitado el reingreso si existiera una vacante, tendría derecho preferente a ocuparla. Si con posterioridad a la solicitud de reingreso se celebra con otro trabajador un contrato de interinidad por vacante de igual o similar categoría, dicho contrato es nulo. *Vid.*, en este sentido STSJ de Aragón de 14 de octubre de 1997 (AL 1998/452) que considera vacante adecuada para que tenga lugar el reingreso de excedente voluntario, la ocupada por trabajador interino con posterioridad a la solicitud de reingreso. Dice el Tribunal que la celebración de contrato de interinidad para «ocupar plaza vacante» hasta la «incorporación del titular» significa que «el Organismo demandado reconocía, de modo palmario, la existencia de una vacante de la categoría de la actora; y ello al margen de la eventual ilegalidad de tal contrato, pues a los efectos de este proceso lo relevante es lo que tal acto significaba y tenía como presupuesto».

¹⁸ Subraya ARGÜELLES BLANCO (*La Excedencia laboral voluntaria*, pág.299) cómo la diversidad de régimen jurídico, responde al origen de una y otras situaciones, a sus causas justificadoras, necesitadas, a juicio del legislador, de un distinto nivel de protección. Mientras que la mayor parte de los supuestos suspensivos encuentran su justificación última en la aparición de una imposibilidad sobrevenida, que escapa a la voluntad del trabajador, o en el ejercicio de determinados derechos merecedores de una valoración especial –supuesto este de la excedencia forzosa, la sindical, y la que puede solicitarse por el cuidado de un hijo–, la justificación final de la excedencia voluntaria está en motivaciones estrictamente personales del propio trabajador, que decide situarse en excedencia para realizarlas.

¹⁹ *Vid.*, ARGÜELLES BLANCO, *La Excedencia...*, *op. cit.*, Aranzadi, 199, pág. 300).

²⁰ Sin embargo, el TS ha señalado los siguientes condicionamientos al derecho del empresario a amortizar la vacante: 1. La amortización debe de hacerse conforme a los principios legales. 2. La amortización ya sea de la vacante dejada por el excedente o de otra de igual o similar categoría a la suya, debe de hacerse antes de solicitar la reincorporación del trabajador excedente voluntario, pues otra solución haría ilusorio el derecho de quienes piden el reingreso, y transformaría la situación de excedencia voluntaria en cese definitivo. Esta doctrina del TS es estudiada por ARGÜELLES BLANCO, en *La Excedencia...*, *op. cit.*, págs. 300-306; también por RUANO ALBERTOS, *La Excedencia...*, *op. cit.*, pág. 54.

²¹ Llama la atención la STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 1995 (Ar. 4299) para la cual «el trabajador en excedencia voluntaria puede ser sustituido por otro, mediante contrato de interinidad, merced a que conserva no el mismo puesto de trabajo, pero sí un derecho preferente al reingreso de vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa. No es irrazonable lo dicho, si se piensa que abstractamente el fundamento de la interinidad reside en un doble juego de intereses –como enseña la Sentencia de 28 de diciembre de 1992, de la Sala Cuarta del TS dictada

3. FUENTES DEL «DERECHO A LA RESERVA DE PUESTO DE TRABAJO»: CONVENIO COLECTIVO, ACUERDO ENTRE LAS PARTES, ¿CONCESIÓN DEL EMPRESARIO?

Tratándose del contrato de sustitución el artículo 4.º 1 del Real Decreto 2720/1998 especifica que la reserva de puesto puede venir reconocida «*en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual*». Dicho precepto debe ponerse en conexión con el artículo 45.1 a) y b) del ET que permite a las partes pactar la suspensión del contrato y sus efectos bien en el momento de contratar –supuesto de la letra a)– bien durante la vigencia del contrato –supuesto de la letra b)–²².

En relación con la excedencia, expresamente el artículo 46.6 del ET permite que «*la situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y efectos que allí se determinen*». Las partes pueden convenir tanto una nueva causa de excedencia, como mejorar el régimen de la excedencia voluntaria atribuyendo el efecto de la reserva de puesto de trabajo²³.

El tenor literal del artículo 46.6 del ET plantea un problema interpretativo. La referencia al acuerdo colectivo ¿debe interpretarse en el sentido de que se excluye que por pacto individual entre las partes se establezca un supuesto distinto de excedencia con derecho a la reserva de puesto de trabajo? No sólo la jurisprudencia²⁴ avala la solución contraria sino también el propio artículo 45.1 a) y b) del ET. No se explica por qué si permite el establecimiento de nuevos supuestos de suspensión por acuerdo entre las partes iba a excluir de ese acuerdo lo que no es sino un supuesto de suspensión: la excedencia.

Esta interpretación se refuerza también por el tenor del artículo 4.º 1 del Real Decreto 2720/1998 antes citado²⁵.

en casación para la unificación de doctrina–, de una parte incrementar la plantilla de la empresa, y de otra, guardar el puesto que ocupaba el trabajador sustituido o su derecho preferente a vacante, impidiendo que la empresa amortice la plaza o la cubra con carácter definitivo por un tercero». ¿Se ha iniciado un posible cambio en la doctrina de los Tribunales en orden a la admisión de la interinidad para sustituir a excedente voluntario? No nos precipitemos; a la sentencia examinada deben realizársele dos precisiones: en primer lugar parece que el Tribunal ha procedido a una lectura rápida de la sentencia de 28 de diciembre de 1992 porque lo cierto es que no dice exactamente eso. Los intereses a que hace referencia son por una parte el de «no incrementar la plantilla de la empresa» y el de «guardar el puesto que ocupaba el trabajador sustituido» sin que se haga referencia alguna al derecho preferente al vacante. Por si existiera alguna duda, más adelante, el Tribunal de Madrid justifica la procedencia de la previsión reglamentaria que da fijeza al contrato de interinidad cuando se extingue la relación del sustituido «al desaparecer el **derecho a la reserva de puesto de trabajo** de aquel que actúa como causa de la excepción a la indefinición del contrato y sin que ello suponga incremento de la plantilla». La referencia, pues, al derecho preferente de reingreso desaparece de la argumentación del Tribunal (la negrita es de la autora). En segundo lugar, el Tribunal confunde el fundamento de la suspensión con el fundamento de la interinidad. El de la primera es conservar el derecho de reserva del puesto, que a su vez es presupuesto para la celebración del contrato de interinidad. Pero este último no es el que crea el derecho. La STSJ de Canarias/Las Palmas de 26 de noviembre de 1996 (Ar. 4630) expresamente rechaza la posibilidad de realizar un contrato de interinidad para sustituir a trabajador excedente voluntario, por no gozar éste de derecho a la reserva de puesto de trabajo; en el mismo sentido, STSJ de Navarra de 29 de octubre de 2001 (Ar. 3470) y STSJ de las Islas Baleares de 9 de abril de 2003 (Rec. 135/2003).

²² El artículo 45 del ET dispone que «1. El contrato podrá suspenderse por las siguientes causas: a) Mutuo acuerdo de las partes; b) Las consignadas válidamente en el contrato». Para un supuesto de contrato de interinidad para sustituir a excedente voluntario cuya reserva de puesto se ha pactado entre las partes, *vid.*, STSJ de Castilla y León/Valladolid de 27 de julio de 1989 (Ar. 943), pacto que la sentencia califica de válido en virtud del artículo 3.º 1 c) del ET, rechazando la pretensión del trabajador que alegaba la nulidad del contrato por no existir la reserva de puesto de trabajo que exige el artículo 15.1 c) del ET.

²³ STCT 23 de enero de 1984 (Ar.544).

²⁴ *Id.*, jurisprudencia del TCT citada por BARREIRO GONZÁLEZ, en su obra *La sustitución del trabajador con derecho de reserva. El contrato de interinidad*, Civitas, 1986, pág. 102, nota 66.

²⁵ ARGÜELLES BLANCO (*La Excedencia...*, *op. cit.*, pág. 119) admite el reconocimiento del derecho de reserva de puesto de trabajo a excedente voluntario por el acuerdo de las partes, al permitirlo el artículo 45.1 a) y b) del ET. Pero, en lógica con su consideración de la excedencia voluntaria como institución jurídica diferente de la suspensión, concluye la autora, que en este supuesto la situación dejaría de ser una excedencia voluntaria, convirtiéndose en una suspensión.

Cuando la reserva de puesto es fruto de un acuerdo individual o colectivo, no sólo no hay inconveniente en recurrir a la contratación en régimen de interinidad, siempre, naturalmente, que se cumplan los requisitos señalados en el artículo 15.1 c) del ET sino que, precisamente por estar obligado el empresario a la conservación del puesto, tiene limitada su libertad de elección de la modalidad contractual a través de la cual pretenda su cobertura hasta el reingreso del excedente, con el fin de no privar a éste de su derecho ²⁶.

El contrato idóneo «debe» ser, pues, el de interinidad ²⁷. Pero obsérvese que lo es, no como efecto de la excedencia voluntaria –art. 46.5– sino del acuerdo de las partes, bien sean los firmantes del Convenio Colectivo –en el supuesto del art. 46.6 del TRET–, bien las partes firmantes del contrato o de su modificación –en el supuesto del art. 45.1 a) y b)–.

No hace referencia el artículo 4.º 1 del Real Decreto 2720/1998 a la posibilidad de que la reserva de puesto no haya sido acordada por las partes, sino concedida unilateralmente por el empresario cuya voluntad en este sentido se revelaría por la celebración de un contrato de interinidad para sustituir al trabajador ausente ²⁸. Dentro de la doctrina, se han defendido dos posturas distintas según se haga hincapié en el derecho a la estabilidad en el empleo del trabajador interino, o en el del excedente voluntario.

Conforme a la primera postura, sería abusiva la condición resolutoria establecida al respecto por cuanto se estaría determinando la precariedad de un contrato sin justificación alguna precisamente por la inexistencia de un derecho a reserva de puesto del excedente voluntario que por lo mismo habría que calificar de «falso sustituido» y consecuentemente al trabajador, sujeto del supues-

²⁶ Vid., PEDRAJAS MORENO, *La Excedencia (Un estudio en los ámbitos laboral y funcional)*, Montecorvo, Madrid, 1983, pág. 294; RUANO ALBERTOS, *La Excedencia...*, op. cit., pág. 55; ARGÜELLES BLANCO, *La Excedencia...*, op. cit., pág. 308. Por ejemplo, la STS de 5 de septiembre de 1984 (Ar. 6801) parte de un contrato de interinidad celebrado para sustituir a trabajador ausente por licencia sin sueldo al que el Convenio de Hostelería le reconoce derecho de reserva de plaza. También recoge un supuesto de licencia sin sueldo la STSJ de Madrid de 22 de mayo de 1995 (Ar. 2223).

²⁷ Causa extrañeza la STSJ de Castilla y León de 5 de octubre de 1994 (Ar. 3748). Recoge la celebración de un contrato eventual para cubrir plaza cuya titular se encontraba en excedencia voluntaria pero con reserva de puesto de trabajo. Para el Tribunal «la cláusula contractual ("para atender en excedencia voluntaria el mayor trabajo producido por la excedencia de la titular") carece de la cobertura legal, pues no satisface la finalidad del artículo 3.º del Real Decreto 2104/1984, ni la filosofía del legislador, ya que la señalada excedencia, no produce exigencias circunstanciales del mercado, ni acumulación de tareas (que siguen siendo las mismas), ni exceso de pedidos, sino simplemente la sustitución de la trabajadora excedente, que debiera cubrirse hasta la reincorporación de la misma, en su caso o el señalado concurso». En primer lugar, llama la atención que si bien el Tribunal parece haber descubierto la verdadera causa del contrato: la sustitución de excedente, y en consecuencia indique que el contrato debe durar hasta la reincorporación, se añada la referencia al concurso. Si quiere ser consecuente, dicho concurso no podría celebrarse antes de la reincorporación del excedente, sino una vez que resulte claro que su reingreso no tendrá lugar. Lo que estaría diciendo, entonces la sentencia, es que finalizado el contrato de interinidad por sustitución, el trabajador debería continuar cubriendo la vacante producida entonces. En segundo lugar, causa extrañeza que, habiéndose extinguido el contrato del eventual antes de que se produzca la reincorporación del excedente, el Tribunal no reconduzca la relación a su verdadera causa –la interinidad– sino que declara la relación indefinida (no fija) hasta que se reincorpore el excedente o se cubra la vacante. Es decir, aplica la doctrina sobre los efectos de las irregularidades cometidas por las Administraciones Públicas en la contratación temporal.

²⁸ Tal supuesto no es extraño en la práctica. Vid., por ejemplo la antes citada STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 1995 (Ar. 4299) así como la STSJ del País Vasco de 20 de abril de 1999 (AL 1999/1330): el mismo día en que cobraba efectos la situación de excedencia voluntaria, el empresario celebró contrato de interinidad con el fin de sustituir a la trabajadora ausente, introduciéndose una cláusula adicional donde se especificaba que el objeto era cubrir el puesto de trabajo de forma provisional, y hasta la adjudicación del mismo por el oportuno concurso-oposición. En consecuencia, la excedente voluntaria exige su reingreso en su puesto de trabajo. La doctrina que defiende que la excedencia por cuidado de hijos no atribuye el derecho de reserva de puesto a partir del segundo año, ¿en virtud de qué derecho de reserva justifica la celebración del contrato de interinidad que prevé la disposición adicional 14.ª del ET?

to contrato de interinidad, de «falso sustituto»²⁹. El contrato que se debería realizar en estos casos para cubrir la plaza vacante sería un contrato normal y corriente con todas sus consecuencias³⁰. Teniendo en cuenta, que la plaza dejada por el excedente voluntario se declara vacante, podría hacerse un contrato de interinidad con este fin³¹.

Conforme a la segunda postura, la libertad contractual reconocida a las partes genéricamente en el artículo 1.255 del Código Civil (CC) y específicamente en los artículos 3.º 1 c) y 49.1 b)³² del ET, debe permitir el establecimiento de una condición resolutoria de esta naturaleza, sin que ello implique violación alguna de la legalidad que lleve a considerarla como inválida o abusiva del derecho. Tampoco debe apreciarse abuso del derecho ni ilicitud en el hecho de que el empresario quiera conservar a su servicio al trabajador excedente voluntario y que, por consiguiente, haga depender la subsistencia del contrato de la reincorporación a la empresa del excedente sustituido, ni debe apreciarse irrenunciabilidad alguna de derechos por parte del sustituto, pues no se ha establecido la precariedad de su contrato de modo arbitrario e injustificado, sino en virtud de un posible y legítimo interés empresarial aceptado por aquél³³. A falta de norma expresa o pacto escrito que demuestren de forma evidente el derecho a la reserva de plaza del excedente voluntario, el simple dato de la contratación de un interino realizada en forma legal y señalando por tanto que sustituye a un trabajador en excedencia voluntaria, sería dato suficiente para demostrar que a este último se le ha reservado

²⁹ Interpretación propuesta, aunque no defendida por BARREIRO GONZÁLEZ, *La sustitución...*, *op. cit.*, pág. 114. MARÍN CORREA («La vacante como justificación de la interinidad, Cuestiones de Derecho Laboral», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, pág. 156) rechaza el contrato de interinidad porque lo que no puede hacerse es conservarse una vacante provisional porque se someta a quien ocupa la así producida a una temporalidad contractual que carece de cobertura legal. Más aún, se le estaría sometiendo a la incertidumbre de que la pervivencia de su contrato dependiera de la voluntad de un tercero (excedente voluntario) en solicitar oportunamente o no solicitar su reingreso.

³⁰ *Vid.*, VIDA SORIA, *Suspensión...*, *op. cit.*, pág. 116; RAMÍREZ MARTÍNEZ, *Curso de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 291. Se pregunta ARGÜELLES BLANCO (*La Excedencia...*, *op. cit.*, pág. 307) cuál sería el contrato adecuado en estos casos. Por supuesto podrá ser un contrato indefinido, pero también puede emplearse cualquier otra modalidad de contratación temporal, distinta de la interinidad, siempre, claro está que concurra causa suficiente. Será difícil –considera– que esté justificado el recurso al contrato eventual, pues la acumulación de tareas que ocasionaría la excedencia voluntaria en los compañeros de quien se ausenta tiene vocación de permanencia, hasta tanto no se reincorpore el excedente, si es que llega a hacerlo. Sin embargo –continúa diciendo– pueden excepcionalmente darse circunstancias que permitan probar a la empresa que pasado un tiempo, dentro de los límites de la eventualidad, las funciones que desarrollaba el excedente no serán necesarias y podrá prescindirse de las mismas. En este caso, entiende, que es correcto el empleo de este contrato. Nada impide, por el contrario, que el empresario decida formalizar un contrato en prácticas o para la formación, si las características del puesto, así como de los candidatos, son adecuadas. Como tampoco presentará problemas la utilización de un contrato para fomento del empleo. Respecto al contrato de obra, los límites e inconvenientes son los generales, sin que suponga un impedimento adicional el que la plaza para la que se destine haya sido dejada vacante por un excedente voluntario; opina GORELLI HERNÁNDEZ (*Las Excedencias...*, *op. cit.*, pág. 89) que el empresario podría cubrir el puesto a través de la contratación indefinida, o bien algún otro tipo de contrato temporal que sea admisible, básicamente el de obra o servicio determinado.

³¹ En este sentido, debe tenerse cuidado con los contratos de interinidad en los que se pacta su duración hasta la cobertura de la plaza o incorporación del excedente voluntario. No respondería, en realidad, a la modalidad de interinidad por sustitución ya que la incorporación del excedente no tendría lugar en virtud de derecho de reserva del puesto, sino por ser una forma de provisión de la vacante. Es decir, si cuando solicita el reingreso su puesto sigue vacante porque no se ha celebrado el correspondiente proceso de selección, el empresario está obligado a readmitirle.

³² El artículo 49.1 b) del ET dispone que el contrato se extinguirá «por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario».

³³ *Vid.*, BARREIRO GONZÁLEZ, *La sustitución...*, *op. cit.*, págs. 114 y 115. Indican SEMPERE NAVARRO y CARDENAL CARRO (*Los contratos temporales ordinarios en el Ordenamiento Laboral*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1996, pág. 83) al referirse a las fuentes que recoge el artículo 4.º 1 del Real Decreto 2720/1998 que «la referencia a las fuentes de las que validamente nazca el derecho a la reserva podría levantar alguna suspicacia, si se contempla desde el interés del interino: la concesión empresarial de reserva, no obligada en norma general, posibilita la temporalidad de una relación que, de otra manera, sería indefinida, no obstante la visión global de la operación no lleva a apreciar ninguna ventaja del empresario sobre la estabilidad en el empleo –al contrario, respeta la antigüedad del trabajador que, sin la concesión y abandonando el puesto sería dimisionario–».

el puesto, y que por consiguiente ostenta un derecho directo a la reincorporación, finalizado el período de duración de la excedencia voluntaria, sin necesidad de esperar a que se produzca vacante, ya que la suya está cubierta de modo interino ³⁴.

Los Tribunales se han mostrado, en general, desconcertados ante estas cláusulas que, por otro lado, no se caracterizan por su claridad. El problema surge especialmente en las Administraciones Públicas, donde no se llega a saber con precisión si el contrato se celebra para sustituir al trabajador ausente, para cubrir la vacante dejada por su ausencia o por las dos causas sucesivamente.

En algunas ocasiones, el Tribunal pese a supeditarse el contrato a la reincorporación del sustituido a su puesto de trabajo, ha estimado que el empresario incurrió en error y conduce el contrato a su causa verdadera, declarándolo indefinido si de empresa privada se trata ³⁵, o de interinidad por vacante si de Administración Pública ³⁶.

No faltan, sin embargo, resoluciones en las que el Tribunal ha considerado que la solicitud de reincorporación de la excedente arrastraba el cese del interino «*que precisamente había sido contratado para sustituirla*». En todo caso, la reincorporación debería producirse igualmente, por tener el excedente derecho preferente de reingreso y ser el puesto ocupado por el interino una vacante apropiada ³⁷.

Si se admite que la celebración de un contrato de interinidad supone el reconocimiento al excedente voluntario de un derecho de reserva de puesto de trabajo no podemos dejar de hacernos la siguiente reflexión: dependiendo el derecho de reserva de puesto de la voluntad unilateral del empresario que se manifiesta de forma tácita a través del contrato de interinidad, se crea una inseguridad

³⁴ PEDRAJAS MORENO, *La Excedencia...*, op. cit., págs. 294 y 295; ARGÜELLES BLANCO, *La Excedencia...*, op. cit., pág. 308. En el mismo sentido, llama la atención el artículo 78 del *Convenio Marco Estatal para las Empresas Organizadoras del Juego de Bingo (Resolución de 24 de noviembre de 2003, BOE de 11 de diciembre de 2003)* que tras clasificar a las excedencias en voluntarias y especiales indica que «En situación de excedencia de un trabajador, ya sea voluntaria o forzosa, la empresa se verá obligada, en caso de sustitución, a hacerlo mediante contrato de interinidad por el tiempo de duración de la excedencia». De la regulación de la voluntaria no se deduce que exista derecho de reserva, pero si el Convenio exige contrato de interinidad en caso de sustitución, es porque reconoce dicho derecho.

³⁵ STCT de 8 de julio de 1986 (Ar. 5802): se consignó como causa del contrato la sustitución de trabajadora excedente por maternidad, cuando, en realidad estaba en excedencia por cuidado de hijos. Dice la sentencia que «radicando la esencia del contrato de interinidad en la cobertura del puesto de trabajo del sustituido, por el tiempo que dure aquel derecho de reserva (...) la causa del contrato de fecha 16 de febrero de 1984, resulta ineficaz para la concertación del mismo por tiempo determinado, lo que lleva a tener por nula y no puesta, la cláusula de temporalidad pactada en aquél, y al contrato por válido en el resto (...) completado por los preceptos jurídicos adecuados, que en el caso de autos no son otros que el artículo 15.1 del ET que presume el contrato de trabajo por tiempo indefinido».

³⁶ La STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de diciembre de 1993 (Ar. 5366) parte de un supuesto en que se realizó contrato de interinidad para sustituir a un trabajador ausente por excedencia especial hasta la reincorporación del sustituido en su puesto de trabajo. La excedencia especial no conllevaba reserva de puesto de trabajo. El contrato se extinguió por la toma de posesión de titular que resulta tras concurso-oposición. La sentencia considera que se produjo un error, ya que en vez de contrato de interinidad por sustitución era un contrato de interinidad por vacante. «El que en el contrato suscrito se dijese que se le contrataba como interino para suplir la ausencia de un trabajador en situación de excedencia y con derecho de reserva de puesto de trabajo, hasta la reincorporación del sustituido a su puesto de trabajo, cuando la realidad, era que tal situación de excedencia no le daba derecho a reserva de su plaza, por lo que la situación real era la de plaza vacante; tal error en nada influyó ni perjudicó al actor. A todos los efectos es un trabajador que interinaba un puesto de trabajo no ocupado, bien porque estaba ya vacante desde el origen de la contratación o ello —la vacante— acaeciese durante su vigencia. En cualquier caso se daba el supuesto de imposibilidad legal de que el sustituido pudiese incorporarse al puesto de trabajo y desde ese momento —el inicial o el acaecido— el actor interinaba una plaza vacante y hasta que la misma se cubriese o amortizase en forma legal». Un supuesto parecido —no de excedencia voluntaria— es el que recoge la STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 1999 (AL 2000/435): se celebró contrato para sustituir a trabajador en IT; una vez declarado en IPT se le hace nuevo contrato de interinidad hasta reincorporación. El Tribunal tras apreciar que no existe derecho a reserva de puesto obliga a mantener el contrato hasta que se cubra la vacante.

³⁷ STSJ del País Vasco de 20 de abril de 1999 (AL 1999/1330).

jurídica, porque ¿qué le impide retractarse con posterioridad alegando que cometió un error? En este sentido, BARREIRO GONZÁLEZ³⁸ estudió si ese derecho a reserva de puesto del excedente que el contrato de interinidad alumbra, se entiende firme, consolidado e incondicionado por el mero hecho de haberse realizado tal contrato o bien es necesario algún tipo de actuación ulterior al respecto. La respuesta viene determinada por la calificación jurídica del acto en virtud del cual nace el derecho a la reserva de puesto para el trabajador excedente. En este sentido, defiende su inclusión dentro de los negocios dependientes e interdependientes, esto es, del supuesto contemplado en el artículo 1.257 del CC, como contrato con estipulación en favor de un tercero³⁹, entendiéndose por tal, en sentido estricto técnico «aquel que celebrado válidamente entre dos personas es dirigido, sin embargo, a atribuir un derecho a tercero que no ha tenido parte alguna, ni directa ni indirectamente, en su conclusión, y que a pesar de ello, logra efectivamente atribuírsele en su propia persona, sin que pueda estimarse tal derecho, por simple ejercicio por ésta en lugar de aquélla». Sería un contrato, el de interinidad, en que las partes tendrían el propósito de beneficiar a un extraño ajeno al negocio mismo, de interesar al tercero en el contrato, viniendo la estipulación representada por la presencia de la condición y siendo el tercero que se beneficia de la misma el excedente voluntario que ve así modificado en su provecho los efectos jurídicos iniciales de la excedencia. Si se afirma la existencia en este caso de una estipulación en favor del tercero, de acuerdo con el último inciso, párrafo segundo, del artículo 1.257 del CC, el derecho automático de reingreso que para el excedente supone tal estipulación, no quedaría consolidado en ese momento, sino que, quedaría condicionado a la aceptación del propio excedente que necesariamente debe realizarse antes de que tal estipulación pueda ser revocada. Desde que aquélla se realiza, ya una tercera persona se mezcla en la relación y adquiere un derecho que, sin su consentimiento no puede modificarse ni extinguirse, adquiriendo también el de defender aun contra los otros intereses la validez del contrato.

Parece un poco forzado ubicar en el artículo 1.257 del CC el origen del derecho de reserva. En el contrato con estipulación a favor del tercero, los contratantes pactan que uno de ellos realizará una prestación en provecho de un tercero extraño al contrato. El *promitente* es el contratante que se obliga a realizar la prestación a favor del tercero y el *estipulante*, el que se hace prometer la realización de la misma. El *beneficiario*, es el tercero en cuya utilidad la prestación se promete. En el contrato de interinidad, la figura del promitente parece corresponderse con la del empresario, porque es él quien asume la obligación de reservar la plaza al trabajador interino. Parece excesivo entender que el trabajador interino, se corresponda con la figura del estipulante, es decir, que sea quien se haga prometer por el empresario que reservará la plaza al interino. El interino se limitará, en la mayoría de los casos, a adherirse a la propuesta del empresario, no teniendo ningún interés en que se reconozca a otro trabajador el derecho de reserva a un puesto que, de no ser por esa reserva, ocuparía él como titular. Es decir, que en realidad debe concluirse que las figuras del promitente y del estipulante coinciden en la misma persona.

Creemos que el contrato de interinidad no es más que el reflejo de la voluntad del empresario de reconocer el derecho de reserva de puesto al excedente voluntario. Se trata de una liberalidad empresarial, de una mejora concedida, de la misma manera que puede conceder más días de vacaciones, o un salario más elevado que el establecido por convenio. De la misma manera que es posible la concesión

³⁸ La necesidad de que el excedente voluntario acepte la reserva de puesto de trabajo, es un problema que dentro de la doctrina sólo ha estudiado BARREIRO GONZÁLEZ, en la obra exhaustiva sobre el contrato de interinidad que venimos citando a lo largo de nuestra exposición, *La sustitución...*, *op. cit.*, págs. 115-119, y de la cual hemos extraído este desarrollo argumental.

³⁹ Sobre la figura del contrato con estipulación en favor de tercero, *vid.*, MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, Montecorvo, 1975; MANUEL ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, Vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1983, págs. 450-457; GONZÁLEZ PACANOWSKA, (Dir. ALBALADEJO Y DIEZ ALABART) *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tom. XVII, Vol. 1, Edersa, 1993, págs. 378 y ss; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tom. II, Vol. 1, Bosch, 1988, págs. 261 y ss.

tácita de la suspensión del contrato de trabajo ⁴⁰. A este respecto, hay que reseñar que la doctrina judicial viene considerando como pacto suspensivo, incardinable en el artículo 45.1 del ET, ciertas actitudes de las partes que revelan una actitud tácita de éstas de continuar la relación laboral pese a la concurrencia de una causa que justificaría la extinción del contrato. Por ejemplo, en supuestos en que un trabajador pretende reincorporarse tardíamente a la empresa después de un período de tiempo que ha agotado en impugnar judicialmente la resolución del Equipo de Valoración de Incapacidades denegatoria de la Incapacidad Permanente, se ha visto en la actitud pasiva del empresario que renuncia a despedirle disciplinariamente, una voluntad de mantener el contrato suspendido con reserva de puesto de trabajo ⁴¹.

En el caso que analizamos, la voluntad del empresario de conceder la reserva de puesto de trabajo se manifestaría exteriormente a través del contrato de interinidad. Celebrado éste, la presunción juega a favor de la existencia de un derecho de reserva, debiendo demostrar que incurrió en un error. Mientras que no lo haga, ese contrato no podrá extinguirse hasta que se reincorpore el excedente voluntario o sea patente que no reingresará. En consecuencia, el interino puede exigir que se le mantenga hasta que aquel evento tenga lugar, y el excedente puede reclamar que su ingreso se produzca de forma automática en el puesto del que se ausentó.

4. EXAMEN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 29 NOVIEMBRE 2004: «EL DERECHO A LA INCORPORACIÓN INMEDIATA» COMO CONCEPTO DISTINTO DEL DERECHO DE RESERVA DE PUESTO Y DEL DERECHO PREFERENTE DE REINGRESO

Después del estudio realizado, procede examinar si en el caso objeto de la Sentencia comentada las partes convencionales o las firmantes del contrato han tenido la intención de anudar a la excedencia voluntaria un derecho a reserva de puesto de trabajo.

Empieza el Tribunal analizando el artículo 21 del Convenio aplicable a la empresa, precepto que, en el contexto del artículo 46.6 del ET, regula las excedencias; en su apartado 6 estableciendo que el personal con una antigüedad al menos de dos años tiene derecho a que se le reconozca situarse en excedencia voluntaria por los plazos que indica, así como que este personal «*tendrá derecho a la incorporación inmediata a la finalización de la excedencia siempre y cuando la solicite con un mes de antelación, tiempo de preaviso al objeto de que la empresa pueda acoplar al excedente...*». Entiende la Sala que no se deriva del precepto, tampoco considerando el resto de previsiones del apartado 6 (incluido lo relativo a la cobertura del puesto excedente), que se esté reservando también al excedente voluntario el puesto de trabajo que venía ocupando; como a la postre pretende la empresa.

El Tribunal nos sorprende con la reflexión que a continuación realiza, pues, en vez de concluir, como sería lógico, que el Convenio Colectivo prevé un mero derecho preferente de reingreso al excedente voluntario, considera que el «derecho a la incorporación inmediata a la finalización de la exce-

⁴⁰ RODRÍGUEZ COPÉ, M. L., (*La suspensión...*, *op. cit.*, págs. 93-95) admite la existencia de acuerdos suspensivos tácitos.

⁴¹ *Vid.*, por ejemplo, STSJ Canarias/Las Palmas de 20 de marzo de 1998 (Ar. 1664) que considera que existe una suspensión por mutuo acuerdo cuando el trabajador no se reincorporó a la empresa una vez que se agotó el período de ILT y el posterior de invalidez provisional y la empresa lo consintió. En sentido parecido, STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 1998 (Ar. 2763); en la STSJ de Cantabria de 9 de diciembre de 2004 (Rec. 1125/2004) el trabajador solicita su reincorporación una vez que es firme la sentencia denegatoria de la IPT, alegando que durante el año anterior había estado «con sus recursos». La sentencia niega que se hubiera producido la extinción del contrato por abandono. A esta conclusión lleva la actitud de la empresa, que en ningún momento aprecia tal dimisión, sino que al contrario mantiene de alta en Seguridad Social al trabajador y le abona incluso la IT.

dencia» si **bien implica algo más que la previsión del ET sobre la excedencia voluntaria en cuanto garantiza la incorporación en todo caso**, es algo cualitativamente distinto a un derecho a la reserva de su puesto de trabajo, no suponiendo aquel precepto, literal y finalísticamente, alterar el contexto de los efectos de la excedencia voluntaria como se pretende y en términos tales que autoricen un contrato de interinidad. ¿En qué consiste ese «algo más» que le separa del régimen de la excedencia voluntaria? Parece ser que en la garantía de un reingreso inmediato no condicionado a la existencia de vacante. La diferencia respecto al derecho de reserva de puesto residiría en que ese derecho de reincorporación inmediata del que habla el artículo 21 del Convenio, no iría referido al mismo puesto del ausente. El Tribunal refuerza su interpretación argumentando que el propio artículo 21 del Convenio al regular la excedencia forzosa y especial dice literalmente que «dará efecto a la conservación del puesto de trabajo...», que «dará derecho a la reserva de puesto de trabajo...»; y en el contexto de la excedencia voluntaria dispone que el tiempo de preaviso tiene por objeto «acoplar» al excedente. No hubo, entiende, en el caso de la excedencia de autos reserva de puesto de trabajo y «a pesar del régimen de convenio para la excedencia voluntaria, con éste no se cumple el presupuesto del contrato temporal suscrito con la actora; presupuesto que afectante al concreto y originario puesto de trabajo del excedente, es el que justifica y legitima la temporalidad del contrato para su sustitución y que aquí no concurre».

Con relación al «pacto individual» se aprecia que de la carta remitida por la empresa no se desprende la existencia de un derecho de reserva de puesto de trabajo. Dicha carta, suscrita por la empresa, realmente se limitaría a conceder la excedencia voluntaria solicitada de acuerdo con el convenio colectivo; y si se dice en ella que se le recuerda que «volverá a ocupar el puesto de trabajo que corresponde a su categoría siempre y cuando solicite su incorporación...», esto no implica acuerdo o compromiso valorable en orden a volver a ocupar el originario puesto de trabajo, es decir, un reconocimiento de un derecho a la reserva de puesto de trabajo, sino, en armonía con el contexto jurídico de aplicación, el derecho a ocupar un puesto de trabajo de su categoría en los términos de las normas reguladoras de la excedencia voluntaria, aparte del ET, en el convenio colectivo.

En conclusión, dado que la excedencia voluntaria no va acompañada del derecho a la reserva de puesto de trabajo, no existe causa legítima para suscribir un contrato temporal de interinidad, de manera que el cese dado a la sustituta invocando la referida temporalidad contractual constituyó un despido improcedente con sus efectos propios.

En el fondo, detrás de la argumentación del Tribunal se vislumbra un concepto muy estricto del «puesto» al que va referida la reserva prevista en el artículo 48 del ET. Se trataría, en la terminología que hemos empleado anteriormente, de un puesto «físico» no «funcional». Sólo podría hablarse de derecho a reserva de puesto cuando el garantizado fuese precisamente el originario. Llevando esta interpretación hasta sus últimas consecuencias, el juzgador se vería obligado a rechazar también la figura del contrato de interinidad para sustituir a excedente por cuidado de hijos en el segundo y tercer año, algo que, como hemos visto, permite expresamente el legislador.

Creemos que la celebración del contrato de interinidad estará legitimada siempre que el acuerdo colectivo o individual garanticen un derecho de reincorporación automática e inmediata, no condicionado a la existencia de vacante, siendo indiferente si el trabajador tiene derecho a reingresar en su puesto originario o en uno diferente. Por otro lado, no debería ser indiferente el hecho de que el empresario, como en el caso examinado, realizase un contrato de interinidad en las fechas inmediatamente posteriores a la concesión de la excedencia voluntaria a la trabajadora. Su voluntad de reservar el puesto de trabajo, que parece no ver el Tribunal en el acuerdo suscrito, se deduciría de los actos posteriores al mismo, en este caso, de la concertación de un contrato de interinidad.