



Roj: **STSJ AS 2032/2017 - ECLI: ES:TSJAS:2017:2032**

Id Cendoj: **33044340012017101508**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2017**

Nº de Recurso: **1277/2017**

Nº de Resolución: **1542/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE LUIS NIÑO ROMERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01542/2017

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33004 44 4 2016 0001182

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0001277 /2017

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000577 /2016

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

RECURRENTE/S D/ña SABICO SEGURIDAD S.A.

ABOGADO/A: CELIA FERNANDEZ FIDALGO

RECURRIDO/S D/ña: Dionisio

ABOGADO/A: FERNANDO PRENDES FERNANDEZ-HERES

Sentencia nº 1542/17

En OVIEDO, a veinte de junio de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL, formada por los Ilmos. Sres. D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNÁNDEZ, Presidente, D^a PALOMA GUTIERREZ CAMPOS, D^a MARIA PAZ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y D. JOSE LUIS NIÑO ROMERO Magistrados de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A



En el RECURSO SUPPLICACION 1277/2017, formalizado por la LETRADA D^a CELIA FERNANDEZ FIDALGO, en nombre y representación de SABICO SEGURIDAD S.A., contra la sentencia número 104/2017 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de AVILES en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 577/2016, seguidos a instancia de Dionisio frente a SABICO SEGURIDAD S.A., siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. D. JOSE LUIS NIÑO ROMERO**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Dionisio presentó demanda contra SABICO SEGURIDAD S.A., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 104/2017, de fecha quince de marzo de dos mil diecisiete .

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- D. Dionisio , provisto de DNI nº NUM000 , prestó servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de SABICO SEGURIDAD S.A. en el centro de TADARSA LOGISTICS S.L., mediante contrato de trabajo por obra o servicio a jornada completa, con antigüedad de 1-11-2008, ostentando la categoría profesional de vigilante de seguridad y devengando un salario bruto de 1.324#23 euros mensuales, en cómputo anual, hasta que se extinguió su contrato con efectos del 5-1-2016 por rescisión parcial de servicios comunicada por el cliente TADARSA LOGISTICS S.L. (sentencia dictada por este Juzgado en los autos 16/16, folios 35-39, confirmada por el TSJ del Principado de Asturias, folios 40-43).

2º.- SABICO SEGURIDAD S.A. no ha abonado la indemnización tras la resolución del contrato de obra (incontrovertido).

3º.- El 5-10-2016 se presentó papeleta de conciliación ante la UMAC intentándose sin efecto acto de conciliación el día 19-10-2016 (folio 5).

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que, estimando la demanda que da origen a estas actuaciones, en su petición principal, condeno a SABICO SEGURIDAD S.A. a que abone la cantidad de 6.339#37 euros a favor de D. Dionisio .

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por SABICO SEGURIDAD S.A. formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 8 de mayo de 2017.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 1 de junio de 2017 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social número 1 de Avilés conoció de los autos 577/2016, promovidos a instancia de don Dionisio en reclamación de la cantidad de 6.339,37 euros en concepto de indemnización por extinción de contrato de trabajo.

El trabajador, vigilante de seguridad, estaba vinculado con la empresa por un contrato de trabajo de duración determinada por obra o servicio, desde el día 1 de enero de 2009. Este contrato se extinguió con efectos al día 5 de enero de 2016, por la rescisión parcial de servicios comunicada por la empresa cliente Tadarσα Logistics. Esta extinción fue objeto de impugnación judicial conocida por el mismo Juzgado, y fue desestimada por sentencia de 3 de junio de 2016, confirmada por otra de esta Sala de fecha 2 de noviembre de 2016 (Suplicación 1905/2016). Ante la falta de pago de la indemnización correspondiente a la extinción del contrato de trabajo, el trabajador promovió los autos del que el presente recurso trae causa, reclamando la cantidad de 6.339,37 euros como pretensión principal correspondiente a 20 días de salario por año de servicio en aplicación de la doctrina contenida en la STJUE de 14 de septiembre de 2016, y subsidiariamente reclamó la cantidad de 3.803,62 euros en aplicación de la indemnización de 12 días de salario por año de servicio contemplada en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores . Con fecha 15 de marzo de 2017 se dictó sentencia estimatoria de la demanda.

SEGUNDO.- La empresa condenada recurre en suplicación planteando un único motivo de recurso, por el cauce procesal del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , denunciando la infracción del artículo 9 de la Constitución , de los artículos 15 y 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores , la



Disposición Transitoria 13ª del Real Decreto Ley 10/2010 , y el artículo 15 del Convenio colectivo estatal para empresas de seguridad. El recurso ha sido impugnado por el trabajador.

Denuncia la empresa recurrente el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Constitución porque la doctrina en la que se basa la sentencia de instancia no hace mención alguna al sector privado, que tiene reconocida una indemnización por finalización de contrato de obra debiendo las partes, y la sentencia igualmente, aplicar la normativa del Estado en vigor.

El citado principio no se conculca por la sentencia de instancia, ya que el hecho de que aplique una normativa distinta de la invocada por la recurrente no supone infracción de dicho principio. No debe olvidarse que la actuación judicial sometida a revisión tiene encaje en el artículo 4bis de la LOPJ , dispone que los tribunales aplicarán el derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo objeto de esta suplicación precisamente si esa aplicación del derecho comunitario es correcta o no.

TERCERO.- Se plantea en el presente recurso la indemnización procedente al trabajador demandante, que tenía un contrato de duración determinada por obra o servicio, el cual se extinguió por rescisión parcial de los servicios que su empresa Sabico Seguridad tenía encomendados de su cliente la mercantil Tadarsa Logistics. La empresa recurrente entiende que la indemnización procedente es la contemplada en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores , mientras que la sentencia de instancia ha determinado una indemnización de 20 días de salario por año de servicio al aplicar la doctrina del TJUE contenida en la sentencia de 14 de septiembre de 2016, relativa a la igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos, así como la sentencia del TSJ de Madrid de fecha 5 de octubre de 2016 , con cita igualmente de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 en cuanto a la aplicación directa de la Directiva 1999/70/CE , así como de la sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2017 en un supuesto similar al presente.

CUARTO.- En la citada sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, relativa a la situación de una trabajadora con un contrato de duración determinada por interinidad, se falló lo siguiente: 1) *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, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.*

2) *La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, 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 este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.*

Esta doctrina del TJUE ha sido aplicada por distintos Tribunales Superiores de Justicia, así el del País Vasco en sentencia de 18 de octubre de 2016 , el de Galicia de en sentencia de 30 de noviembre de 2016 , o el de Madrid (sentencia de fecha 5 de octubre de 2016) según se indica en la sentencia de instancia.

Como ya se ha expuesto, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en otro caso similar al presente, concretamente en el recurso 2907/2016 resuelto por la sentencia de 7 de febrero de 2016 . Decíamos en esa sentencia que la Sentencia del TJUE se basa en el diferente tratamiento legal entre trabajadores fijos y temporales, cuando dice: 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, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.

Por tanto, resulta ajustada a derecho la solución adoptada en la instancia, pues, si bien los trabajadores demandantes no habían suscrito un contrato de interinidad, como en el caso de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, sí que habían suscrito otro tipo de contrato temporal, por obra, cuyas consecuencias en materia de extinción, como se ha analizado, difieren de las habidas para con los trabajadores con contrato indefinido en supuestos iguales, lo cual se opone a la Directiva 1999/70/CE.

QUINTO.- Para completar los pronunciamientos judiciales sobre la cuestión, hemos de citar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017 (recurso 1664/2015), en el que analizaba la



indemnización a abonar en caso de extinción de una relación laboral de un trabajador indefinido no fijo de la Administración tras la cobertura reglamentaria de la plaza, considerándose procedente la indemnización de 20 días de salario por año de servicio. Esta sentencia concluye lo siguiente:

la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales -en este caso, el régimen extintivo- obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato .

SEXTO.- Para resolver el presente recurso han de tenerse en cuenta, además de la citada resolución de esta Sala sobre un supuesto similar, todas las circunstancias que concurren pues los términos del debate son más amplios que los expuestos hasta ahora, a la vista de los preceptos invocados por la empresa recurrente, y por ello han de traerse a colación dos artículos del Convenio colectivo de aplicación, en concreto los artículos 15 y 14, el primero de ellos dispone lo siguiente sobre extinción del contrato:

Será personal contratado para obra o servicio determinado aquél cuya misión consista en atender la realización de una obra o servicio determinado dentro de la actividad normal de la Empresa. Los contratos celebrados por obra o servicio determinado suscritos a partir del 18 de junio de 2010, no podrán tener una duración superior a cuatro años.

Este tipo de contrato quedará resuelto por las siguientes causas:

- a) Cuando se finalice la obra o el servicio.*
- b) Cuando el cliente resuelva el contrato de arrendamiento de servicios, cualquiera que sea la causa, sin perjuicio de la figura de subrogación establecida en el artículo anterior, en el caso de que exista otra Empresa de Seguridad adjudicataria.*
- c) Cuando el contrato de arrendamiento de servicios se resuelva parcialmente por el cliente, se producirá automáticamente una extinción parcial equivalente de los contratos de trabajo adscritos al servicio.*

Por su parte el artículo 14 establece la subrogación obligatoria empresarial en los siguientes términos:

Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, y/o nivel funcional, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, incluyéndose en dicho período de permanencia las ausencias reglamentarias del trabajador del servicio subrogado establecidas en los Artículos 45, 46 y 50 de este Convenio Colectivo, las situaciones de Incapacidad Temporal y suspensiones disciplinarias, cualquiera que sea su causa, excluyéndose expresamente las excedencias reguladas en el Artículos 48, salvo los trabajadores que hayan sido contratados por obra o servicio determinado.

De estos preceptos se extraen las siguientes consideraciones: el contrato por obra o servicio regulado en la norma convencional, a diferencia del ordinario regulado en el artículo 15 del ET que lo circunscribe a obras o servicios con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, permite su celebración para la actividad normal de la empresa sin necesidad de que la obra o servicio determinados tengan autonomía y sustantividad propia, por lo que puede celebrarse para realizar las actividades productivas ordinarias de la empresa. Lo anterior ha de ponerse en relación con la obligación de subrogación de las empresas afectadas por el convenio en caso de nueva adjudicación de los servicios contratados por la empresa cliente, así como con la limitación de la duración del contrato de obra o servicio a cuatro años para los formalizados a partir del 18 de junio de 2010, por lo que podría darse el caso, para los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a dicha fecha que no tienen límite de duración, como ocurre en el presente caso, que por efecto de la subrogación obligatoria se estuviera contratado en esa modalidad de duración determinada por tiempo indefinido o, si no se quiere llegar a ese extremo, por tiempo muy superior al límite de cuatro años citado.



Así las cosas se podría dar una situación paradójica en función de la fecha de celebración del contrato en el caso de trabajadores contratados en régimen de obra y servicio. Si es con posterioridad al 18 de junio de 2010, con menos antigüedad por tanto que el trabajador demandante, que ganara la indefinición laboral a los cuatro años por el juego de las citadas cláusulas convencionales (subrogación empresarial obligatoria y duración máxima de la obra y servicio), no sería de aplicación la indemnización contemplada en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores porque no estaríamos ante un contrato de duración determinada sino indefinido y, en tal caso, la extinción del contrato estaría sometida al régimen de causalidad que preside el Estatuto de los Trabajadores, esto es, irremediamente nos conduciría a la extinción objetiva del artículo 52.c) ET en relación con las causas de extinción contempladas en el artículo 15 del Convenio colectivo de aplicación, esto es, a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio. Pero si el contrato de trabajo se formalizó antes de la citada fecha, como en el caso ahora analizado de un trabajador con una antigüedad muy superior al citado límite de cuatro años previsto en el convenio colectivo para el contrato de obra o servicio, en concreto con una duración contractual de 7 años y una semana, percibiría una indemnización de 12 días de salario frente a la superior de 20 días que percibirían otros trabajadores en situación comparable en cuanto a modalidad contractual y duración de la relación laboral superior a 4 años. Nos encontraríamos así con trabajadores doblemente penalizados, ni pueden adquirir la condición de indefinidos porque su contrato de duración determinada no tiene límite temporal, ni reciben una indemnización similar a la de los trabajadores indefinidos a pesar de que la relación laboral puede tener una duración muy superior a la máxima permitida desde el año 2010 para un contrato de duración determinada por obra o servicio. Es por ello que la solución alcanzada en la sentencia se estima ajustada a Derecho, fundamentalmente en base a esta diferencia de trato jurídico que se acaba de exponer entre trabajadores en situación plenamente comparable, diferencia que no puede tener amparo únicamente en la fecha de celebración del contrato, y por ello el recurso ha de ser desestimado y confirmada la resolución recurrida.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por SABICO SEGURIDAD S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés en autos seguidos a instancia de Dionisio contra la empresa recurrente sobre Cantidad, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada.

Condenando a la referida recurrente a la pérdida del depósito efectuado por ella para recurrir al que se dará el destino legal y a abonar al letrado de la parte impugnante en concepto de honorarios la suma de 500 euros.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercebimientos en él contenidos.

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que**: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: 37 Social Casación Ley 36-2011.

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.



Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **no** tificación y registro de la Sentencia.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ