



Roj: **STSJ M 13830/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:13830**

Id Cendoj: **28079340042021100685**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **21/10/2021**

Nº de Recurso: **455/2021**

Nº de Resolución: **643/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL RUIZ PONTONES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 4 de lo Social

Domicilio: Paseo del General Martínez Campos, 27 - Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG: 28.079.00.4-2020/0004642

Procedimiento Recurso de Suplicación 455/2021 - P

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid Despidos / Ceses en general 127/2020

Materia: Despido

Sentencia número: 643/2021

Il'tmos. Sres.:

Doña MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Doña MARÍA DEL AMPARO RODRÍGUEZ RIQUELME

D. MANUEL RUIZ PONTONES

En Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil veintiuno; habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Il'tmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 455/2021, formalizado por el/la Sr. ABOGADO DEL ESTADO en nombre y representación de ENAIRE, contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2020 dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 127/2020, seguidos a instancia de D. Faustino contra ENAIRE, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el Il'tmo. Sr. D. MANUEL RUIZ PONTONES, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- El demandante D. Faustino viene prestando servicios en la entidad Pública Empresarial ENAIRE, en el centro de trabajo sito en el Centro de Control de Madrid/ Torrejón, presentando servicios correspondientes a la ocupación IIB05-Tecnivo de Comunicaciones e Información ATS y Posiciones de Control de Afluencia en el centro de control, desde el 18/11/2015 y un salario de 2.230,43.-€, con prorrata de pagas extraordinarias. (Hecho incontrovertido).

SEGUNDO.- Al demandante por sentencia del Juzgado de lo Social nº 29 de Madrid, procedimiento 121/2018 de fecha 10/04/2018 ratificada por STSJ de Madrid de fecha 28/02/2019 , folios 66 a 83, le fue reconocido la condición de trabajador indefinido no fijo.

En dicha sentencia como hechos probados octavo a decimo se declara lo siguiente:

"OCTAVO: La actora formaba parte de una Bolsa de candidatos en reserva de ocupación aprobada por resolución de 22-10-09 con vigencia de cinco años y referida a la convocatoria de selección externa, niveles C-F (documento 2 a 4 demandada).

NOVENO: Con fecha se alcanza Acuerdo entre empresa y Coordinadora Sindical Estatal sobre prórroga de la vigencia de la Bolsa de Candidatos en reserva (documento 5 empresa)

DECIMO: Como documento 6 empresa se aporta el Listado de candidatos a la ocupación 111305 Técnico de Comunicaciones e información ATS y Posiciones de Control de Afluencia de la convocatoria de 20.10.2015 vigente desde el 8.7.2016"

Añadiendo al hecho probado octavo, la sentencia dictada por el TSJ de Madrid, "el demandante ocupaba el puesto 14. Con fecha 22/12/2014 se alcanza acuerdo entre la empresa y coordinadora sindical estatal sobre prórroga de la vigencia de la bolsa de candidatos en reserva para cubrir necesidades de contratación de carácter temporal" (fundamento de derecho segundo de la sentencia TSJ de Madrid, párrafo 11, folio 77 de las actuaciones.

TERCERO.- La Entidad Pública Empresarial ENAIRE, anteriormente denominada entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), es el ente gestor del control aéreo y del control de aproximación, así como de la información de vuelo, alerta y asesoramiento asociado a los volúmenes de tráfico aéreo. (Hecho incontrovertido).

CUARTO.- En fecha 8 de julio de 2016 la Dirección de Gestión de Recursos Humanos de ENAIRE y la Dirección de Organización y Recursos Humanos de AENA S.A. hicieron público el Listado definitivo de Méritos y Definitivo de Bolsas de Candidatos en Reserva de las ocupaciones convocadas (a excepción de las ocupaciones IIIA02-Técnico Administrativo y 111,105-E4- Técnico de Informática). Dicho listado tenía su origen en la Convocatoria de pruebas de selección para la constitución de Bolsas de Candidatos en Reserva de niveles D al F de 20 de octubre de 2015. La demandante no forma parte de dichas bolsas. Folio 113 a 118. Figura en la misma Isaac puntuación 54,90. Folio 116 vuelto.

QUINTO.- En el Acta de la reunión entre la representación de ENAIRE y AENA y la representación de las Organizaciones Sindicales presentes en la Mesa de Negociación del I Convenio Colectivo del Grupo AENA de fecha 25 de septiembre de 2017 se hace constar: "En materia de plazas solicitadas por la parte sindical, este preacuerdo dota a ambas empresas de una autorización de plazas adicionales a la tasa de reposición para el año 2017: 256 plazas para Aena y 137 plazas para Enaire. Asimismo, durante los próximos años se solicitarán las plazas adicionales necesarias para atender adecuadamente la evolución de la actividad y dar respuesta a los objetivos y exigencias contenidos en los planes estratégicos, en el caso de Aena el DORA, y en el de Enaire el Plan de Vuelo 2020, previa autorización por parte de los órganos de dirección de cada empresa". Folio 126-127.

SEXTO.- En fecha 23 de noviembre de 2017 la Entidad Pública Empresarial ENAIRE solicitó autorización al Ministerio de Hacienda y Función Pública para formalizar 137 contratos indefinidos con carácter adicional a los que corresponden por aplicación de la tasa de reposición considerados imprescindibles para atender las necesidades derivadas del Plan Estratégico 2017-2010. Folio 128.



SEPTIMO.- En el Acta de la reunión entre la representación de ENAIRE y AENA y la representación de las Organizaciones Sindicales presentes en la Mesa de Negociación del I Convenio Colectivo del Grupo AENA de fecha 31 de enero de 2018 se hace constar se elevaron a la categoría de Acuerdo los Preacuerdos reflejados en el Acta de 25 de septiembre de 2017, haciéndose constar: "Por lo que se refiere a las plazas adicionales, ya han sido autorizadas por el Ministerio de Hacienda y Función Pública las mismas (256 plazas para Aena y 137 plazas para Enaire)". Folio 129-130.

OCTAVO.- En el Acta de la reunión entre la representación de ENAIRE y AENA y la representación de las Organizaciones Sindicales presentes en la Mesa de Negociación del I Convenio Colectivo del Grupo AENA de fecha 15 de febrero de 2018 se hace constar: "El preacuerdo de fecha 25.09.2017 entre ENAIRE y AENA y la representación de las organizaciones sindicales presentes en la Mesa Negociadora del I Convenio Colectivo del Grupo Aena, establece en su apartado B que, en materia de plazas solicitadas por la parte sindical, este preacuerdo dota a ambas empresas de una autorización de plazas adicionales a la tasa de reposición para el año 2017, de 256 plazas para AENA y 137 plazas para ENAIRE. El precitado preacuerdo ha sido ratificado por las partes en fecha 31 de enero de 2018.

Una parte de estas plazas adicionales a la tasa de reposición prevista en la LPGE de 2017, autorizadas por el Ministerio de Hacienda y Función Pública está destinada a la consolidación de empleo estructural.

Tanto en AENA como en ENAIRE existe un volumen de plazas cubiertas mediante contratos temporales que se han convertido en estructurales, provenientes mayoritariamente del año 2015, por lo que se acuerda que la cobertura de dichas plazas (79 en AENA y 28 en ENAIRE, según anexos adjuntos), se llevará a cabo a través de las bolsas de candidatos en reserva vigentes a la fecha de suscripción del presente acuerdo, derivadas de los procesos de selección externa y las que se generen de la convocatoria de selección externa de Aena S.M.E., S.A, para los niveles A y B, de fecha 14 de noviembre de 2017.

Estas plazas no serán objeto de cobertura por los procesos de selección establecidos en la sección la del capítulo V del convenio colectivo en vigor". Las plazas afectadas por el Acuerdo en el Aeropuerto de Palma se identifican en el Anexo que se acompaña al mismo como IIIJ-T Informática (E), IB07-E4-T Mto Aer (Energía/Ayudas Vis), correspondientes a los Niveles C-F; y IE01-T Op,Ser,Infr,Mto, Aer, correspondiente a los Niveles A-B. Folio 131-132.

NOVENO.- Mediante resolución de la Directora de Personal de ENAIRE de 26 de febrero de 2018 se autorizó la creación de 28 plazas, que se relacionan en el Anexo adjunto, y su cobertura de acuerdo con la normativa vigente. Por lo que respecta al Aeropuerto de Palma de Mallorca fueron creadas, entre otras, 7 plazas de 11B05-Técnico de Comunicaciones e Información ATS. Folio 133.

DECIMO.- En fecha 19 de marzo de 2018 la empresa hizo entrega al trabajador de una comunicación escrita cuyo texto es que sigue: "Con fecha 31 de enero de 2018 Enaire y las organizaciones sindicales presentes en la coordinadora sindical estatal ratificaron el preacuerdo alcanzado el 25 de septiembre de 2017 en virtud del cual se acordó destinar 28 de las 137 plazas autorizadas por Función Pública en concepto de tasa de reposición del 2017 a la consolidación de empleo estructural. Pues bien, al ser la plaza que usted ocupa con carácter temporal una de las sujetas a la citada consolidación, por la presente le comunico que, con carácter inmediato, se van a iniciar los trámites reglamentarios previstos, mediante la utilización de las bolsas de candidatos en reserva constituidas de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 del I Convenio Colectivo del Grupo de Empresas Aena , para la cobertura, con carácter de fijeza, de dicha plaza". Folio 119.

UNDECIMO.- En fecha 4 de junio de 2019 Enaire hizo entrega al demandante de comunicación escrita fechada el 30 de mayo con el siguiente tenor literal: "Una vez finalizado e/ proceso vigente para la cobertura con carácter de fijeza de una plaza de 11B05-Técnico de Comunicaciones e Información ATS y Posiciones de Control de Afluencia en el Centro de Control de Palma de Mallorca actualmente ocupada con carácter indefinido por el trabajador D. Faustino .

ACUERDO: Adjudicar la plaza indicada a D. Isaac , con efectos de 7 de diciembre de 2019

Notifíquese la presente con acuse de recibo, al trabajador adjudicatario de la plaza fija y a D. Faustino ." Folio 121

También en fecha 19 de noviembre de 2019 la empresa hizo entrega al actor de una carta con el siguiente tenor literal:

"Por la presente pongo en su conocimiento que esta Dirección de la Entidad Pública, conforme a lo establecido en los artículos 49.1.b) y 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha acordado la extinción de su contrato de trabajo de carácter indefinido no fijo al finalizar la jornada el día 6 de diciembre de 2019 como consecuencia de la cobertura reglamentaria con carácter de fijeza de la plaza que con carácter temporal venía ocupando. Cobertura que, tal y como le ha venido comunicando desde el 16 de marzo de 2018 se ha llevado a cabo de acuerdo con el procedimiento vigente tras la autorización por el Ministerio de Hacienda y Función Pública; en fecha 30 de



noviembre de 2017, de 137 plazas fijas conforme al apartado Tres de la Disposición Adicional 15 de la Ley 3/2017, de 27 de junio de Presupuestos Generales del Estado para el 2017

En relación con lo anterior le informo que esta Dirección ha acordado en este mismo acto el Ingreso en su cuenta personal del Importe correspondiente a 20 días de salario en concepto de indemnización, calculada de conformidad con lo establecido en el artículo 53 letra b) del Estatuto de los Trabajadores

Por último, le comunico que junto a la presente y conforme al artículo 49.2 del citado Estatuto, se acompaña la correspondiente propuesta de liquidación de las cantidades adeudadas al momento de la extinción de su contrato de trabajo. Folio 122.

DUODECIMO.- En el documento de liquidación entregado al actor consta el pago de la cantidad de 6.065,88 € en concepto de indemnización despido por causas objetivas/cese. Folio 123.

DECIMOTERCERO.- En fecha 3 de julio de 2019 D. Isaac que formaba parte de la Bolsa de Candidatos en Reserva para la ocupación 11805-Técnico de Comunicaciones e Información ATS, celebró contrato de trabajo de carácter indefinido con la Entidad Pública Empresarial ENAIRE mediante el cual pasó a prestar servicios correspondientes a la ocupación 11B05-Técnico de Comunicaciones e Información ATS y Posiciones de Control de Afluencia en el centro de control Madrid-Torrejón con efectos de 7 de diciembre de 2019. En el contrato se incluyen dos cláusulas adicionales:

PRIMERA.-La formalización del presente contrato se materializa respecto de una de las plazas adicionales a la tasa de reposición prevista en los PGE de 2017 autorizadas a ENAIRE por el Ministerio de Hacienda y Función Pública destinadas a la consolidación de empleo estructural.

SEGUNDA.-La cobertura de la plaza se efectuará en aplicación de lo dispuesto en el acuerdo suscrito el pasado día 15 de febrero de 2018 entre la representación de ENAIRE y las organizaciones sindicales presentes en la Confederación Sindical Estatal. D. Isaac ha pasado a ocupar la plaza antes asignada al actor. Folio 124-125.

DECIMOCUARTO.- El demandante presentó papeleta demanda de conciliación ante el SMAC en fecha 19/12/2019 habiéndose celebrado el acta de conciliación ante el SMAC en fecha 26/01/2020 finalizo con el resultado de intentado sin efecto constando debidamente citado. Folio 7.

DECIMOQUINTO.- La demanda origen de las presentes actuaciones aparece interpuesta en fecha 23/01/2020."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimando la excepción de caducidad de la acción.

Que estimando la demanda interpuesta por D. Faustino contra Enaire debo declarar y declaro la improcedencia del despido.

Y conforme a lo dispuesto en los artículos 56 del mismo texto legal, debo condenar al empresario a:

1º) A que readmita a la trabajadora en el puesto de trabajo en idénticas condiciones a las que regían con anterioridad al cese o su opción, sustituya la obligación de readmitir por el abono al trabajador de una indemnización en cantidad de 9.881,11- Euros calculada desde la fecha de antigüedad hasta el 18/11/2015 a razón de 45 días de salario y desde el 7/12/2019 hasta la fecha de despido a razón de 33 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores de prestación de servicios con los límites legalmente establecidos.

La opción debe efectuarse por escrito o mediante comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social dentro del plazo de CINCO DÍAS desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de la instancia.

La opción por la indemnización determina la extinción del contrato de trabajo que se entienda producida en la fecha del cese efectivo del trabajador.

De optarse por la readmisión, la actora debe reintegrar la cantidad percibida por el concepto de indemnización. De optarse por la indemnización la ya percibida habrá de descontarse de la que se establece en esta Sentencia.

De no efectuarse la opción, o realizarse de forma distinta a lo establecido, se entenderá efectuada por la readmisión.

2º) Sólo en el caso de que se opte por la readmisión o se entienda que ésta debe producirse conforme a lo expuesto, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación.

Éstos equivaldrían a una cantidad igual a la suma de los dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la Sentencia que declara la improcedencia o hasta que hubiese encontrado otro empleo, si tal



colocación fue anterior a dicha Sentencia y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación a razón de 73,33.- Euros/día.

Sin efectuar especial pronunciamiento frente al FOGASA. "

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte ENAIRE, formalizándolo posteriormente; tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 01/07/2021, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que declara que constituye un despido improcedente, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, la extinción del contrato de trabajo del demandante, que había obtenido previamente la declaración que su relación laboral era indefinida no fija, el Abogado del Estado en representación de ENAIRE interpone recurso de suplicación formulando dos motivos destinados a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado.

SEGUNDO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, alega infracción de los artículos 59 del ET y 69 y 70 de la LRJS. En síntesis, expone que la acción estaba caducada a momento de interposición de la demanda.

A la vista de las argumentaciones vertidas por las partes, consideramos que no existe caducidad de la acción. Pero ello, sobre la base de una fundamentación distinta que la incluida en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia.

A tal efecto, debemos destacar que recientemente la doctrina jurisprudencial unificadora en STS de 24/07/2020, recurso nº 1338/2018, ha establecido, en cuanto a la cuestión analizada, lo siguiente:

A. Requisitos de la notificación de despido y suspensión del plazo de caducidad ante notificaciones defectuosas

A la vista de la actual regulación, en orden a si la notificación de la comunicación de despido emitida por una Administración Pública está bajo las previsiones del artículo 69.1 párrafo segundo de la LRJS, la Sala de lo Social del TS entiende que aquel acto está sometido a dicho régimen de notificaciones y debe contener su condición de decisión impugnabile directamente ante la vía judicial laboral en el plazo de veinte días, o la que pudiera proceder, órgano y plazo que esté establecido a tal efecto. Y ello, sobre la base de lo siguiente:

- Por un lado, el precepto en cuestión se inicia con el siguiente párrafo *"Para poder demandar al Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos será requisito necesario haber agotado la vía administrativa, cuando así proceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable"*.

Esto es, está imponiendo una regla general de agotamiento de la vía previa administrativa -en los casos que proceda- sin distinción alguna en orden la acción que se formula frente a aquellos y, por tanto, no se podría entender excluidas las acciones por despido u otras que se someta a plazo de caducidad. Y menos, cuando el artículo 69.3 de la referida norma legal se refiere a dichas acciones, y a la hora de fijar el plazo de interponer la demanda indica, entre otras situaciones, que comenzará a computar el plazo desde que se entienda agotada la vía administrativa. Por tanto, podría decirse que este primer párrafo del artículo 69.1 de la LRJS no está excluyendo acciones judiciales, sino delimitando el ámbito en el que debe acudir a una vía previa a la judicial.

- El párrafo segundo del artículo 69.1 de la LRJS es más rotundo cuando indica que *"en todo caso"* las notificaciones deben realizarse en la forma que en él se indica, ya sea exigible o no agotar la vía previa administrativa. Dicho mandato, *"en todo caso"*, existía antes y después de la reforma de 2015, ya que en este aspecto no hay nada que se haya alterado por la reforma de la Ley 39/2015, que tan solo ha eliminado la reclamación previa administrativa. Por tanto, el régimen de notificaciones de dicho párrafo no se limita a determinados actos o decisiones de la Administración Pública.

- La anterior conclusión no se desvirtúa por el hecho de que al eliminarse la reclamación previa, las exigencias formales en las notificaciones solo alcanzan a los actos administrativos que agotan la vía previa administrativa, dictados en el ejercicio de sus potestades de derecho público o facultades de imperium. Ciertamente, el



redactado de los párrafos dos y tres del artículo 69.1 de la LRJS se corresponde con el mandato del antiguo artículo 58.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), tras su modificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y ello se enmarcaba en un contexto en el que las actuaciones de la Administración actúan como poder público y no como consecuencia de una relación laboral, como la de las presentes actuaciones. Pero no por ello se puede interpretar que el ámbito de aplicación de ese párrafo segundo del artículo 69.1 de la LRJS deba reducirse a los actos de naturaleza administrativa, cuando nada de ello se desprende de su contenido y ahora ya es una norma procesal laboral.

- Además, no debemos olvidar que con aquellos requisitos formales se está dotando de garantías materiales a la propia relación jurídica, así como otorgando seguridad jurídica que, junto con el principio de eficacia, se justifica su establecimiento, preservando de esa forma el derecho a una reacción efectiva frente a esa actuación, garantizando la tutela judicial efectiva que con los actos de comunicación debe preservarse para la mejor defensa de los derechos del interesado.

En el caso que nos ocupa, en la comunicación extintiva no se indicaba modo de impugnar la decisión ni plazo para efectuarlo, ni órgano ante el que hubiera de presentarse. Así, no se ha dado cumplimiento por ENAIRE a las previsiones del artículo 69.1 párrafo segundo de la LRJS.

Por tanto, lo primero que tenemos es que el plazo de caducidad de la acción estaba suspendido, tal y como se desprende del artículo 69.1 párrafo tercero de la LRJS.

B. Alcance de la suspensión del plazo de caducidad ante notificaciones defectuosas

La sentencia del TS anteriormente referenciada establece, respecto a esta cuestión, lo siguiente:

"El art. 69.1 párrafo segundo indica que la notificación omisiva "solo surtirá efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de notificación o resolución o interponga cualquier recurso que proceda". Y esta previsión debe relacionarse con el art. 69.3 de la LRJS en el que se identifica el día inicial del plazo de caducidad diciendo que es "contado a partir del día siguiente a aquel en que se hubiera producido el acto o notificación de la resolución impugnado".

Por tanto, en principio, ante una notificación defectuosa, el plazo de caducidad no se inicia hasta que el trabajador actúa mediante actos que vengan a poner de manifiesto que conoce no solo el contenido de la decisión sino cómo actuar frente a ella que es lo que ha entendido la sentencia de contraste. Pero ello debe matizarse porque, sin ignorar que al no existir reclamación previa, el efecto suspensivo de la caducidad que llevaba aparejada la reclamación previa ha desaparecido a partir de la Ley 39/2015, a la vista de los preceptos que aquí se están analizando y la doctrina constitucional y jurisprudencial que los ha inspirado el momento final de esa suspensión no se cierra en el momento que indica la sentencia de contraste.

Esto es y en relación con lo que ha sucedido en las presentes actuaciones, el mero hecho de haberse interpuesto una reclamación previa administrativa en modo alguno permite entender que con ella se reanuda el plazo de caducidad. Se trata de una figura ya desaparecida, alegal, y, por eso mismo, inhábil para reanudar el plazo de caducidad, tal y como se desprende del juego concordado de aquellos dos preceptos recién citados. Al no haberse indicado el modo de combatir la decisión de despedir se mantiene suspendido el plazo de caducidad hasta que la persona afectada "interponga cualquier recurso que proceda" y la desaparecida vía de reclamación previa ya no cumple ese requisito".

En el presente caso, mediante carta de fecha 19/09/2019, la demandada comunicó a la demandante la extinción del contrato con efectos de 06/12/2019 (hecho probado undécimo), el 19/12/2019 se interpone la papeleta de conciliación ante el SMAC y la demanda se presenta el 23/01/2020, no estando caduca la acción.

Aplicando la doctrina anteriormente expuesta, la papeleta de conciliación presentada el 19/12/2019 se erige, indudablemente, como una actuación que supone el conocimiento del contenido y el alcance de la comunicación extintiva y, por ende, es hábil para iniciar el computo del plazo de caducidad.

En el presente supuesto, consideramos que no procede aplicar la doctrina contenida en la anterior sentencia relativa a no dotar a la "reclamación administrativa previa" de los efectos anudados a "actuaciones que supongan conocimiento del contenido y alcance de la resolución". Y ello, porque dicha sentencia parte de la premisa de que la reclamación administrativa previa "se trata de una figura ya desaparecida, alegal, y, por eso mismo, inhábil para reanudar el plazo de caducidad", mientras que en el supuesto analizado en los presentes autos se trata de una papeleta de conciliación.

El artículo 64.1 de la LRJS establece que "se exceptúan del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación los procesos que exijan el agotamiento de la vía administrativa, en su caso, los que versen sobre Seguridad Social, los relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores,



disfrute de vacaciones y a materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo (...)".

No obstante, el apartado tercero de dicha disposición legal prevé, para los supuestos exceptuados de conciliación obligatoria, un mecanismo de solicitud de conciliación de carácter potestativo. Aspecto que se infiere de su redacción, al establecer lo siguiente: *"cuando por la naturaleza de la pretensión ejercitada pudiera tener eficacia jurídica el acuerdo de conciliación o de mediación que pudiera alcanzarse, aun estando exceptuado el proceso del referido requisito del intento previo, si las partes acuden en tiempo oportuno voluntariamente y de común acuerdo a tales vías previas, se suspenderán los plazos de caducidad o se interrumpirán los de prescripción en la forma establecida en el artículo siguiente"*.

El artículo 64.3 de la LRJS no compele a las partes a alcanzar un acuerdo o acudir obligatoriamente al acto de conciliación potestativo, sino que permite su solicitud y, posteriormente, recoge los efectos anudados a una comparecencia potestativa (acuerdo o comparecencia sin acuerdo). Es decir, ante una solicitud de conciliación potestativa, el legislador advierte al solicitante de los efectos limitados que su solicitud potestativa puede llegar a tener en su caso (al ser un mecanismo que no puede ostentar la misma protección procesal que la solicitud de conciliación preceptiva). Sólo si ambas partes acuden de común acuerdo pero no alcanzan transacción o la parte solicitada acude al acto de conciliación sin oponerse a la STS, de 13/09/2016, rec. 1969/2015), provocará los efectos suspensivos o interruptivos (caducidad o prescripción) propios de la solicitud de conciliación, y contemplados en el artículo 65 de la LRJS por mandato del apartado 3 del artículo 64 de la LRJS.

Sea como fuere, en el presente supuesto no existió acuerdo tácito o expreso entre la empresa y el demandante para acudir al acto de conciliación que se celebró -sin efecto ante la incomparecencia de la empresa debidamente citada- el 20/01/2020 y, por ende, como la parte solicitada no acudió a dicho acto no se pudieron desplegar los efectos suspensivos ligados a la conciliación previa en los términos establecidos en los artículos 64.3 y 65.1 de la LRJS.

Lo anterior corrobora lo mantenido por esta Sala, y es que la papeleta de conciliación debe tener los innegables efectos de desplegar el inicio del cómputo de la caducidad ante notificaciones defectuosas, sin que se pueda equiparar la figura de la papeleta de conciliación potestativa a la desaparecida reclamación administrativa previa y, por tanto, alegal e inhábil a estos efectos. La papeleta de conciliación potestativa existe en nuestro ordenamiento procesal y de naturaleza susceptible de producir eficacia jurídica, en su caso. Por tanto, en el caso analizado supuso el primer acto de conocimiento del contenido y alcance de la decisión extintiva, en los términos expuestos anteriormente, y por ende la acción no estaba caducada.

TERCERO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, alega infracción de los artículos 49.1.b) y c) y Disposición Adicional 15ª del ET. En síntesis expone que la extinción del contrato está amparado en causa legal, por la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba con carácter temporal.

Para resolver el motivo debemos partir de los siguientes hechos esenciales:

1.- Desde el 18/11/2015 el demandante presta servicios correspondientes a la ocupación IIB05-Técnico de Comunicaciones e Información ATS y Posiciones de Control de Afluencia en el centro de control de Madrid/Torrejón (hecho probado primero).

2.- El 8/07/2016 ENAIRE y AENA hacen público el listado definitivo de méritos y definitivo de bolsa de candidatos en reserva de las ocupaciones convocadas. El listado tenía su origen en la convocatoria de pruebas de selección para la constitución de bolsas de candidatos en reserva de niveles D al F de 20/10/2015. El demandante no formaba parte de dichas bolsas pero si la persona que ha sido contratada con carácter indefinido para ocupar el puesto que desempeñaba el demandante (hecho probado cuarto).

La vigencia de las bolsas de candidatos en reserva constituidas en esa convocatoria era de 5 años a tenor del artículo 25 del I Convenio Colectivo del Grupo Enaire/Aena SA que dispone:

"Bolsa de candidatos en reserva.

1. Los candidatos que habiendo superado las pruebas selectivas para la contratación de personal fijo, hubieran aprobado no obteniendo plaza, constituirán una bolsa de candidatos en reserva que se utilizará, mientras esté vigente, para posteriores contrataciones con carácter fijo o temporal de la misma ocupación. Dicha bolsa de trabajo tendrá una vigencia de cinco años a partir de la fecha de la resolución, por la que la Comisión Paritaria de Promoción y Selección declare la relación definitiva de los aprobados en el proceso selectivo.

2. Los candidatos que una vez superado el proceso selectivo obtengan plaza fija, serán excluidos automáticamente de las bolsas de candidatos en reserva de las que formen parte.



No obstante lo anterior, si el candidato en el momento de su presentación a procesos selectivos de niveles A y B ya estuviera prestando servicios en alguna de las entidades y/o sociedades integrantes del Grupo Aena como personal fijo de plantilla, podrá permanecer en la bolsa de candidatos en reserva para la ocupación a la que se hubiera presentado, única y exclusivamente para contrataciones de carácter fijo.

En este caso, si al trabajador se le ofertara y aceptara una plaza fija de la nueva ocupación a la que se hubiera presentado, el contrato fijo de la ocupación que a esa fecha tuviera vigente con alguna de las entidades y/o sociedades integrantes del Grupo Aena, quedará suspenso con derecho a reserva, durante el tiempo en que el nuevo contrato de la plaza ofertada, se encontrara sometido a período de prueba.

3. La Comisión Paritaria de Promoción y Selección, podrá autorizar la constitución de bolsas de trabajo para contrataciones de personal no fijo en los términos que se determinen. Dichas bolsas permanecerán vigentes hasta que, con motivo de una nueva convocatoria de plazas de carácter fijo, se constituya una nueva bolsa de la misma ocupación.

4. En caso de simultanearse bolsas de candidatos en reserva, se atenderá al siguiente orden de prelación:

a) En primer lugar, a la bolsa de candidatos en reserva constituida para contrataciones de personal fijo, teniendo prioridad, en el caso de coexistir más de una, la bolsa más antigua.

b) En segundo lugar, a la bolsa de candidatos en reserva para contrataciones de personal no fijo, teniendo prioridad, en el caso de coexistir más de una, la bolsa más antigua.

5. En los casos en los que se declare la procedencia del despido, así como en aquellos en los que sea declarada la improcedencia y el trabajador opte por la indemnización, quedará excluido de todas las bolsas de candidatos en reserva de las que forme parte."

Y el artículo 28.1 dispone:

"1. Contratación fija

a) Las contrataciones de carácter fijo se realizarán a través de los procesos de selección externa.

Además, las contrataciones de carácter fijo se realizarán a través de la bolsa de candidatos en reserva a que se refiere el artículo 25 de este Convenio Colectivo .

b) En el supuesto de que un candidato renuncie a una contratación de carácter fijo, quedará excluido de la bolsa de la ocupación correspondiente al contrato que le fuera ofertado.

A estos efectos, no será considerada renuncia la que venga derivada de la imposibilidad de aceptación de la contratación ofrecida al candidato, por encontrarse el mismo en situación de Incapacidad Temporal o baja por maternidad, que deberá ser acreditada en las 48 horas siguientes al ofrecimiento de la contratación."

3.- El 25/09/2017 las representaciones de las organizaciones sindicales presentes en la mesa de negociación del I Convenio Colectivo del Grupo AENA y las empresas llegan a un preacuerdo de autorización a las empresas de plazas adicionales a la tasa de reposición para 2017 de 256 plazas para AENA y 137 plazas para ENAIRE (hecho probado quinto).

El 23/11/2017 ENAIRE solicitó autorización al Ministerio de Hacienda y Función Pública para formalizar 137 contratos con carácter adicional a los que corresponden por aplicación de la tasa de reposición para atender necesidades derivadas del plan estratégico 1017-202 (hecho probado sexto).

4.- En el Acta de la reunión entre la representación de ENAIRE y AENA y la representación de las Organizaciones Sindicales presentes en la Mesa de Negociación del I Convenio Colectivo del Grupo AENA de fecha 15 de febrero de 2018 se hace constar: "El preacuerdo de fecha 25.09.2017 entre ENAIRE y AENA y la representación de las organizaciones sindicales presentes en la Mesa Negociadora del I Convenio Colectivo del Grupo Aena, establece en su apartado B que, en materia de plazas solicitadas por la parte sindical, este preacuerdo dota a ambas empresas de una autorización de plazas adicionales a la tasa de reposición para el año 2017, de 256 plazas para AENA y 137 plazas para ENAIRE. El precitado preacuerdo ha sido ratificado por las partes en fecha 31 de enero de 2018.

Una parte de estas plazas adicionales a la tasa de reposición prevista en la LPGE de 2017, autorizadas por el Ministerio de Hacienda y Función Pública está destinada a la consolidación de empleo estructural.

Tanto en AENA como en ENAIRE existe un volumen de plazas cubiertas mediante contratos temporales que se han convertido en estructurales, provenientes mayoritariamente del año 2015, por lo que se acuerda que la cobertura de dichas plazas (79 en AENA y 28 en ENAIRE, según anexos adjuntos), se llevará a cabo a través de las bolsas de candidatos en reserva vigentes a la fecha de suscripción del presente acuerdo, derivadas de los



procesos de selección externa y las que se generen de la convocatoria de selección externa de Aena S.M.E., S.A, para los niveles A y B, de fecha 14 de noviembre de 2017.

Estas plazas no serán objeto de cobertura por los procesos de selección establecidos en la sección la del capítulo V del convenio colectivo en vigor". Las plazas afectadas por el Acuerdo en el Aeropuerto de Palma se identifican en el Anexo que se acompaña al mismo como IIIJ-T Informática (E), IB07-E4-T Mto Aer (Energía/ Ayudas Vis), correspondientes a los Niveles C-F; y IE01-T Op,Ser,Infr,Mto, Aer, correspondiente a los Niveles A-B. Folio 131-132 (hecho probado octavo)

Mediante resolución de la Directora de Personal de ENAIRE de 26 de febrero de 2018 se autorizó la creación de 28 plazas, que se relacionan en el Anexo adjunto, y su cobertura de acuerdo con la normativa vigente. Por lo que respecta al Aeropuerto de Palma de Mallorca fueron creadas, entre otras, 7 plazas de 11B05-Técnico de Comunicaciones e Información ATS. (hecho probado noveno)

De las 28 plazas creadas, a la Región Centro-ACC Madrid le correspondían 8 plazas de IIB05 técnico comunicaciones e información ATS con nivel D (hecho probado noveno, folio 133 vuelto).

5.- El 19/03/2018 la empresa entrega al demandante comunicación del siguiente tenor:

En fecha 19 de marzo de 2018 la empresa hizo entrega al trabajador de una comunicación escrita cuyo texto es que sigue: " Con fecha 31 de enero de 2018 Enaire y las organizaciones sindicales presentes en la coordinadora sindical estatal ratificaron el preacuerdo alcanzado el 25 de septiembre de 2017 en virtud del cual se acordó destinar 28 de las 137 plazas autorizadas por Función Pública en concepto de tasa de reposición del 2017 a la consolidación de empleo estructural. Pues bien, al ser la plaza que usted ocupa con carácter temporal una de las sujetas a la citada consolidación, por la presente le comunico que, con carácter inmediato, se van a iniciar los trámites reglamentarios previstos, mediante la utilización de las bolsas de candidatos en reserva constituidas de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 del I Convenio Colectivo del Grupo de Empresas Aena , para la cobertura, con carácter de fijeza, de dicha plaza". (hecho probado décimo).

6.- El 10/04/2018 el Juzgado de lo Social nº 29 de Madrid dicta sentencia declarando que la relación laboral del demandante con la empresa es de carácter indefinido no fijo. El fallo de la sentencia fue confirmado por sentencia de esta Sala de 28/02/2019, (hecho probado segundo).

7.- El 4/06/2019 Enaire hizo entrega al demandante de comunicación escrita fechada el 30 de mayo con el siguiente tenor literal: "Una vez finalizado e/ proceso vigente para la cobertura con carácter de fijeza de una plaza de 11B05-Técnico de Comunicaciones e Información ATS y Posiciones de Control de Afluencia en el Centro de Control de Palma de Mallorca actualmente ocupada con carácter indefinido por el trabajador D. Faustino .

ACUERDO: Adjudicar la plaza indicada a D. Isaac , con efectos de 7 de diciembre de 2019

Notifíquese la presente con acuse de recibo, al trabajador adjudicatario de la plaza fija y a D. Faustino ."

También en fecha 19 de noviembre de 2019 la empresa hizo entrega al actor de una carta con el siguiente tenor literal:

" Por la presente pongo en su conocimiento que esta Dirección de la Entidad Pública, conforme a lo establecido en los artículos 49.1.b) y 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha acordado la extinción de su contrato de trabajo de carácter indefinido no fijo al finalizar la jornada el día 6 de diciembre de 2019 como consecuencia de la cobertura reglamentaria con carácter de fijeza de la plaza que con carácter temporal venía ocupando. Cobertura que, tal y como le ha venido comunicando desde el 16 de marzo de 2018 se ha llevado a cabo de acuerdo con el procedimiento vigente tras la autorización por el Ministerio de Hacienda y Función Pública; en fecha 30 de noviembre de 2017, de 137 plazas fijas conforme al apartado Tres de la Disposición Adicional 15 de la Ley 3/2017 de 27 de junio de Presupuestos Generales del Estado para el 2017.

En relación con lo anterior le informo que esta Dirección ha acordado en este mismo acto el Ingreso en su cuenta personal del Importe correspondiente a 20 días de salario en concepto de indemnización, calculada de conformidad con lo establecido en el artículo 53 letra b) del Estatuto de los Trabajadores .

Por último, le comunico que junto a la presente y conforme al artículo 49.2 del citado Estatuto, se acompaña la correspondiente propuesta de liquidación de las cantidades adeudadas al momento de la extinción de su contrato de trabajo". (hecho probado undécimo)

En fecha 3 de julio de 2019 D. Isaac que formaba parte de la Bolsa de Candidatos en Reserva para la ocupación 11B05-Técnico de Comunicaciones e Información ATS, celebró contrato de trabajo de carácter indefinido con la Entidad Pública Empresarial ENAIRE mediante el cual pasó a prestar servicios correspondientes a la ocupación 11B05-Técnico de Comunicaciones e Información ATS y Posiciones de Control de Afluencia en el centro de



control Madrid- Torrejón con efectos de 7 de diciembre de 2019. En el contrato se incluyen dos cláusulas adicionales:

PRIMERA.-La formalización del presente contrato se materializa respecto de una de las plazas adicionales a la tasa de reposición prevista en los PGE de 2017 autorizadas a ENAIRE por el Ministerio de Hacienda y Función Pública destinadas a la consolidación de empleo estructural.

SEGUNDA.-La cobertura de la plaza se efectuará en aplicación de lo dispuesto en el acuerdo suscrito el pasado día 15 de febrero de 2018 entre la representación de ENAIRE y las organizaciones sindicales presentes en la Confederación Sindical Estatal. D. Isaac ha pasado a ocupar la plaza antes asignada al actor (hecho probado decimotercero).

Del relato de hechos no se desprende que el demandante quedase integrado en la bolsa de candidatos de reserva como consecuencia de su participación en un proceso selectivo en el que no obtuvo plaza; en el hecho probado cuarto se indica que no formaba parte de las bolsas, pudo formar parte de otras bolsas anteriores, que tienen un plazo de vigencia de 5 años, pero no de la última que era la que estaba en vigor, como acontece con la persona que ha ocupado su puesto que figura en la lista con una puntuación de 54,90.

La contratación del demandante en virtud de contrato de obra o servicio se ha estimado realizada en fraude de ley porque se estaba ante necesidades permanentes de la empresa y ello lleva a determinar que su relación fuese declarada indefinida no fija hasta su cobertura por el procedimiento legalmente correspondiente.

Por tanto, el contrato de trabajo del demandante, de carácter indefinido no fijo, se extinguió al concurrir causa legal para ello, cubrirse reglamentariamente la plaza por medio de un trabajador, que formaba parte de las bolsas de candidatos en reserva, que accede a la misma con carácter indefinido, fijo.

No estamos ante distinto tratamiento en la contratación del demandante y la persona que ha ocupado la plaza que desempeñaba; el demandante no podía ser contratado con carácter indefinido, fijo, para la plaza que desempeñaba por no estar incluido en las bolsas. Lo expuesto lleva a estimar el motivo y el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el ABOGADO DEL ESTADO contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2020 dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid, en autos nº 127/2020, seguidos a instancia de Faustino contra ENAIRE, en reclamación por DESPIDO, revocamos la misma y absolvemos a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0455-21 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en el Paseo del General Martínez Campos, 35 - 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo *ORDENANTE*, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo *BENEFICIARIO*, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.



4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA*", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000045521), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CIEMOJ