

POR JOSÉ-ALBERTO NICOLÁS BERNAD.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza

D E R E C H O E S P A Ñ O L



Problemas de legalidad de la DF 1ª, uno, del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo



La DF 1ª del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, modificó el RD 2720/1998, de 18 de diciembre, en materia de contratos de duración determinada y, en concreto, en lo relativo al contrato de interinidad. Aquella norma reglamentaria modifica ésta en el sentido de autorizar el contrato de interinidad a tiempo parcial¹ para sustituir a las trabajadoras/es que disfruten “(...) a tiempo parcial del permiso de maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de acuerdo con lo establecido en el párrafo sexto del apartado 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores” (art 5.2 b). Esta modificación ha de entenderse superflua, habida cuenta que la redacción anterior, ahora modificaba, posibilitaba la contratación de interinos/as a tiempo parcial para sustituir a quienes de conformidad con lo establecido legal o convencionalmente reduzcan temporalmente su jornada.

Más problemas plantea, sin embargo, la aquiescencia reglamentaria de contratar interinamente para sustituir a una trabajadora autónoma, a una socia trabajadora o a una socia de trabajo de una sociedad cooperativa en el supuesto de riesgo durante el embarazo o en los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, posibilidad autorizada por la DF 1ª, uno, del mencionado RD 1251/2001, de 16 de noviembre, al introducir un nuevo número 3 al art 4 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre.

Conviene recordar que el contrato de trabajo de interinidad es un contrato temporal causal, de forma que sólo cabe contratar mediante un contrato de interinidad en los supuestos autorizados por la ley. Pues bien, la ley, a la sazón art 15.1.c) del ET, previene que podrá contratarse a través de esta modalidad “cuando se trate de sustituir *trabajadores con derecho de reserva del puesto de trabajo*”. De esta manera, la legalidad del contrato de interinidad va anudada al derecho de reserva del puesto de trabajo² del trabajador sustituido. De ello se infiere que la validez legal de la previsión reglamentaria aludida debe condicionarse a si la trabajadora autónoma, la socia trabajadora o la socia de trabajo de una sociedad cooperativa en el supuesto

de riesgo durante el embarazo o en los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, tiene el carácter de trabajadora por cuenta ajena, pues de dicho reconocimiento se derivará, posteriormente, el del derecho de reserva del puesto de trabajo durante la suspensión del contrato por las reiteradas causas. Debe partirse así de una interpretación restrictiva del concepto de trabajador/a al que se refiere el meritado art 15.1.c) ET, en el sentido de trabajadores/as por cuenta ajena.

Los problemas de legalidad reglamentaria del contrato de interinidad no son nuevos, pues el mencionado art 4 del RD 2720/1998, autoriza también, desde su antecesor, el RD 2546/1994, contratar interinos/as durante los procesos de selección o promoción hasta su cobertura definitiva, cuando, como se ha visto, la ley, art 15.1.c) ET, no prevé esta causa de interinidad. La probabilidad de que la norma reglamentaria fuera aprobada “*ultra vires*” motivó la impugnación de ésta por presunta ilegalidad, finalizándose la cuestión con el fallo de la STS, sala 3ª, de 9 de diciembre de 1998, que estimó la legalidad de la previsión reglamentaria expuesta, basándose el Alto Tribunal, quizás mediante una interpretación forzada, en aras a salvar el desliz del reglamento y de todos los contratos de interinidad suscritos bajo su discutible amparo³, en que dicha posibilidad encontraba salvaguarda legal en el art. 6 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de ETT's, antes de su modificación por la Ley 29/1999 que remite expresamente a las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar contratos conforme a lo dispuesto en el art. 15 ET. De acuerdo con esto último la



1

Sobre las restricciones a la hora de realizar el contrato de interinidad a tiempo parcial CARRATALÁ TERUEL, J.L.: “Antecedentes jurisprudenciales del contrato de interinidad por vacante”, *Tribunal Social*, n.º 52, abril 1995, pág. 72. En el mismo sentido, véase por todas, STS 21-6-1993 (RJ 1993/12493); STSJ de Baleares 24-5-1993 (la ley 1993-2, 280) y de 6-2-1993 (la ley 1993-2, 238)

2

Los distintos supuestos en los que concurre la reserva de puesto de trabajo son analizados por CAMPS RUIZ, L.M. en “La contratación laboral temporal”, Valencia, (Tirant lo Blanch), 1995, pág. 64.

3

Muy críticos con la solución jurisprudencial adoptada CONDE MARTIN DE HIJAS, V: “Interinidad por vacante: problemas de legalidad” en AL, n.º 12 de 1999, pág.35 y MOLINA NAVARRERE, C.: “Los nuevos interrogantes sobre la legalidad del “contrato de interinidad por vacante”. Reflexiones a propósito de la nueva redacción dada al art. 6.2 de la ley 14/1994, sobre ETT, por la ley 29/1999 y la STS, sala 3ª, 9 de diciembre de 1998, AL, n.º 26, 2000.

4

Criterio jurisprudencial seguido para estimar la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad, necesarias para ostentar la condición de trabajador/a. Así, STS de 29 de enero de 1997 (RJ 640), precedida por las de 27 de enero de 1992 (RJ 76), 22 de diciembre de 1994 (RJ / 10221) y 24 de noviembre de 1995 (RJ 4248).

5

De esta forma, y en relación con otras modalidades contractuales, la STS 4-5-1998 (RJ 1998/4089) establece que el hecho de que se utilice el cauce de la contratación para obra o servicio determinados previstos en el art. 15. 1 del ET sólo implica una irregularidad formal que no desvirtúa su naturaleza real de interinidad, sin que pueda transformarse tal defecto un contrato temporal con finalidad lícita y precisa en otro de por tiempo indefinido, aceptándose la validez de los contratos aún en el supuesto de reincidencia, no apreciándose la existencia de fraude de ley por tal motivo. De este modo, lo importante es que concorra una causa de temporalidad, aunque, formalmente, se concierte, mediante fórmula contractual diferente. En nuestro supuesto es discutible el perfecto encaje en un contrato de interinidad, sin embargo, las circunstancias concurrentes avalan la temporalidad del contrato, siempre que coincidan con las señaladas en el art 15, para el caso contemplado, la existencia de una acumulación de tareas o un exceso de pedidos o aspectos circunstanciales de la producción.



única posibilidad legal de contratar mediante el contrato de interinidad es para sustituir a *trabajadores/as* con derecho de *reserva* de puesto de trabajo. Conviene razonar si en la sustitución de una trabajadora autónoma, de una socia trabajadora o de una socia de trabajo de una sociedad cooperativa en el supuesto de riesgo durante el embarazo o en los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, se sustituye a una trabajadora, a los efectos del art 1.1 ET, y si esa trabajadora tiene derecho de reserva de puesto de trabajo. Esta segunda premisa se encuentra condicionada a la primera, por lo que procede razonar, si se quiere, sucintamente, si aquellas potenciales sustituidas tienen la consideración de trabajadoras.

Así, respecto de la trabajadora autónoma conviene precisar que la inclusión en RETA no imposibilita que dicha autónoma pueda considerarse como trabajadora por cuenta ajena en el sentido dado por el art 1.1 ET. Habrá que diferenciar entre la autónoma propietaria de una empresa, persona física, o socia de una sociedad civil; estas “autónomas” no son trabajadoras desde el punto de vista del art. 1.1 del ET, por lo que la ley (art. 15.1.c) ET) no se refiere a ellas como titulares de un potencial derecho de reserva de puesto de trabajo. Partiendo de esta premisa entiendo que sustituir a las mencionadas autónomas mediante un contrato de interinidad no tendría amparo legal, por cuanto no se trata de trabajadoras con derecho de reserva de puesto de trabajo. Respecto a las socias trabajadoras, bien sea de una sociedad anónima, limitada, cooperativa o sociedad laboral, es preciso distinguir si dichas socias, aún bajo el campo de aplicación del RETA, son trabajadoras a los efectos del art 1.1 ET. La respuesta dependerá de si tales “autónomas” controlan o no la sociedad de la que forman parte⁴. Si la sociedad es controlada por dichas socias trabajadoras, entre otras circunstancias por tener una participación directa o indirecta en la mayoría del capital social, habrá que excluirlas del concepto de trabajador/a del art 1.1 ET, debiéndose adoptar la misma resolución que para las y los trabajadores autónomos antes mencionados.

A sensu contrario, si no existe control de la sociedad por parte de las socias trabajadoras, aún estando bajo el campo de aplicación del RETA, no impedirá que puedan considerarse como verdaderas trabajadoras, algunas sujetas a relación laboral especial de alta dirección, si reúnen los requisitos para ello, lo que conlleva a presumir la existencia de un derecho de reserva de puesto de trabajo para los supuestos legalmente previstos y, en consecuencia, que el contrato de interinidad se encuentre legalmente concertado.

No obstante, la suscripción del contrato de trabajo de interinidad para efectuar las mencionadas sustituciones, sin ser legalmente posible, según lo anteriormente razonado, no convertiría la relación laboral del sustituto/a en indefinida, ni supondría la estimación de fraude de ley, pues el contrato temporal se encontraría amparado en una acumulación de tareas, propiciada por la imposibilidad productiva de la trabajadora autónoma, de la socia trabajadora o de la socia de trabajo de una sociedad cooperativa, eso sí, bajo la modalidad contractual, formalmente concertada, de contrato eventual por circunstancias de la producción⁵. Sin embargo, el hecho de no poder concertar válidamente un contrato de interinidad puede conllevar consecuencias económicas indeseadas al no poderse bonificar la empresa de las cuotas empresariales de la Seguridad Social relativas a las cotizaciones del interino ni a las de las trabajadoras sustituidas, posibilidad contemplada, para las de aquél, en el art. 1º c) de la Ley 11/1998, de 4 de septiembre, en la redacción otorgada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, y en la D.A. 2ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio, para las de estas últimas. En ambos casos, la bonificación queda condicionada al concierto de un contrato de interinidad para sustituir a las trabajadoras, pero no a un contrato eventual por circunstancias de la producción.

Es precisamente el art. 1º c) de la Ley 11/1998, de 4 de septiembre, en la redacción otorgada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, el que podría dar amparo legal a la DF 1ª, uno, del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, que es, justamente, lo que aquí se cuestiona al establecer que: darán derecho a una bonifi-

cación del 100% en las cuotas empresariales de la Seguridad Social “*los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores autónomos, socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, en los supuestos de riesgo durante el embarazo, períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento preadoptivo o permanente*”. Parece como si, implícitamente, la ley autorizara los contratos de interinidad, con independencia de que la trabajadora autónoma, la socia trabajadora o la socia de trabajo de una sociedad cooperativa sean consideradas trabajadoras con derecho de reserva de puesto de trabajo, aún refiriéndose a la bonificación del contrato del sustituto/a, pues no tendría sentido la bonificación permitida en las cuotas del contrato de interinidad de éste, si tal contrato para sustituir a aquéllas no tuviera amparo legal. Sin embargo, este razonamiento queda fatalmente contradicho por lo establecido en el art 3º del meritado RD-ley 11/1998, al prescribir que los contratos de interinidad a los que se refiere esta disposición se registrarán por lo dispuesto en el art. 15.1.c) del ET y sus normas de desarrollo. De esta manera, debe tratarse de trabajadoras por cuenta ajena, y que estas tengan derecho de reserva de puesto de trabajo, siendo cualquier disposición reglamentaria de desarrollo contraria a la ley, si autoriza la interinidad fuera de estos supuestos.

En conclusión, y quedando en entredicho la posibilidad legal de sustituir interinamente a la trabajadora autónoma, la socia trabajadora o la socia de trabajo de una sociedad cooperativa en los supuestos de riesgo durante el embarazo, períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, así como el amparo legal de las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, debe abogarse “de lege ferenda” por una ampliación expresa del tipo legal del art 15.1.c) del ET a estos supuestos, así como a los de la cobertura temporal durante los procesos de selección o promoción para su cobertura definitiva, evitando así la interpretación de que la norma reglamentaria ha sido adoptada “*ultra vires*”, con sus inherentes efectos perniciosos.