

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia 2279/2016 de 15 Nov. 2016, Rec. 1990/2016

Ponente: Iruretagoyena Iturri, Modesto.

LA LEY 168048/2016

CONTRATOS TEMPORALES. Equiparación de la indemnización con la de los trabajadores indefinidos, en aplicación de la sentencia del TJUE sobre equiparación de condiciones entre trabajadores. Derecho del trabajador con contrato de interinidad para sustituir a trabajadores indefinidos en su periodo de vacaciones a percibir una indemnización de 20 días por año trabajado, pues su situación laborable era semejante en comparación con la de los trabajadores indefinidos de la empresa. Todo ello, una vez que se ha determinado que no hubo fraude en el empleo de esta modalidad contractual para cubrir periodos vacacionales. VOTO PARTICULAR.

El TSJ País Vasco estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Vitoria y condena a la empresa a abonar al trabajador una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.

**A Favor: TRABAJADOR POR CUENTA AJENA.
En Contra: EMPRESA.**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación

SENTENCIA Nº: 2279/2016

1990/2016

N.I.G. P.V. 01.02.4-16/000125

N.I.G. CGPJ 01059.34.4-2016/0000125

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 15 de noviembre de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Teodoro y DELTA SEGURIDAD, S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Tres de los de VITORIA-GASTEIZ de fecha 22 de marzo de 2016 , dictada en proceso sobre DSP, y entablado por Teodoro frente a **DELTA SEGURIDAD, S.A.**

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- Que el actor D. Teodoro ha venido prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa DELTA SEGURIDAD, S.A., con antigüedad desde 16/02/2015, ostentando la categoría profesional de vigilante de seguridad en la empresa demandada, y con un salario bruto diario de 44,39 euros, con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Que el demandante ha desarrollado su actividad laboral para la empresa demandada en virtud de contrato de interinidad, durante los siguientes períodos:

- De 16/02/2015 a 2/11/2015, para la sustitución del trabajador Blas con derecho reserva puesto de trabajo (folios 25-32);

- De 3/11/2015 al 29/11/2015, para sustitución del trabajador Blas con derecho reserva puesto de trabajo (folio 25-32);

- De 30/11/2015 al 30/11/2015; para la sustitución del trabajador Blas con derecho reserva puesto de trabajo (folios 34-38); habiendo sido para la cobertura del puesto del mismo trabajador por razón de permiso sindical (folio 80), siendo el demandante concededor, tanto de la persona a la que iba a sustituir, como que la sustitución lo era por razón de "permiso retribuido" y no por vacaciones (prueba de interrogatorio).

- De 01/12/2015 al 15/12/2015; para la sustitución del trabajador Gabino con derecho reserva puesto de trabajo (folio 47-52);

TERCERO.- Que con fecha 29/11/2015 el Jefe de Seguridad, D. Manuel le comunicó al demandante de viva voz la finalización del contrato y que al día siguiente comenzaba otra sustitución, siendo que dicha nueva sustitución del día 30/11/2015 se la comunicó por escrito (testifical de D. Manuel),

CUARTO.- Que en virtud de comunicación del Jefe de Seguridad (D. Manuel), de fecha 1/06/2015 se indica al demandante que "realizará funciones de seguimiento y control en los servicios del grupo Delta". (folio 157). Asimismo, en virtud de escrito remitido por el Jefe de Seguridad (D. Manuel) a la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, de fecha de entrada 22/06/2015, relativo a los datos de los vigilantes de seguridad privada, consta la delegación de las siguientes facultades: autorización de traslado de armas, efectuar personalmente el traslado de armas, efectuar las comunicaciones con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, subsanar deficiencias y anomalías y dirigir e inspeccionar al personal y servicios de seguridad (folios 158-159).

QUINTO.- Que constan aportados a los autos las hojas de trabajo de los meses de abril y mayo en los cuales se observa que el demandante ha prestado servicios en EUSKOTRENBIDEAK, así como el número de horas mensuales que se dan por reproducidas (folios 178-179).

SEXTO.- Que constan aportados a los autos las hojas de trabajo del mes de mayo en el que se observa que el demandante ha prestado servicios en EUSKOTRENBIDEAK, así como el número de horas mensuales que se dan por reproducidas (folios 180- 181).

SÉPTIMO.- Que el trabajador D. Blas , a quien sustituyó el demandante, venía prestando sus servicios en el Parlamento Vasco, siendo que dicho servicio exige conocimientos de euskera. El demandante no acredita conocimientos de euskera para la cobertura de dicho servicio (testifical de D. Manuel).

OCTAVO.- Que el trabajador no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los

trabajadores.

NOVENO.- Con fecha 20/01/2016 tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Conciliación de la Delegación Territorial de Álava del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, con el resultado de sin efecto."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que previa desestimación de la excepción de falta de acción y desestimando la demanda de despido interpuesta por el Letrado D. David Izquierdo de la Guerra, en nombre y representación del Sindicato USO y de D. Teodoro contra DELTA SEGURIDAD, S.A., debo declarar y declaro procedente el despido de fecha 29/11/2015 y debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos formulados de contrario."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por las partes contrarias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Desestimada por la sentencia de instancia -previa desestimación de la excepción de falta de acción postulada por la demandada- la demanda por despido planteada por D. Teodoro frente a la empresa Delta Seguridad SA como consecuencia de la extinción con fecha 29.11.2015 de su contrato temporal de interinidad suscrito el 3.11.2015, por las representaciones letradas de las dos partes contendientes de interponen sendos recursos de suplicación, dirigido el de la empresa a que, con mantenimiento de su absolución, se declare que la misma también deriva de la falta de acción del demandante, y el de éste a que se revoque la sentencia recurrida declarándose la improcedencia de su despido por ser fraudulento el contrato de trabajo que se le ha extinguido. Cada uno de los recursos es impugnado por la parte contraria.

SEGUNDO.- Comenzando con el examen del recurso interpuesto por la empresa (puesto que su estimación impediría el análisis del formulado por el trabajador), el mismo se compone de dos motivos, el primero encaminado a la adición de un nuevo hecho probado y el segundo a defender la falta de acción que impide mantener la demanda que da origen a las presentes actuaciones.

A) Al amparo del art. 193 b) de la LRJS (LA LEY 19110/2011) y con remisión al documento nº 9 de los aportados por la ahora recurrente (folios 108 a 132 de las actuaciones) se postula la adición de un nuevo hecho probado décimo que recoja *"Que el demandante ha interpuesto procedimiento especial de despido respecto de la extinción del contrato de interinidad suscrito con la demandada el día 1 de diciembre de 2015, extinción que se dio con fecha 15 de diciembre de 2015 en cuyo seno se solicita la improcedencia del despido postulando una antigüedad del día 16 de febrero de 2015 aduciendo en dicha demanda los mismos motivos de improcedencia que los existentes en la demanda que ha dado origen a las presentes actuaciones y recayendo dicho procedimiento en el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Vitoria-Gasteiz en los autos 39/2016"*.

Hemos de recordar que la prosperabilidad del recurso de suplicación por dicho cauce procesal exige: a) que la equivocación que se imputa al juzgador en los hechos probados, resulte del todo patente y sin necesidad de realizar conjeturas o razonamientos, más o menos fundados, de documentos o pericias obrantes en autos que así lo evidencien; b) que se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisoria; c) que los resultados postulados, aun deduciéndose de aquellos medios de prueba, no queden desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos, pues en caso de contradicción entre ellas debe prevalecer el criterio del juzgador "a quo", a quien le está reservada la función de valoración de las pruebas aportadas por las partes; d) finalmente, que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para la resolución de las cuestiones planteadas. Sin la conjunta concurrencia de estos

requisitos, no puede prosperar la revisión fáctica en el recurso de suplicación, de naturaleza extraordinaria, que a diferencia de la apelación civil, no faculta a la Sala para la revisión de todo lo actuado.

Pues bien, sustentada la adición solicitada en la demostración de la existencia de la falta de acción defendida en el siguiente motivo, y siendo ciertos, según resulta de la prueba documental invocada, los extremos que se pretenden añadir al relato fáctico, procede su acogimiento para una correcta valoración de la cuestión jurídica suscitada.

B) Por el cauce procesal previsto en el art. 193 c) de la LRJSsSe denuncia la infracción de los arts. 22.1 (LA LEY 58/2000) , 22.2 (LA LEY 58/2000) y 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) en relación con la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LA LEY 19110/2011) y con el art. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) , sosteniendo que, dada la existencia de una vinculación laboral mediante cuatro contratos de interinidad sin solución de continuidad, y habiéndose impugnado varios de ellos postulando su antigüedad desde el primero por la existencia de una unidad de vínculo contractual, en evitación de que, caso de estimarse sus pretensiones, puede llegarse a una superposición de indemnizaciones con un enriquecimiento injusto, al no proceder la acumulación de todos los procedimientos por despido interpuestos (art. 26 LRJS (LA LEY 19110/2011)), debe acogerse la falta de acción en este procedimiento y dejarse al Juzgado de lo Social nº 1 de Vitoria-Gasteiz, en el que ha recaído la impugnación del último contrato de trabajo extinguido, el análisis de la validez o no de todos los contratos concatenados.

Para dar respuesta a esta cuestión lo primero que debe destacarse es que en las distintas demandas por despido presentadas por el actor (se tiene conocimiento de otra distinta a las antes aludidas en la que se impugna la finalización del tercer contrato mencionado en el hecho probado segundo), pese a la referencia que se hace a la existencia de un **vínculo ininterrumpido desde el 16.2.2015**, se ataca de forma diferenciada la **extinción de cada uno de los contratos de trabajo mantenido, pidiendo se declare la improcedencia de cada concreta extinción por haberse producido un despido sin causa "con los pronunciamientos inherentes a tal declaración y con abono, en todo caso, de las cantidades dejadas de percibir"**.

Dichas peticiones nos llevan a entender que ni se interesan indemnizaciones acumuladas o superpuestas por el trabajador, ni que sea posible dar una respuesta jurídica en tal sentido como consecuencia de las sucesivas indemnizaciones que puedan generarse.

En este caso resulta que el demandante ha accionado como consecuencia, tal como se recoge en el hecho probado tercero que no se cuestiona, de que el día 29.11.2015 el Jefe de Seguridad le comunicara de viva voz la finalización del contrato que mantenía en ese momento, contrato que el Sr. Teodoro considera que fue suscrito en fraude de ley, razón por la que interpone la demanda por despido.

Pues bien, como la expresión «despido» no debe entenderse constreñida al que tenga origen disciplinario, ya que su significado también comprende -por lo general-cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aunque estuviese fundado en causa ajena al incumplimiento contractual (en este sentido, SSTs de fechas 7.12.2009 (rcud 2686/2008 (LA LEY 254494/2009)) y 14.5.2007 , con cita de numerosas resoluciones anteriores), **la comunicación extintiva al actor antes aludida y con la que el trabajador no está de acuerdo genera en él el derecho a accionar por despido**, sin que, como señala la primera de las sentencias mencionadas (aunque en un supuesto distinto), la nueva contratación por quien se estima que estaba obligado a dar continuidad a la relación laboral hasta entonces mantenida, de forma que se busque iniciar una nueva relación que excluya la anterior, enerve la acción por despido ejercitada. La misma sentencia de 7.12.2009, superando la anterior doctrina del TS -que señalaba respecto a los ceses en un contrato

temporal seguidos de nueva contratación que no estábamos ante un despido en cuanto éste exige la extinción de la relación y el consiguiente cese en los servicios (SSTS de 26.2.2003, recurso 583/2002 (LA LEY 1803/2003) , y 21.11.2005, recurso 4070/2004)- establece que **la continuidad de la prestación de servicios en la misma empresa no altera la existencia de un despido si se ha producido un efecto extintivo respecto a la primera relación, efecto cuya impugnación entra en el marco de la garantía de la tutela judicial efectiva.**

De esta forma, atendiendo a lo dispuesto en la sentencia de 30.9.2014 (rec. 1482/2014 (LA LEY 164849/2014)) dictada por esta Sala que se alude por la empresa en su recurso, y que a su vez recuerda las SSTS de fechas 18.7.2002 (rec. 1289/2001 (LA LEY 509/2003)) y 26.12.2013 (rec. 28/2013 (LA LEY 235799/2013)), en este caso no puede declararse la falta de acción del Sr. Teodoro , puesto que goza de la necesaria legitimación activa y sigue el procedimiento adecuado en defensa de sus derechos, con un interés real, actual y concreto.

En consecuencia, debe rechazarse íntegramente el recurso de Delta Seguridad SA.

TERCERO.- Pasando al recurso formulado por el trabajador, en un motivo único, al amparo del art. 193 c) de la LRJS (LA LEY 19110/2011) , denuncia la infracción de los arts. 15.1 y 55.4 del Estatuto de los Trabajadores , del art. 108.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LA LEY 19110/2011) y de la doctrina jurisprudencial.

Lo que viene a **cuestionar es la procedencia de la modalidad de contratación utilizada (de interinidad) para la cobertura del período vacacional de los trabajadores de la plantilla.** Haciendo mención de las SSTS de 12.6.2012 (rcud 3375/2011 (LA LEY 95000/2012)) y 16.5.2005 (rec. 2412/2004 (LA LEY 108783/2005)), señala que no es válida la causa de interinidad en la ausencia por vacaciones ya que entonces no se está ante una vacante del contrato de trabajo con derecho a reserva de plaza, sino ante una mera interrupción ordinaria de la prestación del servicio que no genera una vacante reservada, concluyendo que la contratación del actor ahora impugnada ha sido fraudulenta y que de su finalización deriva un despido sin causa y, por tanto, improcedente.

Efectivamente, el contrato de trabajo temporal suscrito el 3.11.2015 bajo la modalidad de interinidad tuvo por objeto sustituir a trabajadores/as con reserva del puesto de trabajo, haciéndose constar que su duración se prologaría hasta el 29.11.2015 para sustituir al trabajador Blas por vacaciones.

Pues bien, ninguna de las sentencias aludidas en el recurso permite alcanzar la conclusión postulada por el demandante, puesto que analizan cuestiones distintas.

La sentencia de fecha 12.6.2012 revoca el fallo combatido, que calificó de fraudulenta la contratación del trabajador al haberse efectuado mediante la modalidad de contrato eventual por acumulación de tareas, razonando aquél al efecto que la cobertura de la insuficiencia de la plantilla por coincidencia del periodo de vacaciones no justifica el uso de dicho tipo de contrato temporal. Tal parecer no es compartido por la Sala IV, que recuerda al efecto que la cobertura de las necesidades provocadas en la empresa como consecuencia de la coincidencia de las vacaciones de los trabajadores de la plantilla puede llegar a constituir causa justificativa del contrato eventual, y que, por ello, es admisible la contratación eventual cuando se produce una insuficiencia de plantilla de carácter genérico, pero no cuando se trata de cubrir plazas vacantes para las que se ha de acudir al contrato de interinidad por vacante, sometido a los límites del proceso de cobertura de aquellas. A mayor abundamiento, y con independencia de la adecuación de las vacaciones de la plantilla para justificar la existencia de una acumulación de tareas, señala que en el contrato eventual examinado se consignó válidamente la causa de la contratación con identificación de la circunstancia de las vacaciones de trabajadores concretos, se acomodó a lo permitido por el convenio, y la extinción se produjo con el agotamiento del periodo vacacional de los trabajadores en cuestión y sin superarse el plazo máximo de seis meses convencionalmente previsto.

Por su parte, la sentencia de 16.5.2005 , recordando sentencias anteriores, viene a señalar que si

bien en el ámbito de la empresa privada no pueden calificarse como propios de la acumulación de tareas los casos en que el desequilibrio o desproporción entre el personal y las tareas a desarrollar se debe exclusivamente a la existencia de vacantes o puestos fijos sin cubrir en la plantilla de la misma, toda vez que tales vacantes han de ser cubiertas normalmente por medio de contratación indefinida, la cual, en dicha área, se puede llevar a cabo con igual o mayor rapidez que la contratación temporal; en cambio, en la Administración Pública, aunque en definitiva las vacantes existentes terminarán siendo provistas en la forma reglamentaria establecida, hay que tener en cuenta que tal provisión exige el cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones, lo que implica que la misma no puede tener lugar inmediatamente, ni siquiera con rapidez, sino que necesariamente ha de transcurrir un período de tiempo, que en ocasiones puede ser dilatado, hasta que se realizan los nombramientos pertinentes para ocupar tales vacantes, de ahí que si el organismo público que en un momento determinado tiene un número elevado de puestos sin titular, se encuentra en una situación de déficit de personal, en la que el trabajo sobrepasa la capacidad de los empleados disponibles, situación que puede prolongarse bastante tiempo surgiendo el supuesto propio de acumulación de tareas, concluyendo que es lícito el que la Administración acuda a los contratos de trabajo eventuales para remediar, en la medida de lo posible, esa situación.

Se descarta por lo tanto la aplicación de las anteriores sentencias al presente supuesto.

El art. 15.1 c) del ET contempla la posibilidad de concertar contratos de trabajo de duración determinada cuando se trate de sustituir a trabajadores con reserva del puesto de trabajo siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de la sustitución, siendo dicha modalidad contractual denominada de interinidad en el art. 4 del RD 2720/1998 (LA LEY 62/1999) .

Pues bien, habiéndose utilizado esta modalidad en el contrato cuya extinción se impugna aquí, y habiéndose cumplido en él los requisitos formales exigidos, debemos determinar si puede considerarse fraudulento por haber ido dirigido a sustituir a un trabajador que se encontraba de vacaciones.

Mencionándose por el recurrente, al objeto de que se declare fraudulenta la contratación, diversas sentencias del TS en las que se viene a decir que la ausencia por vacaciones no es una situación de suspensión del contrato de trabajo con derecho a reserva de trabajo, sino una mera interrupción ordinaria de la prestación de servicios que conllevaría que la causa de la interinidad señalada en el contrato en tal caso deba ser considerada como una causa de eventualidad, sin embargo omite que en tales casos el Alto Tribunal, pese a cuestionar que sea correcta la modalidad contractual utilizada, no llega a considerar que tal irregularidad invalide la extinción comunicada ni que exista motivo para apreciar una conducta fraudulenta (SSTS 15.2.1995, rcud 1672/1994 (LA LEY 14339/1995)). También esta Sala se ha pronunciado en ese sentido, por ejemplo en sentencia de 17.6.1996 (rec. 1064/1994), admitiendo la validez del contrato de interinidad para la sustitución de trabajadores que se encontraban de vacaciones.

CUARTO.- Conocida la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14.9.2016 (C-596/14 (LA LEY 111190/2016)) en la que, dando respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid con ocasión de la extinción de un contrato de interinidad de una trabajadora que prestaba sus servicios para el Ministerio de Defensa, declara, al amparo del principio de no discriminación, que la normativa española enjuiciada (arts.49.1c , 53.1b) y 15.1 ET) es contraria a la cláusula 4ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, derivado de la Directiva 1999/70/CE (LA LEY 7675/1999), porque deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que concede a los trabajadores fijos comparables una indemnización de 20 días por año, debemos completar la válida extinción del contrato del actor recogida en los fundamentos anteriores con el abono de dicha indemnización.

- Dicho reconocimiento se acomoda a la petición del actor de que la extinción impugnada se acompañe de los pronunciamientos legales inherentes y "con abono, en todo caso, de las cantidades dejadas de percibir" (hecho octavo de la demanda), sin que sea óbice que su pretensión principal vaya dirigida a la declaración de la improcedencia del cese.

Ya se ha pronunciado esta Sala en dos sentencias de 18.10.2016 (recursos 1690/16 (LA LEY 138018/2016) y 1872/16) señalando que con dicho pronunciamiento no se altera el principio de congruencia, aludiendo para ello distintas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (SS 14.10.2013-rec. 68/2013 ; 6.10.2015-rec. 2592/14 ; 7.10.1996-rec,3307/1995 ; 20.1.1998-rec.317/1997 ; 5.6.2000- rec.3809/1999), también la sentencia del TSJ Madrid de 5.10.2016 (rec. 246/2014 (LA LEY 128283/2016)) en la que se articuló la cuestión prejudicial referida ante el TJUE, y considerando además inserta en la acción de despido ejercitada el cobro de una cantidad a título de compensación por el trabajo perdido.

- En cuanto a la aplicabilidad directa horizontal o entre particulares de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, hay que tener en cuenta que conforme al TJUE la misma debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho Social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva (sentencia de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C- 444/09 y C- 456/09). Por esa razón, el TJUE ha empleado el estándar de interpretación propio del principio de no discriminación.

Al tratarse de un principio general de la UE el principio de no discriminación (CDFUE art.21), procede la aplicación directa horizontal. En efecto, según la Sala IV del Tribunal Supremo, la aplicación a la relación entre particulares o eficacia directa «horizontal», no puede predicarse de todo el Derecho de Unión, sino tan sólo del «Derecho originario europeo», integrado por los Tratados, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007) (CDFUE) y los principios generales que el TJ atribuye cualidad de constitucionales; y también alcanza -la primacía- al Derecho derivado con directa eficacia, en concreto los Reglamentos, puesto que los mismos -conforme al art. 288 TFUE (LA LEY 6/1957) - gozan de «alcance general» y serán «obligatorio[s] en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro» desde su publicación en el DOUE. (STS (Sala IV) núm. 497/2016 de 8 junio (LA LEY 60410/2016)) En la misma línea, el TJUE en las sentencias 22/11/2005 (LA LEY 228208/2005) , asunto «Mangold »; 19/01/2010 (LA LEY 610/2010) , asunto «Kücükdeveci »; 13 Septiembre 2011 (TJCE (LA LEY 165395/2011) 2011, 261) , asunto «Prigge »; y STJUE 19 abril 2016 (LA LEY 26965/2016) Caso Dansk Industri , ha considerado que cuando una Directiva concreta un Derecho fundamental o principio general de la UE, como la prohibición de discriminación (en estos casos por razón de edad) corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio (caso Mangold, antes citado, apartado 77).

Por lo tanto, el TJUE considera la cláusula 4ª del Acuerdo Marco una plasmación del principio de no discriminación, un derecho fundamental (art.21 CDFUE) y, por tanto, un principio general del Derecho Social de la Unión que ha de tener eficacia no solo vertical, sino también horizontal o entre particulares.

- Sentado lo anterior, como debemos analizar si el demandante durante la vigencia del contrato cuya extinción se impugna se encontraba en una **situación laborable comparable a la de los trabajadores contratados por la empresa por tiempo** indefinido por el mismo empleador durante el mismo período de tiempo (apartado 42 de la sentencia del TJUE que tomamos como base), de los datos existentes no puede extraerse sino que el Sr. Teodoro efectuó durante ese período un trabajo semejante al de un trabajador fijo.

- Por ello, sin que la extinción del contrato de interinidad conlleve el percibo de indemnización alguna (art. 49.1.c del ET), **procede reconocer al demandante en virtud de lo dispuesto por el TJUE una indemnización equivalente a 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades** (art. 53.1.b del ET), que habrá de ser calculada, por **tratarse de una indemnización derivada de la extinción de un contrato y no de un despido**, atendiendo al tiempo de su duración, es decir, a los 27 días transcurridos desde el 3 hasta el 29 de noviembre de 2015, resultando así a favor del trabajador un importe indemnizatorio de 65,67 euros, debiendo estimarse parcialmente su recurso es este sentido.

QUINTO.- Desestimado el recurso de suplicación de quien no goza del beneficio de justicia gratuita y ha constituido para recurrir el depósito (Delta Seguridad SA), procede imponer a la misma las costas (art. 235-1 LRJS (LA LEY 19110/2011)), incluidos los honorarios del letrado impugnante en la cantidad de 300 euros, con pérdida del depósito efectuado, al que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme (art.204-4 LRJS (LA LEY 19110/2011)).

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Delta Seguridad SA y **estimando parcialmente** el interpuesto por la representación letrada de D. Teodoro , ambos frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vitoria-Gasteiz, dictada el 22 de marzo de 2016 en los autos nº 38/2016 sobre despido, seguidos a instancia de D. Teodoro contra Delta Seguridad SA, **revocamos parcialmente** la sentencia recurrida y condenamos a la empresa demandada a abonar al demandante la cantidad de 65,67 euros, con mantenimiento del resto de los pronunciamientos efectuados.

Procede imponer a la empresa recurrente las costas, incluidos los honorarios del letrado impugnante en la cantidad de 300 euros, con pérdida del depósito efectuado para recurrir, al que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

VOTO PARTICULAR

que realiza el Ilmo. Sr. Magistrado D. PABLO SESMA DE LUIS en el procedimiento por despido en el recurso de la Sala nº 1990/16

La cuestión nuclear de la que discrepo recae sobre la aplicación que para la resolución del presente recurso en procedimiento sobre despido efectúa esta Sala de lo Social de la sentencia de 14 de Septiembre de 2016 (c-596/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (TJUE).

Consideraciones generales:

Primera.- La norma básica aplicada por la sentencia del TJUE fue la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada de 18 de Marzo de 1999, titulada "principio de no discriminación", que en el apartado 1 establece que no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se

Inmediatamente se advierten dos circunstancias: 1ª.- La sentencia reconoce que el trabajador interino tiene derecho a una indemnización al finalizar el contrato, pero no señala el importe de aquélla. 2ª.- Equipara el derecho a la indemnización del interino no con cualquier otra modalidad de contrato temporal sino con el contrato indefinido.

Estas dos circunstancias alertan tanto de la escasa claridad del pronunciamiento judicial como del muy discreto conocimiento que muestra sobre la legislación nacional española en materia de contratos de trabajo.

Esto último, probablemente favorecido por lo poco afortunados que fueron los términos en que la cuestión prejudicial fue planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Allí se decía que en Derecho español existe una diferencia de trato en las condiciones de trabajo entre los trabajadores fijos y los trabajadores con contrato de duración determinada, en la medida en que la indemnización abonada en caso de extinción legal del contrato es de 20 días de salario por año trabajado en el caso de los primeros, mientras que se eleva a sólo 12 de salario por año trabajado para los segundos. Esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa.

El planteamiento de la cuestión adolecía de un evidente error, que la sentencia del TJUE o no constató o no se ocupó de tener conocimiento exacto de la regulación legal de las indemnizaciones en el Derecho del Trabajo español.

Segunda.- La sentencia del TJUE reconoce el derecho del trabajador interino a percibir igual indemnización que el trabajador fijo cuando se produce la extinción del contrato. Pero, como antes se indicó, no especificó el importe de la indemnización.

El término de comparación empleado es desafortunado, puesto que los contratos indefinidos, precisamente porque lo son, no se han de extinguir por voluntad del empresario, por lo que legalmente no existe prevista indemnización alguna. Cosa distinta es que la extinción de un contrato indefinido sea judicialmente declarada improcedente, en cuyo caso sí existe una indemnización tasada. Pero no es esta la situación a la que se refiere la sentencia del TJUE; sino que ésta reconoce el derecho a la indemnización automática.

Sería razonable que ese derecho a la indemnización automática se reconociera por igual a todas las modalidades de contratos temporales, puesto que el Art. 49.1-c) ET lo reconoce para los contratos para obra o servicio determinado, en cuantía de 12 días de salario por cada año de servicio.

Pero no es ello ni lo que reconoce la sentencia del TJUE ni la sentencia dictada en el presente recurso.

Al aquí demandante se le reconoce el derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por cada año de servicio, con el límite de una anualidad. Ello ni lo reconoce la sentencia del TJUE ni esa es la indemnización correspondiente a la extinción (indebida) de un contrato indefinido.

La indemnización legal puede ser la de 20 días por año de servicio (Art. 53.1-b ET); o la de 33 días por año de servicio (Art. 56.1 ET); o la de un mes de salario (Art. 49.1-g ET).

¿Por qué se elige la indemnización de la extinción contractual por causas objetivas y no otra? ¿Acaso porque ésta opera de forma automática sin necesidad de previa declaración judicial de improcedencia? También opera así la indemnización prevista por el Art. 49.1 g) ET (muerte, jubilación o incapacidad permanente del empresario) y por el Art. 49.1-c) ET (contrato temporal para obra o servicio determinado), en cuantía respectiva de un mes de salario y de 12 días de salario por cada año de servicio.

Pero especialmente hay que destacar y preguntarse qué relación existe entre la extinción contractual

por causas objetivas y el contrato de interinidad. La respuesta es: ninguna; absolutamente ninguna. La extinción por causas objetivas persigue la viabilidad de la empresa y el mantenimiento de los restantes puestos de trabajo en situaciones de crisis económica o necesidad de adaptación a las nuevas exigencias del mercado; en tanto que el contrato de interinidad se extingue cuando finaliza el proceso de selección de cobertura del puesto o cuando se reincorpora al mismo el trabajador titular que tenía derecho a la reserva de su plaza.

Por consiguiente, solucionar la ausencia del derecho a la indemnización del interino cesado, acudiendo a la cuantía de la extinción del contrato por causas objetivas no sólo no lo reconoció la sentencia del TJUE sino que además carece de fundamento legal.

Tercero.- Se está reconociendo el derecho a la indemnización por finalización del contrato de interinidad a través de la vía judicial, lo que, a diferencia de la vía legal, impide establecer un régimen transitorio.

Por una elemental aplicación del principio de seguridad jurídica, las empresas tienen derecho a que el contrato de interinidad se regule por la normativa vigente en el momento de la suscripción. Si en aquel momento no existía norma alguna que reconociera al trabajador el derecho a la indemnización al finalizar el contrato, resulta legalmente inviable imponer a la empresa un gravamen económico sobrevenido, puesto que tal gravamen, para ser legal, ha de ser conocido por la empresa con anterioridad a concertar el contrato, con el fin de que pueda prestar su consentimiento, sabedor de las consecuencias económico-indemnizatorias que deriven de la extinción del mismo.

Cuarto.- La parte demandante no ha solicitado la aplicación de la sentencia del TJUE. Obedece ello a una simple razón cronológica: la sentencia se dictó con posterioridad a la formalización del recurso de suplicación.

Pero esa razón cronológica en absoluto puede justificar que la sentencia del TJUE se aplique de oficio por el Tribunal, puesto que ello vulnera los principios procesales básicos de justicia rogada e igualdad de las partes litigantes, introduciendo un desequilibrio manifiestamente causante de indefensión para la demandada, debido a que ésta resulta condenada por causa no invocada por la contraparte y, por ello, sin oportunidad de efectuar alegaciones en su defensa.

En consecuencia y por todo lo expuesto, imponer a la empresa una condena indemnizatoria no establecida legalmente requería la concurrencia de unos factores de rigor jurídico, que en el presente caso no se dan.

Así por este mi voto particular, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, junto con el VOTO PARTICULAR del Ilmo. Sr. D. PABLO SESMA DE LUIS en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1990-16.

Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1990-16.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.