

Roj: **STS 7253/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:7253**Id Cendoj: **28079140012011100613**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/10/2011**Nº de Recurso: **4649/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Octubre de dos mil once.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de ENTIDAD PUBLICA EMPRESARIAL DE AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACION AEREA (**AENA**), contra sentencia de fecha 10 de noviembre de 2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso núm. 3308/10 , por la que se resuelven los recursos de suplicación interpuestos por **AENA** y por Don Cosme , respectivamente, contra la sentencia de fecha 4 de mayo de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo , en autos núm. 159/10, seguidos a instancia de DON Cosme frente a **AENA**, sobre reclamación por Despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida, la Procuradora Doña Miryam Belén Rábade Goyanes, en nombre y representación de Don Cosme .

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de mayo de 2010 el Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando en parte la demanda interpuesta por D. Cosme , debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto el mismo con fecha 31 de diciembre de 2009 por parte de la empresa Entidad Pública Empresarial de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, a la que condeno a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión del trabajador o abonarle una indemnización de 881,92 euros, opción que deberá ejercitar mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo indicado y sin esperar a la firmeza de la presente sentencia, así como a que en ambos casos le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución a razón de 66,21 euros diarios, salarios de los que podrá deducir la demandada los percibidos por el actor en el periodo concurrente con cargo a la misma empresa para la que viene prestando servicios desde el día 2 de febrero de este año y advirtiéndole a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo y forma expresados se entenderá que procede la readmisión, desestimando las demás pretensiones deducidas en la demanda, de las que absuelvo a dicha demandada".

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1. El demandante D. Cosme , mayor de edad y con D.N.I. número NUM000 , vino prestando servicios para la empresa Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea desde el día 14 de septiembre de 2.009, con la categoría profesional de bombero y un salario mensual de 1.986,40 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias, haciéndolo mediante contrato temporal de interinidad en cuya cláusula segunda se disponía que "El objeto del presente contrato es la sustitución temporal del trabajador D/D<sup>a</sup> Melchor , perteneciente a la OCUPACION de IC 10 - T Equipo y Salvm: Bombero y adscrito al centro de trabajo de aeropuerto de Vigo, que se encuentra en situación de desprogramación de servicios, con derecho a reserva del puesto de trabajo" y en la séptima que "La duración del presente contrato será la del tiempo



durante el que subsista el derecho de reserva del puesto de trabajo del trabajador sustituido. Con independencia de las legalmente establecidas, será causa de extinción del presente contrato la reincorporación del trabajador sustituido, cualquiera que sea la fecha en que tenga lugar la misma; y, en general, por cualquiera de las causas previstas en el Art. 8.1.c) del R.D. 2720/98 . En aquellos supuestos en los que se produzca la extinción de la situación de desprogramación de servicios concerniente al trabajador sustituido, procederá la extinción del presente contrato de trabajo, a partir del momento en el que **Aena** adquiera un conocimiento cierto de dicha circunstancia".

2. Mediante carta de fecha 14 de diciembre de 2009, notificada al actor el mismo día, la empresa le comunicó que "... el día 31.12.09 finaliza su CONTRATO DE TRABAJO DE INTERINIDAD, suscrito con fecha 14.09.09, al amparo del Artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores , según redacción dada al mismo por la Ley 63/97 de 26 de diciembre (B.O.E. de 30 de diciembre ), al concluir el periodo del supuesto de contratación, dándose con el presente escrito cumplimiento a la denuncia del mismo, previsto en el art. 4.2.c) del Real Decreto 2546/1994 de 29 de diciembre , que desarrolla el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores " .

3. D. Melchor es delegado sindical del sindicato Unión Sindical Obrera y dispone de un crédito de 50 horas sindicales al mes, condición y derecho que sigue ostentando y ejerciendo en la actualidad.

4. El actor y el referido D. Melchor coincidieron prestando servicios varios días durante la vigencia del contrato del demandante.

5. Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC el día 25 de enero, la misma tuvo lugar el día 9 de febrero con el resultado de sin avenencia.

6. El demandante no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores.

7. Desde el día 2 de febrero de este año el actor viene prestando servicios otra vez para la demandada mediante nuevo contrato de interinidad por vacante".

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por ambas partes, demandante y demandada, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 10 de noviembre de 2010 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la demandada y estimando el interpuesto por la representación de la parte actora, contra la sentencia de fecha 04/05/2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de Vigo , en autos 159/2010, revocamos en parte la sentencia dictada y concedemos el derecho de opción entre la extinción indemnizada y la readmisión al propio trabajador despedido, la cual deberá ser ejercitada en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución, manteniendo inalterados el resto de sus pronunciamientos. De acuerdo con el artículo 233.1 LPL , la empresa demandada-recurrente ha de abonar los honorarios de letrado de la actora-impugnante del recurso, por importe de trescientos euros (300 €). Dándosele a los depósitos constituidos el destino legal correspondiente."

**CUARTO.-** Por el Letrado Don Gonzalo de Prado Martínez, en nombre y representación de **AENA**, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocaron como sentencias de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 6 de mayo de 1999, recurso núm. 1411/99 y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 10 de febrero de 2005, recurso núm. 3203/04 .

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 3 de marzo de 2011 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 27 de septiembre, en el que tuvo lugar. Encontrándose en acto de servicio en la Escuela Judicial el Excmo. Sr. Martín Valverde, fué sustituido en la deliberación por el Excmo. Sr. Luis Fernando de Castro Fernandez.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar - tratándose de un trabajador indefinido, no fijo, al servicio de un ente público empresarial (**AENA**)- a quién (empresa o trabajador) corresponde ejercitar la opción entre readmisión o indemnización, cuando la decisión extintiva del empresario, anunciada a la teórica finalización de un contrato temporal de interinidad, cuyo objeto era la sustitución transitoria de otro trabajador que se encontraba en situación de "desprogramación de servicios" con derecho a la reserva de su puesto de trabajo, ha sido jurisdiccionalmente calificada como "despido improcedente" y el Convenio Colectivo de aplicación establece expresamente, dentro



de su Capítulo XIII denominado "Código de conducta y régimen disciplinario", en el párrafo primero del art. 102 que "...en los casos de resolución del contrato de trabajo de un trabajador de **Aena** por causas de despido, si la jurisdicción social declarase la improcedencia o nulidad de la medida extintiva, la opción entre la readmisión en el mismo puesto de trabajo y la indemnización alternativa corresponderá siempre al trabajador, que deberá ejercitarla dentro de un plazo de cinco días hábiles..." (V Convenio Colectivo de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea: BOE 16-1-2010).

**SEGUNDO** .- Tal y como se desprende de las actuaciones, el demandante prestó servicios para **AENA** desde el 14 de septiembre de 2009, con la categoría de bombero, en virtud de un contrato temporal de interinidad para sustituir a otro trabajador en situación de desprogramación de servicios con derecho a reserva de puesto, señalando asimismo que la duración del contrato sería la del tiempo durante el que subsista el derecho de reserva del sustituido, cualquiera que sea la fecha en que tenga lugar la misma, y, en general, por cualquiera de las causas previstas en el art. 8.1.c) del RD 2720/1998 . El trabajador sustituido es delegado sindical de USO y dispone de un crédito de horas sindicales, constando igualmente en el relato histórico las diversas comisiones de servicios que le habían sido concedidas y que el actor y el sustituido coincidieron varios días prestando servicios durante los dos meses y medio de la vigencia formal del contrato de interinidad. El 14 de diciembre de 2009, la empresa notificó al sustituto la extinción de su contrato con efectos del día 31 de ese mismo mes y año.

El actor interpuso demanda por despido, dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social número 1 de Vigo el 4 de mayo de 2010 , en la que, con su estimación parcial, se declaraba la improcedencia del despido y se condenaba a la empresa en los términos generales previstos en el art. 56.1 del ET , es decir, al abono de los salarios de tramitación y otorgando la opción a la empresa a favor de indemnizar (que se establecía en 881,92 euros) o readmitir.

Recurrida esa decisión por ambas partes, la Sala de suplicación desestimó el planteado por la empresa, pese a aceptar la revisión de diversas circunstancias fácticas, confirmando así la calificación como "improcedente" del despido, razonando al respecto, tras una muy cuidada argumentación, que, partiendo de la existencia de un contrato válidamente celebrado, y por tanto de naturaleza temporal y no indefinido, no podía decirse lo mismo respecto al cese porque, básicamente, el día en que éste se produjo no había variado la situación en relación al momento de la celebración del contrato, de tal suerte que el trabajador sustituido continuaba en las mismas condiciones que cuando fue contratado el demandante. Por el contrario, la Sala del TSJ acogió favorablemente el recurso de suplicación del demandante y, con cita de precedentes propios, en los que se menciona igualmente jurisprudencia sobre esta materia, revoca la resolución de instancia en el punto relativo a la opción entre readmisión o indemnización, que, según dice, en aplicación de la previsión convencional, en este caso debe corresponder al trabajador.

**TERCERO** .- Disconforme la entidad demandada con la sentencia de suplicación, dictada el 10 de noviembre de 2010 por el TSJ de Galicia (R. 3308/10 ), se alza ahora en casación unificadora, articulando dos motivos diferenciados. En el primero denuncia la infracción del art. 8.1º.c) del RD 2720/1998 , proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de Galicia el 6 de mayo de 1999 (R. 1411/99 ), y centrando el objeto del debate en la interpretación y aplicación que deba darse a la norma que regula la extinción del contrato de interinidad por reincorporación del trabajador sustituido, cuando éste, con posterioridad, vuelve a ausentarse de su puesto de trabajo por la misma razón que había motivado la reserva inicial del propio puesto.

Pero en este punto no existe contradicción entre las sentencias comparadas porque, con independencia de que en la de contraste, a diferencia de la recurrida, se resuelve al amparo del RD 2720/98 (en la recurrida es el RD 2546/94), lo cierto y verdaderamente relevante es que los supuestos de hecho no guardan la necesaria identidad. El problema de fondo que en este punto se suscita en la sentencia recurrida, como vimos, se contrae a determinar si el contrato de interinidad -válidamente suscrito al amparo del art. 4 RD 2546/94 , recordemos- se ha extinguido por concurrir la causa que provocó la contratación, pues su duración se pactó, según se comprueba en su cláusula séptima , para "el tiempo durante el que subsista el derecho de reserva de puesto del trabajador sustituido", y a la fecha del cese la situación no había cambiado porque éste -el sustituido- seguía en idénticas circunstancias (delegado sindical de USO con derecho a un crédito de 50 horas sindicales al mes). Por el contrario, en el supuesto de la sentencia referencial que pretende sustentar este primer motivo del recurso, se había pactado no solamente que la interinidad fuera por permiso sindical sino también la fecha final del contrato, dado que el permiso sindical era exclusivamente por un solo mes, concurriendo, en definitiva, la causa de extinción que contempla el art. 4.2.c) del RD 2546/94 , al margen de que, con posterioridad y sin incidencia ya en la contratación analizada, el trabajador sustituido disfrutara de otros permisos sindicales.

**CUARTO** .- El segundo motivo, en el que se denuncia la infracción, por interpretación errónea, del párrafo primero del art. 102 del V Convenio Colectivo de **AENA**, publicado en el Boletín Oficial del Estado del 16 de enero de 2010 (actual Primer Convenio Colectivo de Grupo para **AENA** AEROPUERTOS SA: RRDD-leyes 13/2010, de



3 de diciembre, y 11/2011, de 26 de agosto), combate el sentido de la opción y aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana el 10 de febrero de 2005 (R. 3203/04). Se trataba también en este caso de un trabajador que venía prestando servicios para **AENA** en virtud de un contrato eventual por circunstancias de la producción y al que se le comunica el cese por vencimiento del término. La Sala hubo de decidir si, declarada la improcedencia del cese, el derecho de opción que contemplaba entonces el III Convenio de **AENA**, publicado en el BOE del 19 de septiembre de 2002 (cuya redacción -art. 111 - era análoga a la del V Convenio), correspondía al trabajador o a la empresa. El Tribunal se inclinó por lo que denomina criterio "restrictivo", particularmente en aquellos despidos acaecidos en la Administración y que son calificados como improcedentes por irregularidades en la contratación temporal. La sentencia referencial concluye, pues, que si bien se podría atribuir la opción al trabajador en los despidos disciplinarios calificados como improcedentes, en cambio, la opción sigue incumbiendo a la Administración en los supuestos en los que ésta utiliza de manera inadecuada la contratación temporal.

La contradicción en este punto es evidente. Por lo pronto, se trata de dos sentencias que enjuician el caso de dos trabajadores temporales de la misma entidad (**AENA**), a la que condenan a soportar las consecuencias de la declaración de improcedencia de ambos despidos, ninguno de ellos con motivación disciplinaria real: en uno -recurrida-, por la extinción de un contrato temporal de interinidad validamente celebrado pero carente de cobertura legal, y, en el otro -contraste-, por celebración de un contrato eventual por circunstancias de la producción en fraude de ley. Es cierto que se aplican convenios diferentes, porque en el primero se trataba del III Convenio de **AENA** (BOE 19-9-2002) y en el segundo del V (BOE 16-1-2010), pero lo relevante a estos efectos es que la redacción de los preceptos convencionales en cuestión es prácticamente idéntica y, sobre todo, que en ambos aparecen con la misma ubicación sistemática (Capítulo XIII "Código de conducta y régimen disciplinario" en el V Convenio; Capítulo XIV "Código de Conducta y régimen disciplinario" en el III). Pese a todo ello, la referencial otorga la opción a la empresa mientras que la recurrida se la da al trabajador. Existe por tanto entre las situaciones que contemplan las sentencias que se comparan la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento laboral para hacer viable el recurso de casación para la unificación de doctrina.

**QUINTO** .- Establecido el presupuesto de contradicción con respecto al segundo motivo del recurso hemos de entrarse en su conocimiento que, como vimos, no es otro que la infracción del párrafo primero del art. 102 del V Convenio Colectivo de **AENA**, publicado en el Boletín Oficial del Estado del 16 de enero de 2010, cuyo tenor literal reza: "En los casos de resolución del contrato de un trabajador de **Aena**, por causa de despido, si la jurisdicción social declarase la improcedencia o nulidad de la medida extintiva, la opción entre la readmisión en el mismo puesto de trabajo y la indemnización alternativa corresponderá siempre al trabajador, que deberá ejercitarla dentro del plazo máximo de cinco días hábiles, contados desde la fecha de la notificación de la resolución judicial. De no ejercitarse la opción en el plazo indicado, se entenderá que el trabajador opta por la readmisión".

Como ha recapitulado esta Sala en su sentencia de 21-10-2010 (R. 1075/09), al analizar cláusulas similares de la negociación colectiva, " *el punto de partida obligado ha de ser la consideración de que el carácter mixto del Convenio Colectivo -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- determina que su interpretación haya de atender tanto a las reglas legales propias de las normas jurídicas [arts. 3 y 4 CC] como a aquellas otras que disciplinan la hermenéutica de los contratos [arts. 1281 a 1289 CC] (con muchas otras anteriores, SSTS 03/12/08 -rco 180/07 -; 26/11/08 -rco 139/07 -; 21/07/09 -rco 48/08 -; 21/12/09 -rco 11/09 -; y 02/12/09 -rco 66/09 -). Por ello, la interpretación del Convenio Colectivo ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes (así, SSTS 27/06/08 -rco 107/06 -; 26/11/08 -rco 95/06 -; 26/11/08 -rco 139/07 -; 27/01/09 -rcud 2407/07 -; y 21/12/09 -rco 11/09 -), lo que confiere especial relevancia al Tribunal «a quo» ante el que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes (en este sentido, recientemente, SSTS 22/04/09 -rco 51/08 -; 15/09/09 -rco 78/08 -; 08/10/09 -rco 13/09 -; 02/12/09 -rco 66/09 -; 17/12/09 -rco 120/08 -; y 21/12/09 -rco 11/09 -)*".

Y en este orden de cosas, resulta imprescindible tener en cuenta que el precepto arriba transcrito se encuentra ubicado en el Capítulo -el XIII- del Convenio que regula el "Código de conducta y régimen disciplinario", lo que pone claramente de relieve que la intención de los negociadores colectivos, y de ahí esa localización sistemática, era la de otorgar la opción a los trabajadores únicamente en el caso de que, por haberseles imputado la comisión de alguna falta "muy grave" (art. 94.4) merecedora del despido, tal como prevé el art. 97.1.c) del propio Convenio, resultara aplicable el régimen disciplinario al que alude todo el Capítulo. Parece evidente que solamente a tales despidos, y cuando la decisión empresarial fuera judicialmente declarada nula o improcedente, la negociación colectiva, mejorando la previsión estatutaria (art. 56.1 ET), y de forma similar a como lo hace para el personal laboral fijo en el empleo público en general el art. 96 del Estatuto Básico aprobado por Ley 7/2007, quiso conceder la opción al trabajador. Cabe concluir, en fin, en línea con



lo que esta misma Sala Cuarta ha sostenido, entre otras, en las sentencias de 25-5-1999 -y las que en ella se citan-, R. 4086/96 , 21-9-1999, R. 213/99 , y 26-12-2000, R. 61/2000 , que la previsión convencional que mejora la legalidad estatutaria no puede extenderse mas allá del propio pacto, y ya hemos visto que el Convenio en cuestión sólo ha querido transferir la opción a favor de los trabajadores cuando se trata de despidos disciplinarios y éstos hayan sido declarados nulos o improcedentes por la jurisdicción pero no así cuando la declaración de improcedencia traiga causa de cualquier defecto o irregularidad en los contratos suscritos por la entidad aquí demandada.

No contradice esta conclusión nuestra sentencia de 21 de noviembre de 2008 (R. 1554/07 ), aunque en ella la sentencia alegada de contraste analizaba una norma similar (el art. 89 ) del II Convenio Colectivo de **Aena**, porque con ser otro el convenio colectivo allí de aplicación (el del personal laboral del Ayuntamiento de Marbella), lo que tal vez podría haber determinado la ausencia de contradicción en aquel caso, lo cierto es que entonces la discusión y, en consecuencia, el verdadero objeto de dicho recurso de casación unificadora se centró en el modo en el que debería producirse la obligada readmisión por la opción del trabajador despedido: si como trabajador fijo, como propugnaba el trabajador recurrente, o manteniendo el carácter indefinido de su relación inicial, tal como había acordado la sentencia impugnada y confirmamos en la nuestra.

**SEXTO.-** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia referencial, lo que obliga a acoger favorablemente el recurso y, en consecuencia, resolviendo el debate de suplicación, procede, en virtud del principio de unidad de doctrina, y visto el parecer contrario del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso de tal clase formulado en su día por el trabajador demandante, confirmando así la sentencia de instancia, sin que haya lugar a la imposición de costas.

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 don Gonzalo de Prado Martínez, en nombre y representación de **AENA**, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y, en consecuencia, resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el tal clase formulado en su día por el actor, don Cosme , confirmando así la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Organo Jurisdiccional de procedencia ,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. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.