



Roj: **STS 4258/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4258**

Id Cendoj: **28079140012014100571**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/09/2014**

Nº de Recurso: **2323/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 3311/2013,**
STS 4258/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Septiembre de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Ignacio Cestau Benito, en nombre y representación de D^a Estibaliz y OTROS, contra la sentencia dictada el 24 de junio de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de suplicación núm. 998/2012, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 11 de junio de 2012, recaída en autos núm. 138/2012, seguidos a instancia de D^a Estibaliz, D^a Raimunda, D^a Almudena, D^a Eva, D. Ignacio, D^a Pilar y D. Paulino, contra AENA AEROPUERTOS, S.A. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Letrada D^a M^a Dolores Cejudo López, actuando en nombre y representación de AENA AEROPUERTOS, S.A.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de junio de 2012 el Juzgado de lo Social nº 2 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" 1º.- Los demandantes han venido prestando sus servicios para la empresa AENA AEROPUERTOS, S.A., desde las fechas que en cada caso se dirán, con la categoría profesional de A.A.P.U.C. (personal de apoyo y atención a pasajeros, usuarios y clientes) todos ellos, en el aeropuerto Princesa Sofía (Tenerife Sur), percibiendo los salarios mensuales que se dirán que incluyen la prorrata de las gratificaciones extraordinarias:

- a) Doña Estibaliz, desde el 27/07/2004 y con un salario de 1.953,08-euros.
- b) Doña Raimunda, desde el 25/10/2004 y con un salario de 1.919,26-euros.
- c) Doña Almudena, desde el 28/08/2003 y con un salario de 1.962,16-euros.
- d) Doña Eva, desde el 06/10/2003 y con un salario de 1.953,08-euros.
- e) Don Ignacio, desde el 03/06//2004 y con un salario de 1.953,08-euros.
- f) Doña Pilar, desde el 02/05/2004 y con un salario de 1.953,08-euros.
- g) Y don Paulino, desde el 23/01/2005 y con un salario de 1.953,08-euros.

Los actores no ostentan, ni ha ostentado en el último año, la condición de legales representantes de los trabajadores ni de representantes sindicales.

Doña Pilar , en fecha 27/12/2011, se hallaba en situación de maternidad.

2º.- En fecha 20/12/2005 el Juzgado de lo Social nº 5 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia en sus autos nº 595/2005, por la que declaró la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre EULEN, S.A. y la entonces denominada AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (hoy AENA AEROPUERTOS, S.A.). En dicho procedimiento fueron parte, entre otros, los hoy actores, declarando la sentencia, en su parte dispositiva, que los mismos ostentan "la condición de personal laboral indefinido de AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA" con las antigüedades antes señaladas.

Dicha resolución fue confirmada por la sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Canarias dictada en fecha 06/10/2006 en el rollo nº 344/2006.

3º.- Al alcanzar firmeza las sentencias señaladas en el anterior ordinal probatorio, la entonces AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (AENA) suscribió con los demandantes un contrato de trabajo ordinario por tiempo indefinido.

En todos los casos los servicios objeto del contrato son las labores de "apoyo de atención a pasajeros, usuarios y clientes" estableciéndose que su suscripción lo es en cumplimiento de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Santa Cruz de Tenerife calendarada en el anterior ordinal.

En el mismo contrato se establece, como causa de extinción del mismo, entre otras, la cobertura definitiva de la plaza con personal fijo, mediante el procedimiento convencionalmente establecido.

4º.- En fecha 16/03/2011 la representación de AENA y la representación sindical de la misma suscribieron unos "acuerdos de garantía laborales" al objeto de poner fin a un proceso de huelga. En los mismos se establece:

"3- Ámbito funcional

El presente acuerdo afecta a la Entidad Pública Empresarial Aena y a las entidades jurídicas/sociedades, que se deriven del desarrollo del citado R.D. Ley 13/2010, y en los términos estipulados en el mismo (...)

4- Ámbito personal

El presente acuerdo será de aplicación a todo el personal que se halle en activo en la entidad pública empresarial Aena y al que resulta afectado por lo previsto en el R.D. Ley 13/2010, en el momento en que se produzca la transferencia de personal como consecuencia de cualquiera de las operaciones de reordenación contempladas en el presente acuerdo, y sea cual fuere la modalidad contractual concertada, el grupo profesional, la ocupación o puesto de trabajo, con excepción del personal controlador de tránsito aéreo. (...)

6.- Ámbito material

El presente acuerdo tiene por objeto la regulación de las condiciones laborales que han de regir las situaciones que se contemplan en el mismo y específicamente las transferencias del personal incluido en el apartado "Ámbito Personal" del presente acuerdo que se efectúen entre:

- La entidad pública empresarial Aena y la sociedad mercantil estatal AENA AEROPUERTOS, S.A. (...)

10- Garantías de empleo y ocupación efectiva

Aena y las entidades jurídicas que se deriven de la aplicación del Real Decreto Ley 13/2010 garantizarán el empleo a todos los trabajadores que sean fijos de plantilla a partir del momento en que se produzca la transferencia de personal en los términos previstos en el ámbito personal del presente acuerdo.

El resto del personal con contrato de trabajo temporal tendrá estas garantías hasta la finalización del mismo; recuperándose las mismas cuando se produzcan nuevas contrataciones (...)

No obstante lo anterior, los puestos de trabajo considerados estructurales (contratos de relevo, contratos de sustitución por anticipación de la edad de jubilación de 65 a 64 años y contratos indefinidos no fijos) se consolidarán, procediéndose a la cobertura de los mismos a través del existente mecanismo de bolsas de trabajo."

Y en fecha 08/06/2011 la empresa demandada y la Coordinadora Sindical Estatal suscribieron un acuerdo cuyo objeto era implementar las medidas contempladas en el acuerdo de fechas 16/03/2011 y en el que se estableció:



"Las plazas correspondientes a los contratos indefinidos no fijos, en aquellos centros y ocupaciones donde exista Bolsa de candidatos en reserva, se consolidarán en el transcurso del presente año, y donde no existan bolsas, se estará a lo que se determine en la correspondiente Comisión. En cualquier caso, siempre se realizará antes del traspaso a posibles sociedades mercantiles concesionarias".

5º.- Con efectos del 07/06/2011 la demandada AENA AEROPUERTOS, S.A. se subrogó como empleadora en el contrato de trabajo de los actores.

6º.- En cumplimiento del acuerdo señalado en el hecho probado tercero, la demandada procedió a cubrir con personal fijo las plazas de A.A.P.U.C. que hasta entonces venían desempeñando los demandantes en el aeropuerto de Tenerife Sur. Dicha cobertura se ha realizado con los Sres. Hilario , Onesimo , Luis Enrique , Balbino , Evaristo , Justiniano y Sabino .

Estos empleados figuraban en la bolsa de candidatos en reserva para el puesto de A.A.P.U.C., no figurando los actores en dicha bolsa. Actualmente desempeñan las mismas funciones que desarrollaban los actores.

7º.- En fecha 02/12/2011 AENA AEROPUERTOS, S.A. notificó a los actores la extinción de la relación de trabajo, con efectos del 27/12/2011, entregándoles una comunicación escrita, igual en todos los casos, cuyo contenido se da pro reproducido.

8º.- Con fecha 18/01/2012 los actores presentaron papeleta de conciliación por despido ante el servicio administrativo, celebrándose el intento de conciliación el día 06/02/2012 con el resultado de "sin avenencia". Los demandantes formularon demanda por despido que tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados de Santa Cruz de Tenerife el 09/02/2012 y que fue repartida a este Juzgado de lo Social".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo las demandas de despido interpuestas por D^a Estibaliz , D^a Raimunda , D^a Almudena , D^a Eva , D. Ignacio , D^a Pilar y D. Paulino , contra la empresa AENA AEROPUERTOS, S.A. y contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y absuelvo a las codemandadas de las peticiones deducidas en su contra".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a Estibaliz , D^a Raimunda , D^a Almudena , D^a Eva , D. Ignacio , D^a Pilar y D. Paulino ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, la cual dictó sentencia en fecha 24 de junio de 2013 , en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. Estibaliz , Raimunda , Almudena , Eva , Ignacio , Pilar y Paulino contra la Sentencia 000231/2012 de 11 de junio de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social N^o 2 de Santa Cruz de Tenerife sobre Despido, la cual confirmamos íntegramente".

TERCERO.- Por la representación de D^a Estibaliz , D^a Raimunda , D^a Almudena , D^a Eva , D. Ignacio , D^a Pilar y D. Paulino se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife el 31 de julio de 2013. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, en fecha 19 de marzo de 2013 .

CUARTO.- Con fecha 4 de marzo de 2014 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de septiembre de 2014, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos relevantes del caso son los siguientes. Los actores comenzaron a trabajar para AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA (AENA) y obtuvieron por sentencia firme la declaración de su "condición de personal laboral indefinido" de la citada empresa, la cual en cumplimiento de esa sentencia suscribió sendos contratos en los que hizo figurar como causa de extinción "la cobertura definitiva de la plaza con personal fijo, mediante el procedimiento convencionalmente establecido". Dicho procedimiento consistía en reclutar trabajadores de la Bolsa de Trabajo -en la que no figuraban los actores- en virtud del Acuerdo suscrito el 16/3/2011 por AENA y la representación sindical en la empresa. Como consecuencia de la reordenación del sector aeroportuario, AENA pasó a ocuparse solamente de la navegación aérea mientras que el sector de Aeropuertos pasó a ser gestionado por una nueva empresa, "AENA AEROPUERTOS S.A.", que se subrogó en los contratos de los actores. Meses después de esta subrogación, haciendo uso de la cláusula contractual mencionada, la nueva empresa "procedió a cubrir con personal fijo las plazas que hasta entonces venían desempeñando los demandantes (a los que) notificó la extinción de la relación de



trabajo, con efectos de 27/12/2011" (hecho probado 6º de la sentencia recurrida). Reclamaron los actores por despido improcedente (nulo en el caso de una trabajadora embarazada) siendo desestimada su demanda en la instancia y en suplicación mediante la sentencia del TSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 24/6/2013 que ahora es objeto de este recurso de casación unificadora.

SEGUNDO.- Los recurrentes aportan como sentencia contradictoria la del TSJ de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) de 19/3/2013 . En ella se resuelve un caso en el que un grupo de trabajadores de la antigua AENA que alcanzaron por sentencia judicial la condición de "indefinidos no fijos" y que también experimentaron la subrogación de la nueva entidad empleadora AENA AEROPUERTOS S.A. ven extinguidos sus contratos, con efecto de 29/12/2011, "por cobertura definitiva por personal fijo de su plaza" (hecho probado séptimo). Impugnado judicialmente dicho despido por considerarlo improcedente, obtienen también en la instancia sentencia desestimatoria; pero, a diferencia del caso de autos, dicha sentencia es revocada en suplicación por la sentencia aportada de contraste declarando improcedentes los despidos. Se cumplen, pues, con toda claridad los requisitos de igualdad sustancial en los hechos, pretensiones y fundamentos y los pronunciamientos contradictorios que exige el art. 219 de la LRJS para la procedibilidad del RCUD.

Por otra parte, los recurrentes denuncian la infracción del artículo 2 de la Ley 3/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público , así como de la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto ley 13/2010, de 3 de diciembre , por el que se creó AENA AEROPUERTOS, S.A., cumpliendo así lo preceptuado en el art. 224.1,b) de la LRJS .

TERCERO.- Entrando en el fondo del asunto, la argumentación de los recurrentes se basa en que la figura del indefinido no fijo fue jurisprudencialmente creada para evitar que, ante un incumplimiento de las normas sobre la contratación laboral temporal -u otro tipo de incumplimiento, como la cesión ilegal- con la consiguiente sentencia condenatoria a la Administración Pública contratante, ésta tuviera que admitir en su seno como trabajadores indefinidos (o fijos: hasta entonces se consideraban términos equivalentes) a quienes no habían sido reclutados cumpliendo los principios de igualdad, mérito y capacidad, de obligado cumplimiento en el ámbito del las AAPP. Es así, con esta precisa y concreta justificación, como nace la figura del trabajador "indefinido no fijo", una fórmula que, en sí misma considerada, encierra una *contradictio in terminis* que solamente se puede admitir sobre la base de esa específica explicación que, desde luego, no es aplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, que no están obligadas a cumplir con esos principios constitucionales del acceso "a la función pública", que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE . En el momento de producirse los despidos de los actores está ya en vigor el Estatuto Básico del Empleado Público que, naturalmente, recoge esos principios, pero cuyo art. 2, al establecer su ámbito de aplicación, no incluye a las sociedades mercantiles con forma de sociedad anónima, aunque sean de capital público, como es el caso de AENA AEROPUERTOS S.A. Y, por otra parte, la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto ley 13/2010 , de creación de AENA AEROPUERTOS S.A., que regula la subrogación en los contratos del personal perteneciente a la antigua AENA, no contiene previsión alguna en el sentido de que los trabajadores deben ser considerados indefinidos no fijos.

La sentencia recurrida se opone a esta argumentación sobre la base de la STS de 28/3/2007 (RCUD 5061/2005) que resolvió el caso de la "sociedad estatal Correos y Telégrafos S.A" que se subrogó en los contratos del anterior "ente público empresarial Correos y Telégrafos" y en los que se planteó un problema que guarda cierta similitud con el del caso de autos pero con una diferencia sustancial: los trabajadores subrogados que, en un momento dado, fueron despedidos por la nueva sociedad eran "interinos por vacante", no "indefinidos no fijos". Y, según afirma la propia sentencia en el hecho probado 1º, esos contratos de interinidad fueron suscritos en su día al amparo del art. 4 del R.D. 2720/98, de 18 de diciembre, y del R .D. 2546/94, de 29 de diciembre, "hasta que dicho puesto sea cubierto por personal fijo a través de los procedimientos legalmente establecidos, o sea suprimido", que es lo que se hizo por la entidad demandada, declarando el TS dicha extinción ajustada a Derecho. La diferencia es relevante porque la figura contractual del interino por vacante es absolutamente normal y utilizable por cualquier tipo de entidad pública o privada, además de encontrarse amparada por las normas que, por ser las vigentes en aquel momento, se citan por la sentencia. Nada que ver con el origen patológico del indefinido no fijo y con las restricciones que se pueden oponer a su utilización por cualquier entidad que no sea de aquellas a las que se aplica el EBEP, que es la norma básica en la materia.

La sentencia de contraste, en cambio, afirma con acierto lo siguiente: "De todo lo anterior se desprende que con fecha 8-6-2011, Aena Aeropuertos S.A., sociedad regida por la legislación mercantil y perteneciente al 100% a AENA, se subrogó - entre otros - en los contratos de trabajo de los actores, destinados en el Aeropuerto de Gran Canaria, quienes ostentaban la condición de trabajadores indefinidos no fijos, en la plantilla de la Entidad Pública Empresarial AENA (Art. 8.2c) del Estatuto Básico del Empleado Público. Pero aún con tal cualidad, al pasar a Aena Aeropuertos S.A., su condición sólo podía ser la de indefinidos sin más (art. 15.1 del Estatuto de



los Trabajadores), rigiéndose desde la fecha de subrogación por el I Convenio Colectivo del Grupo de Empresas AENA (Entidad Pública Empresarial AENA y Aena Aeropuertos S.A.) mencionado, en cuyos arts. 16 a 23 se regula la provisión de puestos de trabajo, contratación e ingreso y promoción, que hablan de contratación fija y cuyo art. 28 se refiere a contratación fija y temporal. Por tanto bajo su vigencia y ostentando los actores la cualidad de trabajadores indefinidos no cabía ya su sustitución por trabajadores fijos pertenecientes a una bolsa constituida en AENA, lo que únicamente era posible mientras los demandantes pertenecían a la Entidad Pública Empresarial. La convocatoria efectuada el día 7-11-2011 - tras aquella subrogación - por la Directora de Organización y Recursos Humanos de AENA autorizando la cobertura - entre otras - de las plazas de los actores por personal fijo no podía ya tener lugar porque en suma los puestos estaban ocupados por trabajadores indefinidos de Aena Aeropuertos S.A. empresa sometida al Ordenamiento laboral ordinario, sin que existiera vacante alguna. En consecuencia su cese acordado con efectos de 29-12-2011, constituyó el despido improcedente invocado que ha de ser declarado (art. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores) con las consecuencias establecidas en el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores , si bien la opción entre readmisión o indemnización ha de corresponder a la empresa pues la previsión del art. 102 del aludido Convenio Colectivo sólo confiere la opción al trabajador en caso de tratarse de un despido disciplinario declarado improcedente - como se desprende de su propia ubicación dentro de su Capítulo XIII: "Código de Conducta y régimen disciplinario" - cuya naturaleza no ostenta el presente despido improcedente derivado de la inidoneidad del cese de los actores".

CUARTO.- A lo ya expuesto cabe añadir algo más. Primero, que en el caso no consta en ninguna parte que los actores fueran "indefinidos no fijos": ni en la sentencia primera que les reconoció la condición de "indefinidos" ni en los contratos que, en cumplimiento de dicha sentencia, suscribieron. Es cierto, sin embargo, que en esos contratos sí se establece una cláusula de extinción que es propia de los contratos indefinidos no fijos: "la cobertura definitiva de la plaza con personal fijo, mediante el procedimiento convencionalmente establecido". Pero aquí aparece un problema: lo normal es que la cobertura se haga con un procedimiento "legal o reglamentariamente establecido" y, desde luego, en el que puedan participar los propios trabajadores indefinidos no fijos. Lo que no es normal es que ese procedimiento, establecido por Acuerdo con la representación sindical de la empresa, se reserve a quienes formen parte de una Bolsa de Trabajo, gestionada con toda seguridad por la propia empresa y, probablemente, con participación sindical, Bolsa a la que no pertenecen los trabajadores indefinidos no fijos que, así, se ven privados de toda posibilidad de consolidar su situación contractual pasando a ser trabajadores fijos si tuvieran éxito en las pruebas pertinentes. Pero a ellos se les niega esa oportunidad, lo cual constituye una manifiesta violación de los principios de igualdad, mérito y capacidad que, según se afirma por la empresa demandada, y se acepta por la sentencia recurrida, se pretenden defender.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Ignacio Cestau Benito, en nombre y representación de D^a Estibaliz y OTROS, contra la sentencia dictada el 24 de junio de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de suplicación núm. 998/2012 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 11 de junio de 2012 , recaída en autos núm. 138/2012, seguidos a instancia de D^a Estibaliz , D^a Raimunda , D^a Almudena , D^a Eva , D. Ignacio , D^a Pilar y D. Paulino , contra AENA AEROPUERTOS, S.A. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sobre DESPIDO. Casamos y revocamos la sentencia recurrida y, resolviendo en suplicación, con estimación de las demandas, declaramos improcedentes los despidos de todos los actores, a excepción del despido de Doña Pilar , que declaramos nulo, en aplicación del artículo 55.5,b) del ET , ya que se encontraba embarazada en el momento del despido, según afirma el Fundamento de Derecho Noveno de la sentencia recurrida. Condenamos a la empresa demandada a readmitir en su puesto de trabajo a la señora Pilar y a abonarle los salarios de tramitación, en la cuantía que legalmente corresponda, desde el día del despido hasta el de la readmisión. Y condenamos a la empresa a optar entre readmitir o indemnizar al resto de los demandantes en los términos establecidos en el artículo 56.1 del ET en la versión vigente en la fecha del despido y, por tanto, con abono de los salarios de tramitación correspondientes, sea cual sea el sentido de la opción ejercitada. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ