



Sección: MAG
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO
SOCIAL
Plaza San Francisco nº 15
Santa Cruz de Tenerife

Rollo: Recursos de Suplicación
Nº Rollo: 0000451/2017
NIG: 3803844420160007023
Materia: Despido
Resolución: Sentencia 001028/2017

Teléfono: [REDACTED]
Fax.: [REDACTED]
Email: [REDACTED]

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc.
origen: 0000947/2016-00
Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 7 de Santa Cruz
de Tenerife

Intervención:
Recurrente
Recurrido
FOGASA

Interviniente:
[REDACTED]
AENA S.A.
FOGASA

Abogado:
[REDACTED]

SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D^a. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ-PARODI PASCUA

Magistrados

D./D^a. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO

D./D^a. FÉLIX BARRIUSO ALGAR (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 17 de noviembre de 2017.

Dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el Recurso de Suplicación número 451/2017, interpuesto por D^a [REDACTED] frente a la Sentencia 96/2017, de 22 de febrero, del Juzgado de lo Social nº. 7 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos 947/2016, sobre declaración de improcedencia de despido. Habiendo sido ponente el Magistrado D. Félix Barriuso Algar, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por parte de D^a. [REDACTED] se presentó el día 28 de noviembre de 2016 demanda frente a "Aena, Sociedad Anónima" y el Fondo de Garantía Salarial solicitando que se dictara sentencia por la que se declarase improcedente el despido de que había sido objeto por parte de la demandada, al entender la actora que los contratos de interinidad suscritos habían incurrido en fraude de ley; y subsidiariamente, que se le abonase la indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

SEGUNDO.- Turnada la anterior demanda al Juzgado de lo Social número 7 de Santa Cruz de





Tenerife, autos 947/2016, en fecha 21 de febrero de 2017 se celebró juicio en el cual la empresa demandada se opuso a la demanda alegando que el contrato de interinidad suscrito era ajustado a derecho y que tampoco cabía aplicar la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la indemnización a interinos por no ser la situación de la demandante comparable a la resuelta en la sentencia de 14 de septiembre de 2016.

TERCERO.- Tras la celebración de juicio, por parte del Juzgado de lo Social se dictó el ... sentencia con el siguiente Fallo:

“DESESTIMO la demanda interpuesta por D^a [REDACTED] frente a la empresa AENA, SA, y en su consecuencia, absolvemos a la demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra”.

CUARTO.- Los hechos probados de la sentencia de instancia tienen el siguiente tenor literal:

“1.- La parte actora D^a [REDACTED] ha prestado sus servicios por orden y cuenta de la empresa AENA, SA en el centro de trabajo sito en Aeropuerto Tenerife Norte, La Laguna, habiendo suscrito los siguientes contratos y circunstancias laborales: (folios 62 a 76 de los autos)

Contrato de interinidad a tiempo completo con una duración desde el 24.03.2016 a 02.05.2016. Su objeto es la sustitución del trabajador [REDACTED] con derecho a reserva del puesto de trabajo por cambio temporal de ocupación. Categoría profesional IC15-Técnico Operaciones Area Movimiento, salario mensual de 1.441,5 €, sin incluir p/p pagas extras. El contrato de interinidad finalizó por renuncia de la actora.

Contrato de interinidad a tiempo completo con una duración desde el 03.05.2016 hasta 01.11.06. Su objeto es la sustitución de la trabajadora [REDACTED] por cambio temporal de ocupación. Categoría profesional IC15 Técnico Operaciones Area Movimiento, salario mensual de 2.416,28 €. El contrato finalizó por la finalización del Cambio Temporal de Ocupación que disfrutaba la trabajadora [REDACTED]

2.- Por Resolución de la Entidad demandada de fecha 18.03.2016, se resuelve que el trabajador [REDACTED] Técnico de Operaciones del Área de Movimiento (TOAM) con destino en el Aeropuerto Tenerife Norte, realizará un “CAMBIO TEMPORAL DE OCUPACION como Coordinador de Operaciones del Área de Movimiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 del vigente Convenio Colectivo de Aena Aeropuertos SA. Durante dicho período percibirá el tramo de Salario de Ocupación correspondiente a la ocupación de destino, en lugar del de la Ocupación de origen; una vez finalizado este período se incorporará a su puesto de origen, abonándosele a partir de ese momento, las retribuciones del mismo. Efectos: A partir del 24 de marzo de 2016” (folio 90 de los autos). Por la Jefatura de RRHH de AENA SA, al Sr. [REDACTED] en fecha, 22.08.2016 se le comunica la finalización del Cambio Temporal de Ocupación que realizaba como Coordinador del Área de Movimiento con fecha 23.09.2016. (folio 91 de los Autos).

Por Resolución de la Entidad demandada de fecha 28.04.2016, se resuelve que la trabajadora [REDACTED] Técnico de Operaciones del Área de Movimiento (TOAM) con destino en el Aeropuerto Tenerife Norte, DTO OPERACIONES Y SERVICIOS realizará un “CAMBIO TEMPORAL DE OCUPACION como Coordinadora de Operaciones del Área de Movimiento (COAM) de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 del vigente Convenio





Colectivo de Aena Aeropuertos SA. Durante dicho período percibirá el tramo de Salario de Ocupación correspondiente a la ocupación de destino, en lugar del de la Ocupación de origen; una vez finalizado este período se incorporará a su puesto de origen, abonándosele a partir de ese momento, las retribuciones del mismo. Efectos: A partir del 2 de mayo de 2016” (folio 88 de los autos). Por la Jefatura de RRHH de AENA SA, a la Sr^a. [REDACTED] en fecha, 01.11.2016 se le comunica la finalización del Cambio Temporal de Ocupación que realizaba como Coordinador del Área de Movimiento con fecha 01.11.2016. (folio 89 de los Autos).

3.- La actora recibió en fecha 27.10.2016 la comunicación de la demandada que, con fecha de efectos 01.11.2016, finalizaba su contrato de trabajo de duración determinada por interinidad, suscrito el 3 de mayo de 2016, como consecuencia de producirse la finalización del Cambio Temporal de Ocupación que disfrutaba la trabajadora [REDACTED] (folio 62 de los autos).

4.- La actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la cualidad de delegado de personal o miembro del Comité de Empresa.

5.- Se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el S.E.M.A.C el día 29.12.2016, en virtud de papeleta de conciliación de fecha 28.11.2016, que concluyó con el resultado de intentado sin efecto”.

QUINTO.- Por parte de D^a. [REDACTED] se interpuso recurso de suplicación contra la anterior sentencia; dicho recurso de suplicación fue impugnado por "Aena, Sociedad Anónima".

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de lo Social el 20 de abril de 2017, los mismos fueron turnados al ponente designado en el encabezamiento, señalándose para deliberación y fallo el día 16 de noviembre de 2017.

SÉPTIMO.- En la tramitación de este recurso se han respetado las prescripciones legales, a excepción de los plazos dado el gran número de asuntos pendientes que pesan sobre este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se mantienen en su integridad los hechos probados de la sentencia de instancia, al no haberse planteado motivos de revisión fáctica.

SEGUNDO.- La actora prestó servicios laborales para "Aena, Sociedad Anónima" mediante dos contratos de interinidad, en ambos casos para sustituir a otro trabajador mientras el mismo desempeñaba un cambio temporal de ocupación; el primer contrato finalizó por renuncia de la demandante, que sin solución de continuidad pasó a realizar el otro contrato de interinidad, más ventajoso económicamente en cuanto al salario. Impugna la demandante la extinción del segundo contrato, motivado por reincorporación de la trabajadora sustituida a su plaza de origen, por finalización del cambio temporal de ocupación. La actora alega que los dos contratos incurrieron en fraude de ley porque considera que los cambios temporales de ocupación no determinaban ninguna suspensión del contrato de trabajo del trabajador sustituido, y subsidiariamente, para el caso de declararse ajustada a derecho la extinción, que





se le tiene que pagar la indemnización de 20 días de salario por año, en aplicación de la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016. La sentencia de instancia desestima ambas pretensiones. Rechaza el fraude de ley en los contratos de interinidad al considerar que con el cambio temporal de ocupación el trabajador goza de una reserva del puesto de trabajo de origen, y en el presente caso la causa de sustitución era real. También rechaza que se aplique la doctrina del caso “Diego Porras” al estimar que la situación de la actora, por la duración y finalidad de los contratos de interinidad, no es comparable al resuelto por el Tribunal de Justicia. Disconforme con esta sentencia, la actora recurre en suplicación planteando, en primer lugar, un motivo de nulidad de actuaciones al amparo del artículo 193.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y por el 193.c), tres motivos de examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia. La demandada ha impugnado el recurso y solicitado que el mismo sea desestimado, confirmando la sentencia de instancia.

TERCERO.- En el motivo de nulidad de actuaciones la actora recurrente denuncia que la sentencia de instancia no se ha pronunciado en relación a todas las cuestiones planteadas en la demanda, y en particular sobre el alegado abuso de la contratación de interinidad porque para el primer contrato considera que se debió suscribir la interinidad para sustituir al trabajador enfermo y no al trabajador que, en virtud de un cambio temporal de ocupación, pasaba a ocupar la plaza del enfermo, y en cuanto al segundo, que la plaza cubierta por la trabajadora D^a. [REDACTED] en régimen de cambio temporal de ocupación seguía vacante al finalizar el contrato de trabajo de la actora y se cubrió por medio de otra ocupación temporales, y en cambio la sentencia de instancia solo resolvió que debía acudir al contrato de interinidad para cubrir puestos de trabajadores que estaban temporalmente cubriendo otras plazas, entendiéndose por ello que se habría producido una incongruencia omisiva, con infracción de los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 24.1 y 120.3 de la Constitución, y se deben retrotraer las actuaciones para que se dicte nueva sentencia en la que se resuelvan todas las cuestiones planteadas.

CUARTO.- Es criterio reiterado de las diversas salas de suplicación que la declaración de nulidad de actuaciones es un remedio excepcional, que ha de aplicarse con criterio restrictivo, pues una interpretación amplia de la posibilidad de anulación podría incluso vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el art. 24 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. A este respecto, no solamente es la celeridad uno de los principios orientadores de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras del proceso laboral ordinario (artículo 74.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) sino que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social aumenta considerablemente las posibilidades de la sala de suplicación de examinar el fondo del asunto, tanto por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia (artículo 202.2) como por no haber entrado la resolución de instancia en el fondo al haber apreciado alguna circunstancia obstativa, como puede ser una excepción procesal (artículo 202.3), siempre que el relato de hechos probados de la sentencia y demás antecedentes no cuestionados sean suficientes para realizar tal pronunciamiento sobre el fondo. Por ello, en la actual regulación, del cotejo del artículo 193.a) y 202 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solamente procederá la nulidad de la sentencia o de las actuaciones cuando concurren los siguientes requisitos:

A) Que se haya producido vulneración de una norma o garantía esencial en la regulación del proceso.





B) Que se haya formulado protesta, si el momento procesal en el que se produjo la irregularidad procesal lo permitía.

C) Que produzca indefensión, que en principio ha de perjudicar a la parte recurrente en suplicación.

D) Que por el tipo de infracción procedimental la sala no pueda entrar a resolver sobre el fondo, por determinar una insuficiencia de los hechos probados de la sentencia o de los antecedentes necesarios para poder realizar ese pronunciamiento de fondo.

QUINTO.- La incongruencia omisiva se produce cuando el juzgador no resuelve sobre alguna o algunas de las pretensiones ejercitadas por las partes; siendo relevante, en orden a su conceptualización, la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 124/2000, en la que, con cita de otras anteriores, indica que la incongruencia omisiva se produce *"cuando el Organo Judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales"*.

SEXTO.- En el presente caso es cierto que en la demanda se planteaba que el primer contrato de interinidad era fraudulento por considerar la actora que el trabajador al que tenía que haber sustituido era el que estaba en incapacidad temporal, y no al que sustituyó al mismo por medio de cambio temporal de ocupación; y por otro lado, que en el segundo contrato de interinidad, a pesar de la finalización del cambio temporal de ocupación asignado a D^a [REDACTED] la plaza de Coordinadora de Operaciones del Área de Movimiento siguió vacante y se volvió a cubrir por medio de un cambio temporal de ocupación de otro trabajador de la demandada, para sustituir a su vez al cual se suscribió un contrato de interinidad con otra persona. Pero no alegaba tanto que el uso de la facultad del 37 del convenio colectivo fuera abusiva como que consideraba la actora que tenía que haber sido llamada ella para ese tercer contrato de interinidad porque así se lo habían asegurado (pero no dirigió la demanda frente al trabajador frente al cual considera que tiene preferencia), o que tenía que haber seguido trabajando la demandante mientras la plaza de Coordinador de Operaciones del Área de Movimiento estuviera vacante. Las alegaciones sobre una demora abusiva en la cobertura definitiva de la plaza de Coordinador de Operaciones del Área de Movimiento constituyen, esencialmente, cuestión nueva introducida en el recurso pero no planteada en la instancia.

SÉPTIMO.- Pero, como señala la recurrida en su impugnación, todas esas alegaciones se planteaban de forma conjunta y difícil de separar de las alegaciones sobre fraude de ley en la contratación interina basadas en que, según la actora, el cambio temporal de ocupación no justificaba el recurso a la contratación de interinos para sustituir a los trabajadores que temporalmente desempeñaban otro puesto de trabajo. Esa accesoriadad de tales alegaciones (la demandante las planteaba, expresamente, de forma subsidiaria) seguramente explica el poco esfuerzo probatorio de la demandante con respecto a la persistencia de la vacante de





Coordinador de Operaciones del Área de Movimiento (solo se pidió expediente sobre el cambio de ocupación temporal producido tras terminar el de D^a. [REDACTED]), la consiguiente omisión en hechos probados de datos sobre este particular, y que no se haya intentado completar el relato fáctico por la recurrente, por medio del artículo 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para fundamentar su segundo motivo de crítica jurídica.

OCTAVO.- En cualquier caso, esas alegaciones se pueden entender desestimadas tácitamente por la juzgadora cuando en fundamentación jurídica expone que *"La sustitución de un trabajador que tiene reserva de puesto de trabajo por otro se puede producir en diversos supuestos, como son los de incapacidad temporal del sustituido, maternidad o paternidad, vacaciones, ejercicio de cargo público, etc, o por otras como el ejercicio de funciones de superior categoría, u otras válidamente acordadas por las partes, pero que, efectivamente, conlleven la ausencia temporal del trabajador sustituido del puesto de trabajo y de las funciones que venían desempeñando, siendo esa ausencia lo que justifica esta contratación, y eso es lo que ocurre en el supuesto que nos ocupa, en el que el trabajador sustituido pasó a desempeñar funciones de superior categoría, una suerte de movilidad funcional superior-cambio temporal de ocupación-, prevista en el artículo 37 del convenio colectivo de Aena, y la demandante fue contratada para desempeñar las tareas que dejó de realizar el trabajador sustituido. Ello no comporta, como sostiene la parte actora, la utilización desviada de una norma para obtener un resultado no permitido por la ley, que es precisamente lo que impide el art. 6.4 del Código Civil"* y que *"en el presente no se contrata a la trabajadora con el mismo objeto, sino que la causa de sustitución, como ha quedado probado, es variable, constando además, la existencia real de las causas de sustitución, con identificación de los trabajadores sustituidos en los contratos y la concreción y claridad de la causa de los mismos"* (fundamento de derecho 2º). Afirmaciones de licitud de la contratación interina que resultan claramente incompatibles con la teoría del "doble fraude" que postula la demandante, pues la juzgadora asume que es posible cubrir, por el sistema de cambio temporal de ocupación, tanto el puesto de un trabajador enfermo, como un puesto vacante hasta su cobertura definitiva; y en segundo lugar, que la causa de temporalidad de ese contrato de interinidad no sería la incapacidad temporal de un trabajador, ni la existencia de plaza vacante, sino la necesidad de sustituir al trabajador que está temporalmente desempeñando otra ocupación, con independencia del motivo que provoca ese cambio temporal de ocupación -institución cuya licitud se asume por la juzgadora-, porque en ambos casos son contratos de interinidad por sustitución de un concreto trabajador y por una causa determinada.

NOVENO.- Pero incluso rechazando la existencia de desestimación tácita, cuando el vicio de nulidad denunciado es la incongruencia omisiva de la sentencia, la nulidad de tal resolución para el dictado de una nueva por juzgado *a quo*, al efecto de que se pronuncie sobre los extremos omitidos, solo se podría acordar, de acuerdo con el artículo 202.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, cuando el relato de hechos probados -o en su caso, los "antecedentes no cuestionados" mencionados en el 202.3- fueran insuficientes para que la Sala resolviera sobre el fondo de la cuestión litigiosa. Cuestión de insuficiencia del relato fáctico que debe examinarse conjuntamente con el motivo de crítica jurídica en el que la actora denuncia el "doble fraude" en su contratación temporal. Procede, por lo expuesto, desestimar el motivo de nulidad planteado.

DÉCIMO.- En el primer motivo de examen de infracciones de normas sustantivas o





jurisprudencia, del artículo 193.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la actora denuncia infracción del artículo 15.1.c del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 4.1 del Real Decreto 2720/1998 y 15.4 del Estatuto de los Trabajadores. Resumidamente, lo que plantea la recurrente en el motivo es que no procedía acudir al contrato de interinidad en ninguno de los dos suscritos por la demandante porque el cambio temporal de ocupación es una suerte de movilidad funcional que no genera reserva del puesto de trabajo en virtud de norma legal, convenio colectivo o acuerdo individual, alegando la actora que el contrato de interinidad por sustitución solo cabe en casos de suspensión del contrato de trabajo del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, entre las cuales no está la movilidad funcional, y que tampoco se celebraron los contratos para cubrir temporalmente una plaza vacante mientras durara el proceso para su cobertura definitiva, no encajando por tanto los contratos en ninguno de los supuestos en los que legalmente cabe acudir a un contrato de interinidad.

UNDÉCIMO.- El artículo 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores permite celebrar contratos de duración determinada *"Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución"*, estableciendo el llamado contrato de interinidad. La norma reglamentaria de desarrollo (el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre) regula este contrato de interinidad en su artículo 4, que establece en su apartado 1 que *"El contrato de interinidad es el celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual"* y que *"El contrato de interinidad se podrá celebrar, asimismo, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva"*, mientras que el apartado 2 establece el régimen jurídico de esta modalidad contractual, indicando en el apartado a) que *"El contrato deberá identificar al trabajador sustituido y la causa de la sustitución, indicando si el puesto de trabajo a desempeñar será el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar el puesto de aquél. En el supuesto previsto en el segundo párrafo del apartado 1, el contrato deberá identificar el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna"*, y en el b) que *"La duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo. En el supuesto previsto en el segundo párrafo del apartado 1, la duración será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima"*.

DUODÉCIMO.- Doctrinalmente se solía sostener que el contrato de interinidad por sustitución de trabajador con derecho a la reserva del puesto de trabajo solo cabe cuando el contrato del sustituido ha quedado en suspenso por alguna de las causas contempladas en el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores. En parte debido a ello se viene manteniendo por la jurisprudencia que no cabe el contrato de interinidad para sustituir a trabajadores en vacaciones *"puesto que la ausencia por vacaciones no es una situación de suspensión del contrato de trabajo con derecho a reserva de plaza, sino una mera interrupción ordinaria de la prestación de servicios que no genera una vacante reservada propiamente dicha"*, aunque al propio tiempo se admite para estos casos el contrato temporal eventual por circunstancias de a producción (sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 2 de junio y 5 de julio de 1994, recursos 3222/1993 y 83/1994, y de 15 de febrero de 1995, recurso 1672/1994).





DECIMOTERCERO.- Sin embargo, literalmente ni el 15.1.c del Estatuto de los Trabajadores, ni el Real Decreto 2720/1998 equiparan "reserva del puesto de trabajo" a "suspensión del contrato de trabajo", ni tal equiparación de conceptos es deducible de la regulación del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores. Es más, el artículo 4.1 del Real Decreto 2720/1998 amplía la admisibilidad de la contratación de interinidad a todos los casos en los que la reserva de puesto de trabajo se establece no solamente en norma con rango legal (como en parte de los casos del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores) sino en convenio colectivo o pacto individual. Y la contratación interina se admite en ese Real Decreto 2720/1998 *"para complementar la jornada reducida de los trabajadores que ejerciten los derechos reconocidos en el artículo 37, apartados 4.bis y 5 del Estatuto de los Trabajadores, o en aquellos otros casos en que, de conformidad con lo establecido legal o convencionalmente, se haya acordado una reducción temporal de la jornada del trabajador sustituido"* (artículo 5.2.b), supuestos de jornada reducida que en modo alguno suponen suspensión del contrato de trabajo del trabajador sustituido.

DECIMOCUARTO.- No existe, por tanto, razón normativa actualmente para limitar las causas de "reserva del puesto de trabajo" que autorizan la contratación de interinidad solamente a las causas de suspensión del contrato de trabajo del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores. Lo importante es que se produzca una ausencia, total o parcial, de un trabajador que exceda de una *"mera interrupción ordinaria de la prestación de servicios"* -es decir, algo distinto de los periodos de descanso normales y más o menos cíclicos a los que tiene derecho cualquier trabajador y que por tanto la empresa ha de prever desde la misma suscripción del contrato de trabajo, como el descanso semanal, o las vacaciones-; una efectiva necesidad temporal de mano de obra para sustituir el puesto de trabajo dejado desocupado por un concreto trabajador; y que el trabajador sustituido tenga derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo por así disponerlo una norma legal o reglamentaria, un convenio colectivo, o un pacto individual con su empleador.

DECIMOQUINTO.- El primer Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA (Entidad Pública Empresarial AENA y Aena Aeropuertos, SA) regula, en su artículo 37, el denominado "Cambio temporal de ocupación", estableciendo en su apartado 1 que *"En caso de necesidad del servicio, todos los trabajadores que se encuentren en una ocupación concreta podrán ser destinados a otra con un salario de ocupación igual o superior por un período no superior a seis meses, en un período de doce meses desde la fecha de efectos de dicho cambio, reintegrándose a su anterior ocupación cuando cese esta necesidad"*.

DECIMOSEXTO.- No es un supuesto de suspensión del contrato de trabajo con derecho a reserva del puesto, que como señala la recurrente, el convenio colectivo regula en sus artículos 84 y 88, pues el contrato de trabajo subsiste en todo momento, solo que el trabajador sujeto al cambio temporal de ocupación no desempeña las funciones propias de su puesto de trabajo, sino un puesto de trabajo distinto. Pero tal trabajador mientras está realizando el cambio temporal de ocupación no desempeña las funciones propias de su puesto de trabajo de origen, sino otras distintas, y la empresa puede tener una efectiva necesidad de que otra persona desempeñe las funciones del puesto de trabajo que queda desocupado, pero no vacante, y por tanto no susceptible de ser cubierto, de forma definitiva, por otro trabajador de la empresa, en la medida en que el trabajador que realiza el cambio temporal de ocupación debe





reintegrarse a su puesto de origen al finalizar el cambio. Es una situación semejante a las comisiones de servicios previstas para los funcionarios (por ejemplo, artículo 64 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo) y que, en parte, deriva del sistema reglado de ingreso, promoción interna y traslados voluntarios que rige en la empresa demandada, y en parte, del origen público de la sociedad demandada y cierta persistencia de un sistema cerrado de relaciones de puestos de trabajo como en las administraciones públicas. En el convenio colectivo, además, el cambio temporal de ocupación se configura tanto como una potestad empresarial como un derecho de los trabajadores -que pueden obviamente tener interés en realizar, temporalmente, un puesto de trabajo de superior categoría y mejor remunerado-, regulándose la constitución de una bolsa de voluntarios para esos cambios temporales de ocupación y el orden de prelación entre los posibles interesados (apartado 7 del artículo 37 del convenio colectivo), y está sujeto a varios controles (como la duración máxima de cada cambio temporal de ocupación, tener que acudir a la provisión definitiva si en ese plazo máximo persiste una vacante de necesaria cobertura, no consolidación de la categoría superior por el mero desempeño de la misma, etc.).

DECIMOSÉPTIMO.- Desde el momento en que el convenio colectivo permite no solo esa movilidad funcional, temporal y reglada, sino que además prevé que al finalizar la misma -por fin de la causa motivadora del cambio temporal de ocupación, o del plazo máximo de 6 meses en un periodo de 12 meses en que cada trabajador individual puede ser objeto de ese cambio- los trabajadores que hayan tenido ese cambio temporal reintegrarán a su anterior ocupación -es decir, a su anterior puesto de trabajo-, la conclusión es que el hecho de que a un trabajador de la empresa demandada se le haya concedido un cambio temporal de ocupación constituye causa lícita para celebrar el contrato de interinidad por sustitución. En cierto modo, no deja de ser el supuesto previsto en el artículo 4.2.a del Real Decreto 2720/1998 (cuando el interino cubre el puesto del trabajador sustituto y no del sustituido). Y, como señaló la juzgadora de instancia, la causa sería la ausencia temporal del trabajador de su puesto de trabajo ordinario a causa del cambio temporal de ocupación. Procede por tanto desestimar el motivo.

DECIMOCTAVO.- En el segundo motivo de examen de infracciones de normas sustantivas la actora vuelve a denunciar infracción de los artículos 15.1.c y 4.1 del Estatuto de los Trabajadores, insistiendo en la existencia de un “doble fraude” en las contrataciones porque lo que se está persiguiendo es evitar cubrir de forma definitiva la vacante de Coordinador del Área de Movilidad haciendo un uso abusivo de los cambios temporales de ocupación previstos en el artículo 37 del convenio colectivo.

DECIMONOVENO.- En la demanda no se alegaba en realidad que el uso de la facultad del 37 del convenio colectivo por parte de la empresa fuera abusiva, sino que la actora consideraba que se tenía que haber suscrito el primer contrato de interinidad para sustituir al trabajador que estaba en incapacidad temporal, y con respecto al segundo contrato, que la plaza que ocupaba D^a. [REDACTED] de forma temporal fue cubierta luego por otro cambio temporal de ocupación, por otro trabajador, que a su vez fue sustituido por otra persona, entendiéndose la actora que tenía que haber sido llamada ella porque así se lo habían asegurado. Las alegaciones sobre que la empresa está demorando indebidamente la cobertura definitiva de la plaza de Coordinador del Área de Movilidad es, por tanto, una cuestión nueva, no deducida en la instancia y que no puede introducirse de forma sorpresiva en suplicación. Y tal carácter de cuestión nueva basta para rechazar el segundo motivo de recurso.





VIGÉSIMO.- En cualquier caso, se podría aplicar al presente caso lo resuelto, en un asunto semejante y ante análogas alegaciones, por la sentencia de 3 de abril de 2008, recurso 46/2008, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en la cual, asumiéndose que es lícito acudir a la contratación interina para sustituir a trabajadores en cambio temporal de ocupación, con respecto a la alegación de abuso de esos cambios temporales de ocupación la citada Sala de lo Social, citando una previa sentencia suya de 9 de mayo de 2007, señala que *"Si existe atisbo de abuso en la reiterada contratación del actor en calidad de interino -acaso favorecida porque pertenezca a la bolsa de candidatos en reserva que previene el art. 25 del Convenio - no será, obviamente, porque aquél reemplaza a operarios en situación de incapacidad temporal, sino porque llena el hueco que provoca la asignación de los sustituidos a realizar cambios temporales de ocupación en la sola medida que cupiera inferir que esas asignaciones temporales reflejan una insuficiencia estructural de la plantilla fija. En el presente proceso, empero, se da una absoluta carencia de los elementos de juicio imprescindibles para valorar en profundidad y con un mínimo de acierto una cuestión en la que está implicada la política global de empleo que sigue la empresa. Conviene destacar, en este aspecto, el cuidado que pone el Convenio Colectivo en reglamentar las materias relativas a provisión de puestos de trabajo, contratación, ingreso y promoción. No sobra señalar así que su art. 37 regula con detalle el ejercicio de la facultad empresarial de hacer cambios temporales de ocupación sujetándolo a ciertos requisitos, que, en determinadas hipótesis, incluyen la previa obligación de publicar la necesidad de servicio e informe favorable del Comité de Centro, con el consiguiente efecto de control del uso que la empresa hace de esa facultad. El numeral séptimo del artículo añade que si superados los plazos máximos de duración del cambio "existiera una ocupación vacante de necesaria cobertura, deberá ser provista a través de los procedimientos establecidos en el presente Convenio Colectivo". Que exista vacante de esa índole, y que la contratación del actor como interino sea el mecanismo con el que indebidamente se cubra son extremos que en absoluto se desprenden del relato judicial de hechos probados"*.

VIGESIMOPRIMERO.- En el presente caso no se puede hablar de una demora indebida en la cobertura definitiva de la plaza de Coordinador de Operaciones del Área de Movimiento porque, en primer lugar, se desconoce cuantas plazas de esa categoría hay en el aeropuerto de Tenerife Norte, impresionando, no obstante, que debe haber al menos dos, pues los cambios temporales de ocupación recogidos en el hecho probado 2º eran ambos para cubrir un puesto de esa categoría, y sin embargo dio lugar a dos cambios de ocupación distintos, de diferente duración y parcialmente simultáneos (uno de marzo a septiembre, y otro de mayo a noviembre); la propia demanda alega que el primer cambio temporal de ocupación fue por enfermedad del trabajador que desempeñaba el puesto de Coordinador, y el segundo, por vacante de plaza. Incluso asumiendo que el segundo cambio temporal de ocupación fuera por vacante de la plaza, no consta desde cuando existía esa vacante, ni del tipo que era -solo las vacantes "previsiblemente definitivas" son las que se tienen que sacar a provisión definitiva por la empresa-, ni tampoco si el tercer cambio temporal de ocupación referido en la demanda era o no relativo a la misma plaza de coordinador. Falta de hechos probados que no deriva de una insuficiencia de pronunciamiento sobre hechos litigiosos, sino que directamente trae causa de que el alegado abuso por dilatarse la empresa en la cobertura definitiva de la plaza de coordinador no se planteó en la instancia. No hay, por tanto, datos de hecho que permitan concluir que la empresa ha hecho uso desviado y abusivo de los cambios temporales de





ocupación previstos en el artículo 37 de su convenio colectivo para remediar insuficiencias estructurales de su plantilla fija, o evitar la cobertura definitiva de vacantes, lo cual obligaría en todo caso a desestimar el motivo.

VIGESIMOTERCERO.- En el tercer y último motivo de crítica jurídica denuncia infracción, por inaplicación, de la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, pues contra el criterio de la sentencia de instancia, considera la recurrente que ni los distintos objetos, ni la breve duración de los contratos de interinidad justifican apartarse del criterio de la doctrina comunitaria sobre indemnizaciones a trabajadores interinos por finalización de su contrato. Lo primero porque considera que lo único que cambió en los contratos eran las personas sustituidas, pero no su objeto; y lo segundo porque lo determinante es que se hayan realizado las mismas funciones que un trabajador fijo comparable, y no el tiempo en que se hayan desempeñado tales funciones, afirmando que en el presente caso la demandante hizo el mismo trabajo que las personas a las que sustituyó.

VIGESIMOCUARTO.- La denuncia debe ser acogida, aunque solo en parte. La aludida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 resuelve que la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador como consecuencia de la finalización de un contrato de duración determinada entra dentro del concepto de “condiciones de trabajo” a que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y que esa misma cláusula *“debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que esta trabajadora haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicha trabajadora tenga derecho a la mencionada indemnización”*.

VIGESIMOQUINTO.- La juzgadora considera que no se puede equiparar la situación de la demandante a la de un “trabajador fijo comparable” porque debido a la brevedad de la duración de sus contratos no se podía determinar si la trabajadora cumplía los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo de que se trata o efectuaba el mismo trabajo que la persona a la que reemplazó de forma tan provisional. Pero el argumento no se puede acoger por la Sala, porque precisamente el hecho de haber suscrito la demandante contratos de interinidad por sustitución de trabajadores que estaban en cambio temporal de ocupación implica necesariamente que tenía que reunir los mismos requisitos de formación que los trabajadores sustituidos, y por otro que las funciones desempeñadas por la demandante eran las mismas que las de los trabajadores sustituidos, pues de lo contrario esos contratos de interinidad hubieran incurrido en fraude de ley.

VIGESIMOSEXTO.- Así que, acatando la Sala la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenida en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (aunque sin ignorar que el Tribunal Supremo, recientemente, ha acordado plantear una nueva cuestión prejudicial sobre el mismo tema, la Sala considera que por discutible que sea el criterio de la sentencia de 14 de





septiembre de 2016, lo resuelto en ella, para un caso esencialmente idéntico al presente, es muy claro), la demandante tendría derecho a una indemnización igual a la de los despidos objetivos (20 días de salario por año de trabajo) por la finalización del contrato de interinidad por sustitución, si esa extinción se produce por la causa válidamente consignada en el contrato, de reincorporación del trabajador sustituido.

VIGESIMOSÉPTIMO.- En el presente caso, el primero de los contratos de interinidad finalizó no por reincorporación del trabajador sustituido, sino porque la actora renunció a tal contrato, sin duda con la finalidad de suscribir el segundo. Desde el momento en que se ha concluido que ese primer contrato era ajustado a derecho, como la dimisión del trabajador es una causa de extinción común a todo tipo de contratos de trabajo (tanto de duración determinada como indefinida), que no genera derecho alguno a indemnización a favor del trabajador (artículo 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores), no se puede reconocer a la demandante indemnización por tal causa de extinción, pues a un trabajador por tiempo indefinido comparable que hubiera dimitido del contrato tampoco tendría derecho a indemnización alguna.

VIGESIMOCTAVO.- En el segundo contrato la extinción se produjo por finalizar el cambio temporal de ocupación de la trabajadora sustituida y tener la misma que reintegrarse a su puesto de trabajo; es decir, por la causa válidamente consignada en el contrato de interinidad. En este caso sí que procede aplicar la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, por lo que, habiendo durado el segundo contrato del 3 de mayo al 1 de noviembre de 2016 (5 meses y 29 días, que han de asimilarse a seis meses completos, Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2007, recurso 4181/06), la indemnización de 20 días de salario por año de servicio representaría 10 días del salario prorrateado de la demandante (el mensual prorrateado de 2.416,28 euros, multiplicado por 12 mensualidades y dividido entre 366 días por ser bisiesto 2016; Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005, recurso 2531/04; 30 de junio de 2008, recurso 2639/07; 24 de enero de 2011, recurso 2018/10 o 9 de mayo de 2011, recurso 2374/10), es decir, (79,23 euros * 10 días) 792,30 euros. Procediendo en consecuencia la revocación parcial de la sentencia de instancia al objeto de reconocer a la demandante el derecho a esta indemnización.

VIGESIMONOVENO.- De conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, al estimarse en parte el recurso no puede hablarse de parte vencida en el mismo, y por ello no procede la imposición de costas.

FALLAMOS

PRIMERO: Estimamos parcialmente el recurso de suplicación presentado por D^a. [REDACTED] frente a la Sentencia 96/2017, de 22 de febrero, del Juzgado de lo Social nº. 7 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos 947/2016, sobre declaración de improcedencia de despido.

SEGUNDO: Revocamos en parte la citada sentencia de instancia y, resolviendo el objeto de debate, estimamos parcialmente la demanda presentada por D^a. [REDACTED] y, en consecuencia:





1.- Declaramos el derecho de la demandante a percibir una indemnización de 792,30 euros con motivo de la extinción del contrato de interinidad por sustitución suscrito el 3 de mayo de 2016.

2.- Condenamos a la demandada "Aena, Sociedad Anónima" a estar y pasar por la anterior declaración y a abonar a la demandante la indemnización referida de 792,30 euros, con la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial en la forma y límites legalmente establecidos.

3.- Se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia relativos a la desestimación de la acción de despido.

TERCERO: No se hace expresa imposición de costas de suplicación.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 7 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez firme esta sentencia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Se informa a las partes que contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011, de 11 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o causahabiente suyos, y no goce del beneficio de justicia gratuita, efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 euros, previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como, de no haberse consignado o avalado anteriormente, el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado o transferido en la cuenta corriente abierta en la entidad "Banco Santander" con IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 y número 3777 0000 66 0451 17, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo.

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

