

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

Sentencia 1338/2017, de 6 de junio de 2017

Sala de lo Social

Rec. n.º 909/2017

SUMARIO:

Extinción de la relación laboral. Contrato de obra o servicio. Empresa de trabajo temporal. Se reconoce el derecho a la indemnización por fin de contrato de 20 días de salario/año, al igual que en los demás supuestos en que opera la doctrina comunitaria derivada del Asunto C-596/14 (De Diego Porras), al entender la Sala que, a pesar de no ser aplicable la Directiva 1999/70/CE a las ETT's, procede su reconocimiento en base a la Directiva 2008/104/CE, relativa a las empresas de trabajo temporal, pues su artículo 5.1 sostiene que los trabajadores, durante su misión, ostentarán al menos las mismas condiciones de trabajo y empleo que existan en la empresa usuaria. Dentro de dichas condiciones de empleo se comprende la indemnización por extinción del contrato de trabajo. **Voto particular.** Sería razonable que el derecho a la indemnización automática se reconociera por igual a todas las modalidades de contratos temporales, puesto que el artículo 49.1 c) ET lo reconoce para los contratos de obra o servicio determinado, en cuantía de 12 días de salario por cada año de servicio. Sin embargo, el artículo 5.1 de la Directiva 2008/104/CE no es aplicable, pues de su lectura completa no se deriva la equiparación alegada a efectos de indemnización por finalización de contrato.

PRECEPTOS:

Directiva 2008/104/CE (Relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal), art. 5.1. RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 15.1 a), 49.1 c) y 53.1 b).

PONENTE:

Doña Ana Isabel Molina Castiella.

RECURSO N.º: Suplicación / E_Suplicación
909/2017

NIG PV 01.02.4-16/002654

NIG CGPJ 01059.34.4-2016/0002654

SENTENCIA N.º: 1338/2017

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

En la Villa de Bilbao, a 6 de junio de 2017.

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 Dª ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por **YOLMAR EMPLEO ETT S.L.** contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 1 de los de VITORIA-GASTEIZ de fecha 23 de enero de 2017, dictada en proceso

sobre reclamación de cantidad (RPC), y entablado por **IBAN AGUILLO ROMERO** frente al **recurrente** y el **FONDO DE GARANTIA SALARIAL**.

Es Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada D^a 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. El demandante Don Iban Aguillo Romero, venía prestando servicios por cuenta y órdenes de la empresa demandada YOLMAR EMPLEO ETT SL con una antigüedad de 1-11-2015, categoría profesional de auxiliar de barra y salario bruto mensual de 11,8243euros/hora (que incluye salario base, pagas extras y vacaciones).

SEGUNDO. La empresa había suscrito con la demandante contrato a tiempo de obra o servicio, a tiempo completo siendo la jornada de 40 horas semanales, percibiendo el trabajador una retribución fijada para el puesto de trabajo en el Convenio de la empresa usuaria, NATURGOLF SA de 11,8243 euros/hora (que incluye salario base, pagas extras y vacaciones) para prestar servicios durante los meses de otoño e invierno en la empresa usuaria NATURGOLF SA.

Obra en las actuaciones copia de este contrato dándose su contenido por reproducido a efectos de su incorporación a los hechos probados.

TERCERO. Obra en las actuaciones el contrato de puesta a disposición en el que se fija una jornada de 40 horas semanales.

CUARTO. La empresa ha abonado al trabajador conforme a las horas que ha realizado efectivamente obrando copia de los partes de trabajo firmados por el trabajador y la empresa usuaria.

QUINTO. La empresa no ha abonado al trabajador la mensualidad de marzo por importe de 1.708,61 euros brutos, tampoco le ha abonado la indemnización por finalización del contrato.

SEXTO. Se ha celebrado acto de conciliación con resultado de sin avenencia."

Segundo.

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por Don IBAN AGUILLO ROMERO, contra YOLMAR EMPLEO ETT SL, y en consecuencia condeno a la demandada a abonar al actor la cantidad de 3.208,22 euros que devengará intereses en la forma establecida en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución."

Tercero.

Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Entabla recurso de suplicación la empresa demandada YOLMAR EMPLEO ETT SL (en adelante ETT), frente a la sentencia del Juzgado de lo Social que ha estimado la demanda del Sr. Aguillo condenando a la mercantil al abono de las diferencias salariales reclamadas además de una indemnización por fin de contrato conforme al módulo de 20 días de salario por año de servicio en aplicación del criterio contenido en nuestra sentencia de 18 de octubre de 2016 (rec.1872/2016), basada en STJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14, De Diego Porras).

A la luz del planteamiento del recurso debemos pronunciarnos sobre dos cuestiones; de un lado, si le corresponde al demandante percibir la retribución de acuerdo con la jornada a tiempo completo pactada en el contrato suscrito entre las partes (40 horas semanales), y no conforme a las horas realizadas apoyadas en los partes de trabajo firmados por el trabajador y la empresa usuaria y, de otro, si la indemnización que debe percibir el actor por fin del contrato de obra o servicio suscrito con la ETT, debe calcularse conforme al módulo de 20 días de salario por año de servicio, o en aplicación de los arts.49.1c) ET y 20 del Convenio Colectivo de empresa debe fijarse con arreglo al parámetro de 12 días por año de servicio.

Esta última indemnización es la que pretende la recurrente rechazando la aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio 1999, que recoge el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, porque la cláusula 3 del Acuerdo contempla una definición de trabajador con contrato de duración determinada, que excluye a los trabajadores cedidos por medio de una ETT, invocando en este punto el considerando 13 de la propia Directiva 1999/70/CE.

Ha presentado escrito impugnando el recurso la legal representación de la parte actora.

Segundo.

El primero de los motivos (alegación tercera del recurso), con amparo formal en la letra b) del art.193 LRJS, pretende dos modificaciones del relato de probanzas, vía inclusión de dos nuevos hechos probados, que serían el séptimo y el octavo.

A través del ordinal séptimo, interesa con apoyo en la propia demanda que conste que el Convenio de aplicación a la relación entre las partes es el III Convenio Colectivo estatal de Instalaciones deportivas y gimnasios (BOE 2-10-14).

Novación que fracasa desde el momento en que ni la demanda es documento hábil a efectos revisorios, ni interesa la reforma del hecho probado segundo de la sentencia, en el que consta que en contrato se estableció la aplicación del Convenio Colectivo de la empresa usuaria NATURGOLF SA, por lo que no cabe apreciar tampoco error judicial padecido que permita la modificación.

En cuanto a la adición del hecho probado octavo pretende reflejar que en el contrato de puesta a disposición firmado el 1 de noviembre de 2015 entre la ETT y la empresa usuaria NATURGOLF SA, se fijó el salario del actor en 21.000 euros brutos anuales y la categoría de auxiliar de barra. Complemento que tampoco se acoge dado que la sentencia en el ordinal tercero ya recoge el contrato de puesta a disposición y la jornada de 40 horas semanales que se fijó en el mismo, como también figura (ordinal segundo), el contrato suscrito entre el actor y la demandada y las condiciones laborales pactadas, por lo que deviene irrelevante la variación.

Tercero.

El motivo segundo (alegación cuarta del recurso), amparado en el art.193 c) LRJS, denuncia en primer lugar la infracción de los arts.34 ET y 26 del Convenio Colectivo estatal de Instalaciones deportivas y gimnasios, defendiendo que no es posible considerar la jornada de 40 horas semanales, que la jornada anual estaría muy por encima de las horas de Convenio, y del salario fijado como auxiliar de barra.

Censura que fracasa desde el momento en que obvia la mercantil que tanto la jornada que se determinó en el contrato de puesta a disposición entre las empresas, como en el contrato para obra o servicio determinado que formalizó el actor con la ETT, se estableció a tiempo completo y de 40 horas semanales como refleja la sentencia, que se ha limitado a condenar a la empresa a abonar al actor el salario acorde a la jornada establecida, lo que no quebranta ni el art.34 ET ni el Convenio Colectivo que resulta de aplicación a la relación entre las partes pues reconoce el salario que corresponde a la jornada laboral pactada.

Cuarto.

A continuación hemos de examinar si se acomoda o no a derecho la indemnización otorgada por el Juzgado por el fin del contrato de obra o servicio suscrito entre el actor y la ETT (determinada conforme al módulo de 20 días por año, al equiparlo a un trabajador indefinido a cuyo contrato se pone fin por causas objetivas), denunciando la recurrente la vulneración de los arts. 49.1c) ET y 20 del Convenio Colectivo sosteniendo que la indemnización que corresponde al actor es de 12 días de salario por cada año de servicio, y no la de 20 días que

el Juzgado le ha otorgado con sustento en nuestra sentencia de 18 de octubre de 2016 (rec.1872/2016), a su vez amparada en STJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14, De Diego Porras), rechazando la aplicación de la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco entre la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, y por tanto de la STJUE referida al mismo.

Esta tesis descansa en la definición de trabajador con contrato de duración determinada contenido en la cláusula 3 del Acuerdo, y el propio considerando 13 de la Directiva, de forma que las ETT y sus contrataciones quedaban excluidas de dicha Directiva.

La cláusula 3 del Acuerdo, dispone que a efectos del mismo se entenderá por *“Trabajador con contrato de duración determinada: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado”*. Por su parte, el considerando 13 de la Directiva 1999/70/CE refleja que *“Los interlocutores sociales quisieron conceder una atención especial al trabajo de duración determinada, al tiempo que indicaban que tenían la intención de considerar la necesidad de un acuerdo similar para las empresas de trabajo temporal”*.

Ciertamente por esta vía no encuentra amparo la concesión de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio otorgada por la instancia al quedar excluidos los trabajadores con contrato de puesta a disposición de la Directiva a la que se refiere la cuestión prejudicial a la que da respuesta el TJUE en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14, De Diego Porras), no obstante lo cual la Sala, como a continuación explicamos, va a mantener la indemnización por fin de contrato reconocida al demandante en la sentencia recurrida.

Ello es así pues sobre esta particular cuestión (indemnización por fin del contrato de obra o servicio determinado suscrito entre un trabajador y una ETT), el criterio que mantiene esta Sala es el adoptado en Pleno no jurisdiccional celebrado al efecto, que parte de la no aplicación a estos trabajadores de la Directiva 1999/70/CE al estar excluidos de la misma, si bien sostiene que la Directiva 2008/104/CE de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, ampara igual módulo indemnizatorio. El trabajador contratado por la ETT vía la modalidad de contrato para obra o servicio determinado, tiene unas condiciones de trabajo y de empleo durante su misión en una empresa usuaria que son, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto, tal y como dispone el art.5.1 de la Directiva 2008/104/CE de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, condiciones de empleo que comprenden la indemnización por extinción del contrato y, consiguientemente, la imposibilidad de ese trato desfavorable y contrario al principio de derecho social de la Unión, reproduciendo el meritado precepto y número de la Directiva la literalidad del considerando 14 de la misma (*“Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo aplicables a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal deben ser al menos las que se aplicarían a dichos trabajadores si fueran contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto”*).

La Sala, por tanto, sustenta esta decisión en el Capítulo II de la Directiva 2008/104/CE, que regula las condiciones de trabajo y empleo, y en concreto en su art.5 que sienta el principio de igualdad de trato, de forma que si a los trabajadores temporales -de acuerdo con la interpretación que venimos realizando desde nuestra sentencia de 18 de octubre de 2016 (rec.1872/2016), de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14, De Diego Porras)-, les corresponde la indemnización prevista para un trabajador indefinido cuando el final de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas, esto es, 20 días por año, también al trabajador contratado temporalmente por la ETT le corresponde igual indemnización cuando se pone fin a su contrato.

Es la igualdad de trato la que conduce a esta conclusión tal y como afirmábamos en nuestra sentencia de 22 de noviembre de 2016- rec.2146/2016- (en aquel caso la indemnización por fin del contrato se postulaba por un trabajador con contrato eventual por circunstancias de la producción), dado que si no se considera que concurra una causa que justifique el trato desigual en el concreto aspecto que analizamos entre un trabajador con contrato indefinido frente a otro con contratación temporal (igualdad de trato entre trabajadores temporales y los indefinidos), esta premisa es igualmente aplicable a los trabajadores de la ETT cuyas condiciones de trabajo han de ser iguales a las que ostentan los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria, de manera que la condición de trabajadores temporales cedidos no puede operar como factor que justifique la inferior indemnización.

Lo expuesto determina la confirmación de la sentencia recurrida si bien en cuanto a la indemnización por el fin del contrato (que asciende a 465 euros según la sentencia recurrida) por el sustento jurídico expuesto.

Cuarto.

Se impone a la empresa vencida en el recurso la condena en costas, incluidos los honorarios del letrado del trabajador impugnante del recurso que se fijan en 200 euros, con pérdida de los depósitos y consignaciones para recurrir a los que se dará el destino legal una vez sea firme la sentencia (art.235 LRJS).

FALLAMOS

Se **desestima** el recurso de suplicación interpuesto por la mercantil Yolmar Empleo ETT S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Vitoria dictada el 23 de enero de 2017 en los autos 645/16 seguidos por D. Iban Aguillo Romero contra la recurrente y el Fondo de Garantía Salarial. Se confirma la sentencia.

Se imponen costas a la empresa Yolmar Empleo ETT S.L., las costas generadas en el recurso, incluidos los honorarios del letrado del trabajador impugnante del recurso que se fijan en 200 euros, con pérdida de los depósitos y consignaciones para recurrir a los que se dará el destino legal una vez sea firme la sentencia

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 909/17.*

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:

Primero.

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.

Tercera.

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.

Cuarta.

En relación concretamente a la contratación entre empresas de trabajo temporal y trabajadores, no sólo la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14) del TJUE no abordó tal clase de contratación sino que además la misma queda al margen de la regulación contenida en la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999.

La cláusula 3 del Acuerdo Marco de 18 de marzo de 1999 dispuso que a efectos del mismo se entenderá por *"trabajador con contrato de duración determinada: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador ..."*

Y prueba de ello es la exclusión expresa prevista en el Considerando 13 de la Directiva al decir: *"Los interlocutores sociales quisieron conceder una atención especial al trabajo de duración determinada, al tiempo que indicaban que tenían la intención de considerar la necesidad de un acuerdo similar para las empresas de trabajo temporal"*.

Por consiguiente, la sentencia de la que discrepo carece del amparo de la sentencia de 14 de septiembre de 2016 del TJUE; y resulta contraria a la Directiva 1999/70/CE; argumentos ambos esgrimidos por la parte demandada.

El obstáculo legal expuesto trata de ser salvado por el criterio mayoritario del que discrepo, acudiendo a la Directiva 2008/104/CE de 19 de noviembre, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal; y concretamente a su art. 5.1, que dispone: las condiciones esenciales de trabajo y empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto.

Pero conviene leerlo todo y no quedarse sólo con lo que interesa.

Seguidamente el art. 5.1 dice: *"a efectos de la aplicación del párrafo primero, las normas vigentes en la empresa usuaria relativas: a) a la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los niños y jóvenes; así como b) a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a las disposiciones adoptadas con vistas a combatir toda discriminación basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual"*.

Es decir, en absoluto se menciona la indemnización por finalización del contrato. Y a lo largo de la redacción del precepto, tampoco.

Para que la Directiva 2008/104/CE hubiera modificado la Directiva 1999/70/CE en materia de empresas de trabajo temporal se precisarían unos términos expresos, claros e indubitados, que es evidente no se dan, por lo que una declaración genérica como la contenida en el citado art. 5.1 carece de fundamento jurídico para sostener que los trabajadores de empresas de trabajo temporal tengan derecho a indemnización por extinción del contrato, que ninguna norma nacional ni comunitaria reconoce.

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:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0909-17.

B) 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 4699-0000-66-0909-17.

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.