



Roj: **STSJ PV 3096/2016 - ECLI:ES:TSJPV:2016:3096**

Id Cendoj: **48020340012016101885**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **22/11/2016**

Nº de Recurso: **1991/2016**

Nº de Resolución: **2340/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación SENTENCIA Nº: 2340/2016

1991/2016

N.I.G. P.V. 01.02.4-16/000124

N.I.G. CGPJ 01059.34.4-2016/0000124

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 22 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 Ilmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Melchor y DELTA SEGURIDAD, S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 3 de los de VITORIA-GASTEIZ de fecha 22 de marzo de 2016, dictada en proceso sobre despido (DSP), y entablado por Melchor frente a **DELTA SEGURIDAD, S.A.**.

Es Ponente la Il^{ma}. Sra. Magistrada D^{ña}. ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, 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. Melchor 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 Carlos Daniel con derecho reserva puesto de trabajo (folios 25-32);

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



- De 30/11/2015 al 30/11/2015; para la sustitución del trabajador Carlos Daniel 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 Bartolomé con derecho reserva puesto de trabajo (folio 47-52);

TERCERO. - Que en virtud de comunicación interna del Jefe de Seguridad (D. Eugenio), de fecha 1/06/2015 se indica al demandante que "realizará funciones de seguimiento y control en los servicios del grupo Delta". (folio 157).

CUARTO. - Que en virtud de escrito remitido por el Jefe de Seguridad (D. Eugenio) 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. Carlos Daniel , 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. Eugenio).

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. Melchor contra DELTA SEGURIDAD, S.A., debo declarar y declaro procedente el despido de fecha 30/11/2015 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 de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Entablan sendos recursos de suplicación el demandante Don Melchor y la empresa Delta Seguridad SA frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vitoria que ha desestimado la demanda de despido declarando procedente la extinción contractual acaecida el 30 de noviembre de 2015 , sentencia que previamente rechaza la falta de acción articulada por la empresa.

Mientras que el actor sostiene en su recurso la improcedencia del despido básicamente porque la cadena de contratos de interinidad que ha permitido su vinculación con la demandada desde el 2-2-15, sin solución de continuidad hasta la formalización del contrato de 30-11-15 es irregular desde el inicio, ya que no es posible acudir a dicha modalidad contractual para la cobertura del periodo vacacional de los trabajadores de plantilla, la empresa articula en el suyo nuevamente la excepción de falta de acción sustentada en que el actor, tras el fin del contrato de interinidad que ha dado lugar a la presentación de la actual demanda de despido (contrato de 30-11-15 con vigencia de 1 día), ha sido nuevamente contratado el 1- 12-15 y hasta el 15-12-15 (también mediante contrato de interinidad), por lo que en su caso la pretensión de despido ha de actuarla al fin de ese último contrato y no en el actual, como de hecho sostiene que ha realizado hallándose pendiente la demanda de despido ante el Juzgado de lo Social nº1 de Vitoria.

Ambas partes han presentado escritos impugnando el recurso de la contraria.

SEGUNDO.- Comenzaremos por el recurso de suplicación que interpone la empresa dado que, de prosperar, devendría innecesario examinar el entablado por el actor.



Primeramente solicita la variación de la crónica judicial con amparo en el art.193 b) LRJS a fin de *incluir un nuevo ordinal* -que sería el décimo-, tendente a dejar constancia de la demanda de despido por extinción del contrato de 1-12-15 que operó el 15-12-15, en cuyo seno se solicita también la improcedencia del despido, postulando una antigüedad de 16-2-15, pretensión sustentada en los mismos motivos de improcedencia que los existentes en la demanda actual, recayendo dicho procedimiento en el Juzgado de lo Social nº 1 de Vitoria (autos 39/2016).

El añadido tiene adecuado soporte documental (folios 110 a 134, ambos inclusive), y resulta relevante para la posición sostenida por la empresa, por lo que se admite sin perjuicio de la trascendencia que este Tribunal le pueda otorgar a los efectos del recurso de suplicación que nos ocupa.

El segundo motivo impugnatorio, de censura jurídica y apoyo en la letra c) del art.193 LRJS, denuncia la infracción de los arts.22.1 y 22.2 LEC, y art.416.1 LEC, en relación con la DT 4ª LRJS y art.4 LEC, sosteniendo *la falta de acción* con sustento en la demanda de despido presentada por el actor frente a la extinción del contrato el 15-12-15 (contrato de 1-12-15), en la que reitera los argumentos en los que descansa la actual y considera el mismo "iter contractual" entre las partes, es decir, la concatenación de contratos de interinidad sin solución de continuidad desde el 16-2-15, todos ellos irregulares, de forma que considera la recurrente que el Juzgador ha de examinar todos los contratos suscritos y no solamente el último de los firmados, careciendo en suma de interés litigioso actual, máxime cuando puede dar lugar a un enriquecimiento injusto de reconocerse indemnizaciones por despido improcedente en ambos procedimientos partiendo de una prestación de servicios iniciada el 16-2-15.

A propósito de la excepción de falta de acción, recordamos (como lo hace la recurrente), la sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 2014 (rec.1482/2014), y la reflexión que efectúa sobre esta excepción procesal con apoyo en SSTs de 18 de julio de 2002 (rec.1289/2001), y 26 de diciembre de 2013 (rec.28/2013), y los bloques en que agrupa los distintos supuestos que pueden surgir, y subrayamos que la doctrina constitucional (por todas STC 71/1991) es rotunda al exigir como requisito procesal para el ejercicio de la acción judicial, la existencia de auténtica controversia entre las partes, un interés legítimo en obtener la tutela judicial en relación a la pretensión ejercitada, que es precisamente lo que niega la recurrente en la pretensión actuada por Don Melchor.

Esta Sala en la sentencia de 15 de noviembre del año en curso dictada al resolver el recurso 1990/2016 interpuesto por las mismas recurrentes frente a la sentencia de despido del Juzgado de lo Social nº 3 de Vitoria en procedimiento seguido al accionar el actor frente al cese operado el 29-11-15 por fin del contrato de interinidad de 3-11-15 (al que antecede el formalizado el 16-2-15 que concluyó el 2-11-15 y le sucede el de 30-11-15), se pronuncia descartando la misma excepción que ahora reitera la empresa; en dicha sentencia destacamos que se ha accionado como consecuencia, de la comunicación el día 29-11-15 por el Jefe de Seguridad de la finalización del contrato que mantenía el actor en ese momento, contrato que al considerar el trabajador que fue suscrito en fraude de ley, determina la interposición de la demanda por despido, es decir, se acciona frente al cese unilateralmente impuesto por el empresario. Subrayábamos que es la falta de conformidad del trabajador con la comunicación extintiva la que genera el derecho a accionar por despido, sin que la nueva contratación por quien se estima que estaba obligado a dar continuidad a la relación laboral hasta entonces mantenida, enerve la acción por despido ejercitada.

Decíamos también, con apoyo en la STS de 7-12-09, 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", y concluimos que "atendiendo a lo dispuesto en la sentencia de 30.9.2014 (rec. 1482/2014) dictada por esta Sala a la que alude la empresa en su recurso, y que a su vez recuerda las SSTs de fechas 18.7.2002 (rec. 1289/2001) y 26.12.2013 (rec. 28/2013), en este caso no puede declararse la falta de acción del Sr. Melchor, 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".

Nos remitimos a dichas consideraciones, que conducen a la desestimación de la excepción de falta de acción sostenida por la mercantil y, consiguientemente, del recurso que entabla.

TERCERO.- Abordando el recurso de la parte actora, contiene un único motivo de impugnación dirigido a la crítica jurídica, denunciando la infracción de los arts.15.1 ET, 55.4 ET, art.108.1 LRJS, STS 12 de junio de 2012, y las que cita en el cuerpo del recurso (SSTs 12 de julio de 1994, 2 de junio y 5 de julio de 1994, y 16 de mayo de 2005, rec.2412/2004), para mantener que la empresa no debió acudir al contrato de interinidad para suplir vacaciones de los trabajadores, que el demandante ha venido realizando actividades permanentes de la empresa, y por tanto que la contratación no es temporal y sí fraudulenta, determinante de su carácter indefinido, por lo que el despido es improcedente.



Se impone acudir a los hechos probados de la sentencia y, a lo datos que con valor

fáctico obran en sede jurídica; las partes formalizaron un primer contrato el 16-2-15, destinado a sustituir a un trabajador que ha estado en situación de IT, Don Carlos Daniel contrato que finalizó el 2-11-15, formalizando al día siguiente, un segundo contrato de interinidad para sustituir al mismo trabajador en sus vacaciones hasta el 29-11-15, formalizando el 30-11-15 un contrato por razón de permiso del sindical.

La sentencia recurrida con apoyo en el interrogatorio del demandante y documentales, afirma que el actor siempre ha conocido la razón de la contratación de interinidad, la persona que sustituía y la causa misma de la temporalidad, por lo que no otorga relevancia a la falta de precisión existente en los contratos suscritos. Obsérvese que el recurrente no cuestiona estos extremos ni tal razonamiento, delimitando su impugnación a la imposibilidad de formalizar contratos de interinidad para hacer frente a esas necesidades, singularmente para sustituir a trabajadores con derecho a vacaciones.

Rechazamos así que estemos ante un despido improcedente, determinación que viene avalada por las consideraciones que en tal sentido hemos efectuado en la sentencia dictada en el rec.1990/2016. En la misma, a propósito de la vulneración del art. 15.1 c) ET decíamos que (el precepto) "*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. 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 ..*".

Y señalábamos que "*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). 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 "*.

En definitiva, descartamos que el contrato de 30-11-15 sea irregular dado que el actor conocía que la causa de la contratación era la sustitución del trabajador Don Carlos Daniel , y la causa concreta por la que le sustituía, por razón de permiso sindical (folio 80), por lo que se ha cumplido lo dispuesto en el art.15.1 ET , estando ante un trabajador con reserva de puesto de trabajo (art.48 ET), de manera que no ha errado la sentencia al rechazar la demanda de despido, no apartándose tampoco de la doctrina jurisprudencial que cita el recurrente, que no examina contratos como los que nos ocupan.

CUARTO.- Como hemos acordado en la sentencia dictada en el rec.1990/2016, con apoyo en la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2015 (asunto C- 596/2014), pero también con base en la aplicación que de la misma ha realizado STSJ Madrid de 5 de octubre de 2016 (rec.246/2014), y esta Sala en las de 18 de octubre de 2016 (rec. 1690/2016 y 1872/2016), procedemos de oficio a examinar la indemnización que corresponde al demandante por el fin del contrato de interinidad que nos ocupa, de un día de duración, partiendo de la indemnización reconocida en la sentencia dictada en el rec.1990/2016 .

Sostenemos así, como lo hemos hecho en las sentencias referidas, que el reconocimiento de una indemnización por el fin del contrato de interinidad, se acomoda a la petición del actor puesto que solicita que la extinción impugnada se acompañe de los pronunciamientos legales inherentes y "con abono, en todo caso, de las cantidades dejadas de percibir", sin que sea óbice que su pretensión principal vaya dirigida a la declaración de la improcedencia del cese, para lo cual recordamos previamente que en la sentencia de 18 de octubre de 2016, rec.1872/2016 , hemos afirmado la aplicabilidad directa horizontal o entre particulares de la cláusula 4 del Acuerdo Marco. En la sentencia recaída en el rec.1990/2016 , exponíamos en orden a esa aplicación directa horizontal de la meritada cláusula del Acuerdo Marco que "*Conforme al TJUE la misma debe interpretarse en el sentido 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 (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 - 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 . RJ 2016\2348) En la misma línea, el TJUE en las sentencias 22/11/2005 (TJCE 2005, 341) , asunto «Mangold »; 19/01/2010 (TJCE 2010, 3) , asunto «Kücükdeveci »; 13 Septiembre 2011 (TJCE 2011, 261) , asunto «Prigge »; y STJUE 19 abril 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 [TJCE 2005, 341] , 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... " .

La indemnización que fijamos parte de la consideración de la prestación de servicios por el actor durante la vigencia del contrato de 30-11-15 (un día) conforme a 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 STJUE citada), y puesto que la extinción del contrato de interinidad no conlleva el percibo de indemnización alguna (art. 49.1.c ET), procede reconocer al actor una indemnización acorde a la que correspondería a un trabajador fijo que ve extinguido su contrato ex art. 53.1b) ET , que habrá de ser calculada como hemos determinado en la sentencia dictada en el recurso 1990/2016 "por tratarse de una indemnización derivada de la extinción de un contrato y no de un despido, atendiendo al tiempo de su duración", en este supuesto un día, por lo que asciende a 2,46 euros.

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), incluidos los honorarios del letrado impugnante en la cantidad de 100 euros, con pérdida del depósito efectuado, al que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme (art.204-4 LRJS).

FALLAMOS

Se **desestima** el recurso de suplicación interpuesto por Delta Seguridad SA y **estimando parcialmente** el interpuesto por D. Melchor , ambos frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vitoria-Gasteiz, de fecha 22-3-16 , dictada en los autos nº 37/16, sobre despido, seguidos a instancia de D. Melchor contra Delta Seguridad SA, **revocamos parcialmente** la sentencia recurrida y condenamos a la empresa demandada a abonar al demandante la cantidad de 2,46 euros en concepto de indemnización por el fin de contrato de 30-11-15, 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 100 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 lltmo. Sr. Magistrado D. PABLO SESMA DE LUIS en el procedimiento por despido en el recurso de la Sala nº 1991/16



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 justifique un trato diferente por razones objetivas.

Segundo.- En principio, el Derecho Comunitario prevalece sobre el Derecho Interno en términos globales, de manera que en caso de contradicción entre las normas nacionales infraconstitucionales y el Derecho de la Unión, el juez nacional debe inaplicar la Ley interna, sin esperar a la previa adaptación del Derecho Interno.

Respecto a la Jurisprudencia Comunitaria, ésta también prevalece sobre la Jurisprudencia de los estados miembros en la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario, puesto que conforme al art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea, la doctrina del TJUE al resolver cuestiones prejudiciales es vinculante para el Tribunal Supremo.

Esta primacía se manifiesta igualmente en la necesidad de interpretar la normativa interna conforme a la legislación y jurisprudencia comunitarias. Es la denominada "interpretación conforme."

Tercero.- No obstante todo lo anterior, ha de tenerse presente que sólo los Reglamentos son directamente aplicables y susceptibles, por su propia naturaleza, de producir efecto directo.

El Acuerdo Marco citado no es un Reglamento sino que figura como anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de Junio de 1999.

El efecto de las Directivas se concreta, siempre que sean incondicionadas y suficientemente precisas, a su posible invocación por los particulares en sus relaciones con el Estado, pero no entre particulares.

Cuarto.- Los obstáculos que la legislación interna pueda mostrar para la efectividad del Derecho Comunitario en general y de las Directivas en particular cuenta con el mecanismo compensador de la posibilidad de exigir responsabilidad al estado incumplidor por los daños y perjuicios que genere la ausencia de adaptación del Derecho Interno.

Quinto.- La denominada "interpretación conforme" no puede conducir a que se fuerce de forma indebida la normativa interna. El citado principio no implica nunca que una Directiva cree obligaciones para los particulares por sí misma e independientemente de una ley interna de adaptación. La obligación del juez nacional de emplear la Directiva como referencia al aplicar e interpretar el Derecho Interno no puede conducir a una conclusión contra legem del Derecho Nacional.

Sexto.- La Jurisprudencia no figura entre las fuentes de la relación laboral que enumera el Art. 3 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

La infracción de la Jurisprudencia constituye motivo para interponer recurso de suplicación o de casación, conforme a los Arts. 193-c) y 207.-e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), pero continúa poseyendo el carácter complementario que le reserva el art. 1.6 del Código Civil.

La posibilidad legal de interponer recurso de casación para la unificación de doctrina significa que el último pronunciamiento judicial no es la sentencia del TJUE, que los demás órganos judiciales hayan de acatar sin más, sino el que emane del Tribunal Supremo español.

La sentencia del TJUE merece las siguientes objeciones.-

Primera.- Dicha sentencia declaró: que la cláusula 4 del Acuerdo Marco 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.

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.

No se solventaría esta quiebra del art. 24 de la Constitución a través de un trámite que diera a las partes la oportunidad de efectuar alegaciones, por la sencilla razón de que tal trámite no se encuentra previsto en la LRJS; y aun si se hiciera, continuarían los litigantes privados del derecho a que la pretensión controvertida se enjuiciara por el Juzgado, y sólo después pudiera ser revisada en el recurso de suplicación.

No obstante, con carácter subsidiario y a efectos fundamentalmente dialécticos puede decirse que la posibilidad indemnizatoria de abono de 20 días por año al interino para evitar la discriminación con el fijo comparable, exige la posibilidad, oportunidad, de proponer y realizar un trámite de audiencia previa a las partes, que nada han podido argumentar sobre la referida sentencia comunitaria y su doctrina o aplicación, en congruencia con los razonamientos que para tal pretensión debemos recordar en posicionamiento de búsqueda de tutela judicial efectiva, bien entendida, para con las contrapartes y sus respuestas.

Entendiendo que resulta exigible, o posible, un trámite procesal que, no previsto, debe venir instado por la conveniencia tutelar efectiva, que va más allá de la falta de previsión normativa procesal y exige un cuestionamiento estrictamente jurídico congruente, para evitar la introducción de elementos de confusión, indefensión, desde comparativas y argumentaciones contradictorias que solventen la inoportunidad manifiesta que supone aplicar la doctrina comunitaria sobrevenida, aparentemente en contradicción, y buscando que el nuevo parangón jurisprudencial, si bien se aplique *ex novo*, no tenga cualquier atisbo de incongruencia y pueda apoyarse en razones conocidas por las partes y no solo colaterales.

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/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, junto con el Voto Particular del Ilmo. Sr. Magistrado 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 4699-0000-66-1991-16.

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 4699-0000-66-1991-16.

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 régimen 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ