

Documento TOL6.870.050

Jurisprudencia

Cabecera: Obligacion de reserva del puesto de trabajo. Contrato temporal. Despido improcedente

El artículo 15. 1 ley del estatuto de los trabajadores dispone en su apartado c) que podrán celebrarse contratos de duracion 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 des sustituido y la causa de sustitucion añadiendo el número 3 que se presumirán por tiempo indefinido los **contratos temporales celebrados en fraude de ley**.

El real decreto 2720/1998 de 18 de diciembre, que regula los contratos de duracion determinada, dispone en su artículo 4. 2. b) que la duracion del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la **reserva del puesto de trabajo** y en su artículo 8 dispone que el contrato de interinidad se extinguirá cuando se produzca cualquiera de las siguientes causas : 1, la reincorporacion del trabajador sustituido ; 2, el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación ; 3, la extinción de la causa que dio lugar a la **reserva del puesto de trabajo**.

PROCESAL: Postulacion. Fraude de ley. Abuso de derecho

Jurisdicción: Social

Ponente: [ANA GOMEZ HERNANGOMEZ](#)

Origen: Juzgado de lo Social

Fecha: 02/08/2018

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 328/2018

Número Recurso: 109/2018

Numroj: SJSO 3896:2018

Ecli: ES:JSO:2018:3896

ENCABEZAMIENTO:

JDO. DE LO SOCIAL N. 1

IBIZA/EIVISSA

SENTENCIA: 00328/2018

-

CALLE GASPAR PUIG Nª1 BIS

Tfno: 971.31.71.81

Fax: 971.19.17.00

Equipo/usuario: CRP

NIG: 07026 44 4 2018 0000111

Modelo: N02700

DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000109 /2018

Procedimiento origen: /

Sobre: DESPIDO

DEMANDANTE/S D/ña: Candelaria

ABOGADO/A: JOSE ANTONIO ROSELLO SERRA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO/S D/ña: AENA S.M.E., S.A.

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

SENTENCIA

En Ibiza, a 2 de agosto de 2018.

Vistos por mí, Dña. Ana Gómez Hernangómez, Juez Titular del Juzgado de lo Social nº 1 de Ibiza, los presentes autos nº **109/2018**, seguidos a instancia de Dña. Candelaria frente a AENA S.M.E, S.A., sobre despido, en los que constan los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- En fecha 08/02/2018 tuvo entrada en este Juzgado demanda suscrita por la parte actora, en la que después de alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes a su derecho, solicitó que se dictase sentencia por la que se declarara la nulidad o improcedencia del despido sufrido.

SEGUNDO.- Señalado día para la celebración del acto de conciliación y juicio los mismos tuvieron lugar el día **01/08/18** compareciendo ambas partes. En trámite de alegaciones la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda.

La demandada se opuso en los términos que constan en la grabación que obra en autos.

Se practicaron a continuación las pruebas propuestas y admitidas.

En conclusiones las partes solicitaron que se dictara sentencia de conformidad con sus pretensiones, quedando luego los autos vistos para sentencia.

PRIMERO.- La demandante Dña. Candelaria fue contratada por la demandada en fecha 23/08/2011, mediante contrato de duración determinada de interinidad para sustituir a otra trabajadora, con la categoría de TAPUC (no controvertido, contrato).

La ocupación fundamental de la categoría TAPUC es la atención a pasajeros (testifical de Elisa y Eloisa)

SEGUNDO.- La demandante, entre enero y diciembre de 2017, percibió los importes salariales que constan en sus hojas de salario, cuyas sumas y conceptos se dan aquí por reproducidos. Como conceptos fijos entre enero y mayo percibió cantidades en concepto de salario base, incentivo cumplimiento de

jornada, complemento de turnicidad, complemento de nocturnidad, cambio temporal ocupación, salario de ocupación, complemento flexibilidad jornada normal, plus transporte y complemento residencia Menorca/Ibiza. También percibió cada mes una suma variable en concepto de "abono comida sentencia" y desde mayo de 2017 recibía un complemento de puesto de trabajo de dirección estructural por importe de 922,47 euros, si bien en mayo fue de 830,22 euros y a partir de mayo de 2017 dejó de percibir el complemento de turnicidad, el de nocturnidad, el de cambio temporal de ocupación y el salario de ocupación. En concepto de plus transporte y abono comida sentencia ha percibido un total de 2.012,42 euros brutos a lo largo del periodo de enero a diciembre de 2017.

Ha percibido entre enero y diciembre de 2017 un salario que, promediado, importa un total de **2.698,26 euros mensuales brutos** con inclusión de prorratea de pagas extraordinarias (nóminas parte demandada, doc nº 2).

TERCERO.- El objeto del contrato consignado en el mismo era " *la sustitución temporal de la trabajadora Eva perteneciente a la ocupación de IC-13 técnico atención pasajeros, usuarios y clientes y adscrito al centro de trabajo de Aeropuerto de Ibiza, que se encontraba en situación de capacidad disminuida revisable, con derecho a reserva del puesto de trabajo* ". (contrato, doc 1 demandada).

Previamente se había celebrado por la empresa contrato de duración determinada de interinidad en fecha 26/04/2008 y en fecha 09/09/2010 por la misma causa con los trabajadores Sra. Arcadio y Sr. Pedro Miguel respectivamente (doc nº 8 -f.34- y documento nº 6 demandada y resumen documento nº 11 demandada).

CUARTO.- La Sra. Eva fue declarada por el Servicio de Salud Laboral de Aena APTA CON RESTRICCIONES para realizar turnicidad y nocturnidad así como atención directa al pasajero en fecha 02/04/2008 (f.25 demandada doc nº 5).

Mediante escrito de fecha 03/04/2008 RRHH requirió a la responsable de Salud Laboral del Aeropuerto de Ibiza la viabilidad de dicha trabajadora para efectuar sus funciones en la misma ocupación relajando jornada en modalidad de jornada normal y sin atención directa con el pasajero (f. 24 ramo prueba demandada), lo que fue contestado en sentido favorable (f. 23).

En fecha 28/02/2013 por parte de la misma responsable de salud laboral se realiza informe en que se indica que " *realizada evaluación de la aptitud médico laboral de Eva, considero que es apta para su ocupación con restricciones para realizar turnos*" (f. 22 ramo prueba demandada).

QUINTO.- Desde el año 2008 la Sra. Eva no realizó funciones que incluyeran turnicidad y nocturnidad ni atención directa al pasajero. Estaba en la oficina de servicios realizando trabajo más administrativo como memorias para pedidos, temas de señalética para el aeropuerto, informes de sistemas, objetos perdidos, preparaba documentación de donaciones para luego donarlos a Cáritas, hacía tarjetas para los trabajadores q lo solicitaban en la Oficina de Seguridad,

En mayo de 2017 la Sra. Eva volvió a la Oficina del Pasajero, donde no realizaba turnos, siendo en enero de 2018 cuando se ha reincorporado plenamente en el ejercicio de las funciones propias de la categoría TAPUC, y entre ellas, la realización de turnos.

(testifical de Elisa y Eloisa)

SEXTO.-La demandante fue nombrada de forma temporal para el puesto de Ejecutivo de Servicio con efectos de 04/05/17 mediante estipulación de fecha 28/04/17 (doc nº 4 demandada, cuyo contenido se da por íntegramente reproducido).

SÉPTIMO.- En fecha 04/05/2017 se celebró contrato temporal de interinidad entre la empresa demandada y la Sra. Pedro Miguel siendo la causa "adjudicación provisional puesto de estructura" para sustituir a trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo (doc nº 7 demandada).

OCTAVO.- En fecha 20/12/2017, tras solicitud presentada por la trabajadora Sra. Eva (f. 19) solicitando la revisión de su capacidad disminuida, y a la vista de los informes que aportó aquella, se le considera por

la Médico del Trabajo de Aena a esta APTA para la ocupación IC13 Técnico Atención a Pasajeros, Usuarios y Clientes (f. 21 ramo prueba demandada).

NOVENO.- El día 22/12/17 la demandada entregó a la actora carta, que se da por reproducida, en la que se le comunicaba la extinción de su contrato con efectos de 31/12/17 por "hacerse efectiva la incorporación de la trabajadora sustituida" (doc nº 3 demandada, no controvertido).

DÉCIMO.- La demandante ha venido realizando las funciones de TAPUC durante casi 6 años en la empresa demandada y desde mayo de 2017 ocupaba el puesto de Ejecutivo de Servicio (no controvertido).

A lo largo de 28 años, en cinco ocasiones la empresa ha procedido a iniciativa de la misma a reclasificar a trabajadores que se hallaban en situación de capacidad disminuida provisional, (testifical de Eloisa)

UNDÉCIMO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de representante de los trabajadores. (no controvertido)

DUODÉCIMO.- La conciliación previa fue intentada con el resultado de sin avenencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- En cumplimiento de lo exigido en el apartado 2º del art. 97 de la LRJS debe hacerse constar que la anterior declaración de hechos probados es resultado de la crítica valoración de la prueba practicada en el acto del juicio, singularmente de la que se ha consignado entre paréntesis en cada uno de los hechos probados, para mayor claridad expositiva.

En cuanto al salario regulador, siendo controvertido, se dejan probados los hechos necesarios para determinar mediante la correspondiente operación jurídica, el que deba reputarse regulador del despido.

El interrogatorio de Tarsila, Jefa de RRHH de la empresa en el aeropuerto de Ibiza, se realizó en calidad de testigo, por desistir la parte demandante del interrogatorio de la empresa, si bien esta era la persona propuesta por la empresa para responder a aquel, por ser conocedora de los hechos controvertidos. Es por ello que, en cualquier caso, tratándose de una persona ligada a la empresa, y que intervino en la decisión del despido de la trabajadora, le es de aplicación la previsión del art. 92.3 LRJS, por lo que su testimonio poca relevancia tiene al haber sido acreditados por otros medios los hechos probados, y tratándose de una cuestión jurídica la controvertida en estos autos. Es por ello que su testimonio, en la medida en que no venga refrendado por otros medios de prueba objetivos, no dispone de capacidad probatoria. Así, por ejemplo, la misma indicó que los médicos siempre les habían comunicado que las restricciones de la trabajadora sustituida eran de carácter temporal, pero ello no viene corroborado por la documental obrante en autos.

SEGUNDO.- La empresa ha comunicado a la actora la extinción de su contrato de duración determinada de interinidad por causa de "hacerse efectiva la incorporación de la trabajadora sustituida". La actora impugna tal decisión extintiva alegando que la relación laboral debe reputarse indefinida en la medida en que el contrato supone un "fraude de ley" por cuanto no respondía a una necesidad de carácter temporal ya que cuando el mismo se firmó la trabajadora sustituida llevaba más de dos años en situación de capacidad disminuida y por tanto tal situación tenía ya carácter definitivo.

TERCERO.- El art. 15.1 ET dispone en su apartado c) que "*podrán celebrarse 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*" añadiendo el nº 3 que "*se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*". Por su parte dispone el art. 49.1.b) ET que "*el contrato de trabajo se extinguirá "por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario*".

El Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre, que regula los contratos de duración determinada, dispone en su artículo 4.2.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*" y en su artículo 8

dispone que " *El contrato de interinidad se extinguirá cuando se produzca cualquiera de las siguientes causas: 1, la reincorporación del trabajador sustituido; 2, el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación; 3, la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo (...)*". Añade por último el segundo inciso del apartado 2 de dicho precepto que " *Producida la causa de extinción del contrato de interinidad, si no hubiera denuncia expresa y el trabajador continuara prestando sus servicios, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación*".

Pues bien, la causa de temporalidad que consta en el contrato de la demandante y que alega la demandada en su oposición como causa válida en la capacidad disminuida de la trabajadora sustituida, la Sra. Eva, cuestión a la que el Convenio de aplicación dedica su artículo 35.

Así, dispone el art. 35 del I Convenio colectivo del grupo de empresas AENA (Entidad Pública Empresarial AENA y Aena Aeropuertos, S.A) que:

Artículo 35. Capacidad disminuida.

1. Capacidad disminuida es la situación en la que se encuentra el trabajador que tenga una limitación funcional o psíquica, derivada de enfermedad común o profesional, accidente o desgaste físico natural, por razón de edad, cuando esta limitación afecte, en general, al desempeño de las funciones propias de su ocupación o régimen de trabajo, impidiéndole desarrollar de forma correcta los cometidos correspondientes, previo informe del Área de la Especialidad de Medicina del Trabajo del Servicio de Prevención de la entidad y/o sociedad del Grupo Aena afectada y salvo informe médico contradictorio emitido por los Servicios Médicos de la Seguridad Social, en cuyo caso se resolverá en el grupo de trabajo creado a tal efecto en el seno del CESS, con arreglo a los procedimientos establecidos al efecto.

El trabajador en esta situación, será acoplado, en un plazo máximo de tres meses, a otra ocupación compatible con sus limitaciones y aptitudes profesionales o, en el caso de que la limitación permita la realización de una parte de las funciones básicas de su puesto de trabajo, podrá permanecer en la misma ocupación, con las restricciones que determine el informe médico.

2. Igualmente, podrán ser acoplados, previa petición del trabajador, a otra ocupación, aquellos que, tras la resolución del oportuno expediente, sean declarados, por el órgano competente de la Seguridad Social, en la situación de Incapacidad Permanente Parcial para la profesión habitual.

3. A efectos de la asignación de la nueva ocupación, derivada de lo dispuesto en los apartados anteriores, se requerirá el informe preceptivo y favorable de la representación laboral, que será emitido en el plazo de diez días hábiles desde la fecha en que les hubiese sido comunicado, oficialmente, el inicio del trámite de cambio de ocupación.

4. El personal, acoplado a otra ocupación de igual o inferior nivel económico por capacidad disminuida, con Incapacidad Permanente Parcial, o aquellos a los que la limitación permita permanecer en la misma, percibirá las retribuciones correspondientes a su anterior ocupación y puesto de trabajo.

Si el desempeño de la nueva ocupación conllevara la percepción de Complementos de idéntica naturaleza a los que tuviera reconocidos en su anterior ocupación, los mismos serán incompatibles entre sí, percibiendo el trabajador aquél o aquellos que le sean más favorables.

5. En el caso de que las circunstancias que motivaron la limitación en el desempeño de las funciones propias de su ocupación o régimen de trabajo, o la situación de Incapacidad Permanente Parcial para la profesión habitual se modifiquen, el trabajador podrá ser acoplado a otra ocupación compatible con sus limitaciones y aptitudes profesionales. En el caso de que desaparezcan, será acoplado a su anterior ocupación y puesto de trabajo.

El trabajador en esta situación de capacidad disminuida provisional deberá pasar

reconocimiento médico obligatorio al menos con una periodicidad anual. A efectos de acoplamiento del nuevo puesto de trabajo derivado de lo dispuesto en el apartado anterior, se requerirá el informe preceptivo y favorable de la representación laboral, que será emitido en el plazo de diez días hábiles

desde la fecha en que les hubiese sido comunicado oficialmente, el inicio del trámite de cambio de puesto.

6. En los casos de declaración, por los órganos competentes de la Seguridad Social, de Incapacidad (en sus grados de Permanente Total, Absoluta y Gran Invalidez), se abonará al trabajador afectado, en el momento de la extinción de su contrato laboral, una cantidad tal que sumada a los derechos que este tenga consolidados en el Plan de Pensiones en el momento de producirse la contingencia de incapacidad, sea equivalente al menos a tres mensualidades de la Base de Cálculo y del Complemento de Antigüedad.

Los derechos consolidados a computar serán los derivados de la aportación inicial, reconocida al trabajador en concepto de servicios pasados, y de las aportaciones de escala.

7. Los trabajadores, una vez transcurridos dos años, en situación de capacidad

disminuida de carácter definitivo, podrán solicitar la reclasificación profesional con carácter definitivo a la ocupación que vengan desempeñando. Esta solicitud será resuelta favorablemente siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

- Certificado del área de medicina del trabajo del servicio de prevención de la entidad y/o sociedad del Grupo Aena afectada, de que se mantienen las limitaciones funcionales o psíquicas que dieron lugar a la resolución de acoplamiento por capacidad disminuida y la no incompatibilidad de esas limitaciones con las funciones a desempeñar en el nuevo puesto. En caso de discrepancia se resolverá en el grupo de trabajo creado a tal efecto en el seno del CESS, con arreglo a los procedimientos establecidos al efecto.

- Llevar más de dos años a la fecha de la solicitud acoplado a la ocupación a la que se solicite la reclasificación.

- La resolución de reclasificación llevará aparejada la adecuación de las retribuciones del trabajador/a afectado a las correspondientes a la nueva ocupación, así como el reconocimiento de la antigüedad en la ocupación desde la fecha de acoplamiento.

8. En ningún caso tendrán consideración de capacidad disminuida las situaciones

derivadas de riesgo en el embarazo y lactancia".

CUARTO.- Mantiene la empresa que siempre la trabajadora sustituida se ha hallado apta con restricciones y por eso ha permanecido la causa justificativa de la temporalidad del contrato de la demandante, hasta que finalmente se levantaron aquellas restricciones, lo que provocó la extinción del contrato de la demandante.

El apartado 5 del precepto citado, en su segundo párrafo, es muy claro cuando establece que "*El trabajador en esta situación de capacidad disminuida provisional deberá pasar reconocimiento médico obligatorio al menos con una periodicidad anual*".

De él resulta que la causa que motiva la contratación temporal de la actora, una capacidad disminuida provisional, es también temporal. Dicha disminución de capacidad se inició en el año 2008 y debía de ser revisada cada año según dispone el precepto convencional. Por parte de la empresa se ha incumplido esta obligación de reconocimiento médico de la trabajadora sustituida, siendo que esta es precisamente la circunstancia que motivaba el contrato de la demandante y siendo que de la modificación o desaparición de las circunstancias que motivaron la limitación en el desempeño de las funciones depende que el trabajador sea acoplado a otra ocupación o a su anterior ocupación en caso de desaparecer, como claramente dispone el primer párrafo del apartado 5 del art. 35.

Así pues, en el caso de autos ciertamente la contratación temporal era procedente en su inicio, cuando se celebró el primer contrato de interinidad con la Sra. Arcadio en el año 2008, pues se acreditaba la causa de temporalidad (al haber sido la trabajadora reconocida médicamente ese mismo año siendo calificada como "con restricciones"), pero dejó de serlo cuando transcurre todo este tiempo sin que por la empresa se hagan las comprobaciones oportunas. Sobradamente la empresa podría haber procedido a revisar si

había mejorado la situación de la trabajadora sustituida especialmente cuando vuelve a celebrar nuevo contrato de interinidad por la misma causa en el año 2010 y nuevamente en 2011 con la trabajadora demandante en este caso. Desde la declaración de apta con restricciones inicial de la Sra. Eva en 2008 hasta el cese de la relación laboral de la demandante en 2017 sólo una vez se procedió a realizar reconocimiento médico a la trabajadora sustituida, en 2013. Así las cosas, la provisionalidad de la capacidad disminuida de la trabajadora sustituida ha desbordado el plazo de un año máximo de revisión, para la reserva de puesto de trabajo, al exceder el plazo convencionalmente fijado para la comprobación de dicho requisito, y por tanto, para la causa de la sustitución que motiva la duración determinada del contrato de la demandante, por lo que no se entiende que la duración abusiva de la temporalidad pactada con la trabajadora constituya fraude de ley, sancionado en el art. 15 ET con su declaración de laboralidad indefinida.

Por lo tanto, no radica la cuestión esencial del procedimiento en determinar si por la demandante se llevaban o no cabo funciones propias de la trabajadora sustituida o si era procedente el nombramiento como Ejecutiva de Servicio o qué funciones ha venido desarrollando la Sra. Eva durante el tiempo en que ha tenido vigencia el contrato de la demandante pues la sentencia del TS de 30-4-94 en relación con un contrato de interinidad celebrado bajo la vigencia del RD 2104/84, declaró que el hecho de que la actora no pasara a ocupar el mismo puesto y funciones que la trabajadora sustituida no suponía un incumplimiento de tales exigencias; así, el supuesto en que un trabajador es asignado a un puesto diferente al del sustituido no es constitutivo de fraude de ley, y así lo viene entendiendo - además de la sentencia del TS ya citada - la doctrina de suplicación, en la que pueden citarse las sentencias de las Salas de lo Social de los TSJ de Cataluña 8-3-05, Canarias - Santa Cruz de Tenerife - 21-5-02, Canarias - Las Palmas 8-2-96, Andalucía - Málaga - 17-3-00, País Vasco 1-3-05, 27-11-02 y 17-6-96, y Madrid de 4-4-05, 1-3-04, 6-3-06, 16-3-09, entre otras.

La cuestión es que la empresa demandada no ha acreditado la concreta causa de temporalidad porque no ha respetado las exigencias del convenio para los casos en que un trabajador está en situación de capacidad disminuida provisional. Por eso tampoco puede estarse a las previsiones del apartado 7 del art. 35 del Convenio, en que se basa la empresa para justificar que no concurre la situación de capacidad disminuida de carácter definitivo, y ello porque, reiterando lo ya dicho, lo que le correspondía a la empresa era acreditar las causas de la temporalidad, y las mismas no han sido probadas, durante los 10 años que ha durado dicha capacidad disminuida de la trabajadora sustituida, entendiendo que se trata de un periodo de tiempo muy largo en que la empresa ha incumplido con su obligación acudiendo al mecanismo de la temporalidad cuando ello no venía reforzado por ningún informe médico que así lo mantuviera. El último informe es del año 2013, donde además ya habían desaparecido dos de las tres restricciones iniciales, y por tanto, ninguna justificación se encuentra a la no observancia por la empresa del deber de pasar reconocimiento médico obligatorio que exige el art. 35.5 del Convenio.

No existía, pues, reserva del puesto de trabajo que haya motivado el regreso de la Sra. Eva con desplazamiento de la demandante, porque no se ha acreditado por la empresa que la capacidad disminuida haya sido provisional durante todo el tiempo de duración del contrato de la demandante. Es más, ha sido a instancia de la trabajadora que se ha procedido a realizarle reconocimiento médico, y no a instancia de la empresa, pese a las previsiones del Convenio. Esa no es la finalidad prevista en el art. 15.1.c) ET, y por tanto se incurrió en un fraude legal que obliga a reputar a la trabajadora demandante como indefinida, y por ende el cese como un despido improcedente.

El empresario no puede acudir válidamente a la contratación de interinidad (a la que acudió) prevista en el art. 4 del RD 2720/1998 para otros supuestos que los previstos en la norma, que no incluyen el que una trabajadora permanezca en situación de capacidad disminuida provisional de manera indefinida, pues en ese caso no existe la reserva de puesto de trabajo a la que se refiere el precepto.

QUINTO.- Según cuanto se ha razonado la demanda debe ser estimada en su postulación principal, con los efectos previstos en el art. 56.1 ET. En relación con el salario a efectos de despido, fue discutido por la demandada el postulado en la demanda, alegando que el salario era de 2.101,13 euros, "calculado según la prorrata de las nóminas y deduciendo pluses como el de transporte por tener carácter indemnizatorio". La actora indicó que se basaba en el salario que se recoge en la última nómina, si bien en la demanda se postula el de 2.701,32 euros brutos mensuales con inclusión de prorrata de pagas extras.

Según reiterada jurisprudencia, para el caso de salarios estables, sin variables significativos, debe estarse al salario del mes anterior al despido. Cuando existen, como en este caso, conceptos variables de cierta entidad, debe tomarse el fijo del momento del despido, y calcular el variable mediante un prorrateo del percibido en los doce meses anteriores al despido. Ninguna de las partes explicaron la forma de cálculo del salario por ellas postulados, mencionando la demandada únicamente que se habían deducido algunos pluses que entendían que no tenía carácter salarial, pero sin mayor concreción.

Desde luego que a efectos de salario regulador sólo deben tenerse en consideración, a priori, los conceptos salariales. Ello debería suponer la exclusión, en este caso, de los complementos por "abono comida sentencia" y plus transporte y debe tenerse en cuenta el variable percibido en las nóminas desde mayo por el cambio de puesto de trabajo de la actora, así como los complementos que a partir de dicha fecha deja de percibir, lo que da lugar a un salario medio mensual de 2.698,26 euros mensuales brutos con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias.

Dado que la comunicación del despido tiene naturaleza recepticia, sus efectos no se despliegan hasta que se comunica al trabajador, lo que en este caso ocurrió el 22/12/17.

SEXTO.- La parte demandante indicó que en el caso de estimación de la demanda la opción entre readmisión e indemnización correspondía a la trabajadora en virtud del Convenio, siendo su deseo la readmisión, lo que se indicó de forma expresa.

A ello se opuso la demandada alegando que el TS se había pronunciado ya al respecto de este caso y aportando para ello la sentencia de TS de fecha 03/10/2011 en el Recurso para Unificación de doctrina nº 4649/2010 donde también era parte AENA y se realiza interpretación del art. 102 del Convenio de Aena.

Dispone el **art. 102 del Convenio** que:

" En los casos de resolución del contrato de trabajo de un trabajador de cualquiera de las entidades y/o sociedades que constituyen el Grupo Aena, por causa de despido, si la jurisdicción social declarase la improcedencia o nulidad de la medida extintiva, la opción entre la readmisión en el mismo puesto de trabajo y la indemnización alternativa corresponderá siempre al trabajador, que deberá ejercitarla dentro de un plazo máximo de cinco días hábiles, contados desde la fecha de la notificación de la resolución judicial. De no ejercitarse la opción en el plazo indicado, se entenderá que el trabajador opta por la readmisión".

La citada sentencia del TS, dictada en unificación de doctrina para un caso idéntico al de autos, recoge en su fundamento de derecho PRIMERO que la cuestión debatida consiste en determinar a quién (si empresa o trabajador), corresponde ejercitar la opción entre readmisión o indemnización, cuando la decisión extintiva del empresario anunciada a la teórica finalización de un contrato temporal de interinidad ha sido jurisdiccionalmente calificada como "despido improcedente" y el Convenio contiene la previsión del art. 102. Este es precisamente el caso de los presentes autos, y por tanto, asiste la razón a la parte demandada, pues en efecto el TS ya resolvió en esta sentencia (F.D. QUINTO) que:

"...en este orden de cosas, resulta imprescindible tener en cuenta que el precepto arriba transcrito se encuentra ubicado en el Capítulo -el XIII- del Convenio que regula el "Código de conducta y régimen disciplinario", lo que pone claramente de relieve que la intención de los negociadores colectivos, y de ahí esa localización sistemática, era la de otorgar la opción a los trabajadores únicamente en el caso de que, por haberseles imputado la comisión de alguna falta "muy grave" (art. 94.4) merecedora del despido, tal como prevé el art. 97.1.c) del propio Convenio , resultara aplicable el régimen disciplinario al que alude todo el Capítulo. Parece evidente que solamente a tales despidos, y cuando la decisión empresarial fuera judicialmente declarada nula o improcedente, la negociación colectiva, mejorando la previsión estatutaria (art. 56.1 ET), y de forma similar a como lo hace para el personal laboral fijo en el empleo público en general el art. 96 del Estatuto Básico aprobado por Ley 7/2007 , quiso conceder la opción al trabajador. Cabe concluir, en fin, en línea con lo que esta misma Sala Cuarta ha sostenido, entre otras, en las sentencias de 25-5-1999 -y las que en ella se citan-, R. 4086/96 , 21-9-1999, R. 213/99 , y 26-12-2000, R. 61/2000 , que la previsión convencional que mejora la legalidad estatutaria no puede extenderse mas allá del propio pacto, y ya hemos visto que el Convenio en cuestión sólo ha querido transferir la opción a favor de los trabajadores cuando se trata de despidos disciplinarios y éstos hayan sido declarados nulos o

improcedentes por la jurisdicción pero no así cuando la declaración de improcedencia traiga causa de cualquier defecto o irregularidad en los contratos suscritos por la entidad aquí demandada".

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, no puede estimarse la petición de la parte demandante, debiendo otorgarse la opción a la empresa.

SÉPTIMO.- Reclama la parte demandante en su demanda la imposición de las costas e imposición de multa a la parte demandada.

El art. 66.3 LRJS establece que si al acto de conciliación "*no compareciera la otra parte, debidamente citada, se hará constar expresamente en la certificación del acta de conciliación o de mediación y se tendrá la conciliación o la mediación intentada sin efecto, y el juez o tribunal impondrán las costas del proceso a la parte que no hubiere comparecido sin causa justificada, incluidos honorarios, hasta el límite de seiscientos euros, del letrado o graduado social colegiado de la parte contraria que hubieren intervenido, si la sentencia que en su día dicte coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación*".

Por su parte el artículo 97.3 LRJS dispone que:

"3. La sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con temeridad, así como al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente, una sanción pecuniaria dentro de los límites que se fijan en el apartado 4 del artículo 75. En tales casos, y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido, hasta el límite de seiscientos euros.

La imposición de las anteriores medidas se efectuará a solicitud de parte o de oficio, previa audiencia en el acto de la vista de las partes personadas. De considerarse de oficio la posibilidad de dicho pronunciamiento una vez concluido el acto de juicio, se concederá a las partes un término de dos días para que puedan formular alegaciones escritas. En el caso de incomparecencia a los actos de conciliación o de mediación, incluida la conciliación ante el secretario judicial, sin causa justificada, se aplicarán por el juez o tribunal las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 66".

Por ello, ante la incomparecencia de la demandada al acto de conciliación, siendo que en el acta del TAMIB consta debidamente citada y a la vista de que la demanda es íntegramente estimada coincidiendo plenamente su contenido con el de la papeleta (que obra en autos), se le debe imponer el abono de las costas, por un importe de **300 euros** sin que proceda multa adicional por no haberse alegado ni acreditado supuesto de mala fe o temeridad.

FALLO:

Que **ESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Dña. Candelaria frente a AENA S.M.E, S.A., sobre despido, y **DECLARO** la improcedencia del sufrido por la parte actora con fecha 22/12/17, condenando a la citada empresa a que readmita a la demandante en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido; o, a su opción, que debe ejercitar en el plazo de 5 días desde la notificación de esta sentencia, a indemnizarle en la cantidad de **19.316,58 euros**; y sólo en caso de optar por la readmisión, con el abono de los salarios dejados de percibir desde el día del despido a razón de **89,94 euros diarios**, sin perjuicio de los descuentos que legalmente procedan.

Se condena igualmente a la parte demandada al abono de las **costas**, a la parte actora, por un importe de **300 euros**.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Notifíquese esta sentencia a las partes con la advertencia de que contra la misma cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, debiendo anunciar el propósito de entablarlo dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la misma, por conducto de este Juzgado, siguiendo las prescripciones establecidas en los artículos 191 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, siendo indispensable que el recurrente que no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita acredite, al anunciar el recurso de suplicación, haber consignado en la cuenta nº 0493/0000/69/0834/13 de

"depósitos y consignaciones" de este Juzgado de lo Social en la entidad SANTANDER la cantidad objeto de condena, y en la cuenta 0493/0000/65/0834/13 la cantidad de 300 €, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito que quedará registrado y depositado en la Oficina Judicial, del que el Secretario expedirá testimonio para su unión a los autos, facilitando el oportuno recibo. En el caso de condena solidaria, la obligación de consignación o aseguramiento alcanzará a todos los condenados con tal carácter, salvo que la consignación o el aseguramiento, aunque efectuado solamente por alguno de los condenados, tuviera expresamente carácter solidario respecto de todos ellos para responder íntegramente de la condena que pudiera finalmente recaer frente a cualquiera de los mismos. Asimismo, todo el que, sin tener la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, anuncie recurso de suplicación, deberá consignar el depósito para recurrir de 300 euros en la citada cuenta, según lo dispuesto en el art. 229.1a) de la LRJS.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al número de cuenta del banco Santander 0049/3569/92/0005001274, IBAN ES55 y en el campo "BENEFICIARIO" introducir los dígitos de la cuenta expediente, haciendo constar el órgano para el cual se ingresa "JUZGADO DE LO SOCIAL IBIZA".

Así por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.