

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia 479/2017 de 28 Feb. 2017, Rec. 367/2017

Ponente: Benito-Butrón Ochoa, Juan Carlos.

Nº de Sentencia: 479/2017

Nº de Recurso: 367/2017

Jurisdicción: SOCIAL

Derecho a prestación de paternidad de trabajador de ETT pese haber cesado con anterioridad al nacimiento de su hijo

PATERNIDAD. Derecho del trabajador a la percepción de la prestación de paternidad. El trabajador en la fecha del hecho causante se encontraba en situación de alta o asimilada al alta, por cuanto, a pesar de estar prestando servicios en una empresa de trabajo temporal en la que había cesado con anterioridad al nacimiento de su hijo, había generado el derecho al disfrute de al menos 10 días de vacaciones anuales, no disfrutadas.

El TSJ País Vasco desestima el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Bilbao en proceso sobre seguridad social, confirmando la sentencia de instancia y declarando el derecho del trabajador a la percepción de la prestación de paternidad.

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 367/2017

N.I.G. P.V. 48.04.4-15/009777

N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2015/0009777

SENTENCIA Nº: 479/2017

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

En la Villa de Bilbao, a 28/2/2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 7 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 15 de noviembre de 2016 , dictada en proceso sobre OSS, y entablado por Arsenio frente a **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE BIZKAIA y TRACKLAN E.T.T. S.L.**

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, 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 actor D Arsenio mayor de edad con DNI Nº NUM000 afiliado a la Seguridad Social con el nº NUM001 prestó servicios por cuenta de la empresa de trabajo temporal TRACKLAN ETT SL desde el 8/6/2015 en virtud de contrato temporal de obra finalizando la relación laboral con fecha 30/9/2015.

A tal fecha el actor había generado el derecho al disfrute de 10 días de vacaciones.

SEGUNDO.-Con fecha NUM002 /2015 nació la hija del actor solicitando el 5/10/2015 ante el INSS prestaciones de paternidad entregando el 16 de octubre la documentación que se le requirió.

TERCERO.-En virtud de Resolución de 19/10/2015 el INSS deniega la prestación solicitada por considerar que el actor no se encontraba de alta ni en situación asimilada al alta a la fecha del hecho causante de la prestación.

CUARTO.-De estimarse la demanda le correspondería al actor una prestación de paternidad por el periodo del 5/10/2015 al 17/10/2015 calculada con arreglo a una base reguladora de 62,29 que importaría un total bruto de 809,77 euros equivalente a un neto de 758,35 euros.

QUINTO.-Se ha agotado la vía de reclamación previa."

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

"Estimando la demanda interpuesta por D. Arsenio frente a INSS , TGSS y la empresa TRACKLAN ETT SL declaro el derecho del actor a la percepción de la prestación de paternidad como consecuencia del nacimiento de su hija el NUM002 /2015 en cuantía bruta de 809,77 euros equivalente a un importe neto de 758,35 euros (periodo del 5 al 17/10/2015) condenando a INSS y TGSS a su reconocimiento y abono y a la empresa a estar y pasar por dicha declaración."

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *La resolución judicial de instancia ha estimado la pretensión del trabajador demandante reconociendo la prestación de paternidad por nacimiento de menor (el 3-10-15, aun cuando solicita el período del 5 a 17 de octubre de 2015), en cuantía que, como veremos es de 809,77 euros brutos, 758,35 euros netos, que accede a la Suplicación por tratarse de cuestión litigiosa de derecho a la prestación y no solo de mera diferencia de cuantificación o base reguladora, en una problemática jurídica referida a la situación jurídica de asimilada al alta y la naturaleza de las cotizaciones o devengos del concepto vacaciones no disfrutadas, todo ello en especificación de una contratación de trabajo temporal a través de una empresa de tal carácter (art. 11 de la Ley 14/94). La juzgadora de instancia aplica-copia la sentencia del TSJ de Castilla y León con sede en Valladolid, de 26-9-16, Recurso 1459/16 , aun cuando no la llega a citar en fecha y número de recurso, que brillantemente resuelve al caso de autos la problemática reproducida por las contrapartes. Concluye la juzgadora de instancia mediante tal reproducción, que el trabajador demandante se encontraba en la fecha del hecho causante en situación de alta o asimilada al alta, por cuanto, a pesar de estar prestando servicios en una empresa de trabajo temporal en la que había cesado el 30-9-15, había generado el derecho al disfrute de al menos 10 días de vacaciones anuales, no disfrutadas, a pesar de la fórmula y manera de cotización que relaciona el art. 11 de la Ley 14/94 con el art. 109, además del 125, de la LGSS aplicable al caso que lo es la de 1994, por cuanto el nacimiento es de octubre de 2015 y el nuevo RDL 8/15 entra en vigor a partir del 2016.*

Disconforme con tal resolución de instancia, la entidad gestora plantea Recurso de Suplicación articulando un único motivo jurídico al amparo del párrafo c) del art. 193 de la LRJS que pasamos a analizar.

Dicho Recurso ha sido impugnado por el beneficiario demandante que insiste en sus argumentos de instancia y recuerda esa doctrina jurisprudencial reproducida.

SEGUNDO.- En lo que se refiere a la revisión jurídica, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las

disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino solo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente iura novit curia o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado.

Como en el supuesto de autos la entidad gestora recurrente denuncia en su motivo único de infracción jurídica el cúmulo de articulado que se corresponde con los arts. 133 nonies, 124.1, 125.1 y 109.1 párrafos 3 y 4 de la LGSS , en relación al art. 11.1 párrafo 3 de la Ley 14/94 de 1 de junio de ETTs , insistiendo en que el trabajador no se encontraba en alta o asimilada al alta puesto que su finalización contractual lo fue el 30-9-15, y en el ámbito de contratación de ETTs, la remuneración y cotización lo es por todas las retribuciones, incluyendo la parte proporcional correspondiente a las vacaciones, con lo que su cotización mensual ya incorpora la parte proporcional de vacaciones que va generando, aunque no se disfruten posteriormente, y por ello no existiría una liquidación complementaria de las que permite afirmar la situación de asimilada a la de alta con cotización que impera en el art. 125.1 tras la reforma habida por la Ley 14/02 , y según el art. 109.1.3 de la LGSS que dice relación a la fórmula de cotización de vacaciones devengadas y no disfrutadas. Por ello, analizaremos dicha situación jurídica a la luz, no solo de la respuesta dada por la instancia con la reproducción de la doctrina jurisprudencial, sino también de los antecedentes normativos y doctrinales que pretendemos explayar, observando que el Recurso de Suplicación de la entidad gestora en ningún momento aborda las problemáticas tan enjundiosas y brillantes que asume la Sala de Valladolid.

El sistema de Seguridad Social español tan solo a partir de la Ley 42/94 , que procedió en menos de tres meses a reformar el RDL 1/94 de 20 de junio , que suponía la refundición de la normativa básica de Seguridad Social que se hacía esperar más de 30 años, introdujo las figuras propias y situaciones características de riesgo durante el embarazo, maternidad y lactancia, como contingencias propias y separadas de la incapacidad laboral transitoria, posteriormente incapacidad temporal por contingencia común, que había caracterizado la regulación de esta protección tan característica y específica de la mujer trabajadora, no solo por cuestiones sanitarias sino también de prestación económica y de suspensión contractual. Por ello se introdujo un nuevo capítulo IV bis con una redacción de articulados que iban del 133 bis al quinquies en peculiar nomenclatura.

Posteriormente, la Ley 39/99 introdujo unas exigencias comunitarias (Directivas 92/85 y 96/34) como acciones positivas de transposición, desarrolladas posteriormente en el RD 1251/01 de 16 de noviembre , y en la actualidad por el RD 291/09 arts. 2 a 21. Y es la LO 3/07 la que efectúa una ampliación de la protección de la mujer trabajadora mejorando los supuestos de suspensión contractual (acogimiento de menores permanente, simple o provisional) ampliando su duración, flexibilizando los requisitos de acceso, incorporando incluso una versión asistencial o no contributiva (que no universal).

En lo que concierne específicamente a la protección de la paternidad, igualmente es la gran novedad constituida por la LO 3/07 como nueva situación de suspensión del contrato de trabajo por paternidad con la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social que sustituye al salario suspendido.

Esa gran novedad introducida por la LO 3/07 en esta materia fue la nueva situación de suspensión del contrato de trabajo por paternidad y la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social que sustituye el salario suspendido. Se buscó convertir en la certera panacea que pretende lustrosamente favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral en términos de efectiva igualdad, para con ello intentar remediar una situación previa en la que participación de las mujeres en las responsabilidades familiares era la habitual y mayoritaria. Piénsese que este objetivo de mayor participación de los padres (progenitores) en el cuidado de sus menores propicia la verdadera conciliación de las responsabilidades familiares y laborales desde la perspectiva de la igualdad de género. No puede olvidarse que ya la Resolución europea del Consejo de Ministros y Asuntos Sociales de

29 de junio del 2000 relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres (véase el orden) en la actividad profesional y en la vida familiar, exigía a los estados miembros la necesidad de evaluar las posibilidades de que en sus ordenamientos jurídicos se reconociese a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad (aunque allí no se hablaba de progenitores, sino sólo de hombres trabajadores) y sin perjuicio de las formas en el orden de concesión de este derecho, que debe determinar la competencia de cada Estado. Así, la Directiva 2006/54 en su art. 16 establece que corresponde a los Estados reconocer esos derechos específicos al permiso de paternidad, tomando las medidas necesarias para proteger la consecuencia del ejercicio de tales derechos, garantizando su reintegro al puesto de trabajo así como las mejoras habidas durante su ausencia. De ahí que la legislación española, a la búsqueda de la corresponsabilidad, establezca esta nueva causa de suspensión contractual y novedosa acción protectora de la Seguridad Social mediante la reforma de los anteriores arts. 45. d) y 48 bis ET , con retoque del anterior art. 30. 3 Ley 30/84 , posterior art. 49 Ley 7/07 , DA6ª Ley 2/08 , y también en el ámbito de la administración judicial en el art. 373 LOPJ

. Y es que la nueva prestación económica tiene como finalidad establecer una renta que sustituye el salario dejado de percibir durante la suspensión de la actividad laboral, que también, según el apartado 1º de la D.T. 7ª L.O. 3/07 , es de aplicación únicamente a las suspensiones contractuales que se produzcan a partir del 24 de marzo de 2007.

En esa nueva regulación que pretende favorecer la conciliación personal, familiar y laboral, se ha utilizado como término la equiparación e igualdad para con la prestación de maternidad. De modo y manera que aquel capítulo 1V ter en los arts. 133 octies, nonies y decies LGSS , recoge como situación protegida en el ámbito de la prestación de paternidad los mismos que para la maternidad, es decir, el nacimiento, adopción o acogimiento familiar, tanto sea permanente, preadoptivo o simple y aún cuando tenga la consideración de provisional (también aquí el carácter provisional no aparece en la regulación del ámbito de la función pública). En el mismo sentido los arts. 22 a 30 del RD 295/09 . Todo ello con las mismas circunstancias y exigencias del Código Civil o leyes autonómicas en relación a los supuestos de suspensión contractual.

El art. 133 nonies LGSS especifica los beneficiarios del subsidio por paternidad como trabajadores por cuenta ajena o cuenta propia, que reúnan la condición general del art. 124.1 LGSS (alta y asimilada), especificando que el periodo mínimo de cotización será de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación de dicha suspensión o alternativamente de 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, sin acreditar otras condiciones que reglamentariamente se determinan en pauta indiferenciada de lo que ocurre con la maternidad.

Por lo tanto, se trata de un derecho que para el caso de parto le corresponde de forma exclusiva al otro progenitor (sea hombre o mujer) y que en los casos de adopción o acogimiento corresponde sólo a uno de esos progenitores a elección de los interesados, si bien cuando el descanso por maternidad haya sido ya disfrutado por uno de esos progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad sólo podrá ser ejercido por el otro. Debe recordarse que la suspensión del contrato de trabajo tiene inicialmente una duración de 13 días ininterrumpidos, que en los supuestos de parto, adopción o acogimientos múltiples se amplía en 2 días adicionales por cada nacido, adoptado o acogido a partir del segundo, y que es independiente del permiso que prevé el art. 37.3 ET por nacimiento de hijo, que es de 2 días sin perjuicio de mejora por convenio colectivo o de normativa de función pública (art 49 Ley 7/07 habla de 15 días y 20 en familias numerosas o discapacitados). Debe recordarse que la Ley 9/09 de 6 de octubre (BOE del 7) ampliaba, de futuro, para el 2011, el permiso otros 15 días más, pero que ese mandato normativo se ha visto vergonzosamente prorrogado en su no entrada en vigor, hasta la redacción de la DF 11ª de la Ley 48/15 que permite desde el 1-1- 17 una duración superior de 4 semanas ininterrumpidas, ampliables en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple en dos días mas por cada hijo a partir del segundo.

La prestación económica por paternidad consiste en el subsidio idéntico al de maternidad que se regula en la forma establecida en el art. 133 quater LGSS , por lo tanto un importe equivalente al 100% de la base reguladora que es la base de cotización del mes anterior en la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes, sin perjuicio de las contrataciones a tiempo parcial según la D.A. 7 LGSS . Y al igual que se hace para la prestación de maternidad el art. 133 decies LGSS especifica que podrá ser denegada, anulada o suspendida por las mismas causas establecidas para la maternidad.

En suma, se ha ampliado el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, con un catálogo que incorpora la

paternidad (art. 38.1 LGSS) en la que se mantiene la obligación de cotizar durante tal periodo de suspensión contractual según art. 106.4 LGSS y donde las cuotas satisfechas durante tal prestación de paternidad surten efecto para el cómputo de los periodos de cotización exigibles a efectos de las correspondientes prestaciones, según art. 124.3 LGSS , como por ejemplo se especifica en la reforma del art. 172.1 b) LGSS para el acceso a las prestaciones de muerte y supervivencia. Igualmente existen las bonificaciones a la cotización a las aportaciones empresariales tanto para las personas que pasan a la situación de suspensión como para las personas que sustituyen mediante contrato de interinidad, en los mismos términos que para la suspensión del contrato por maternidad ya hemos visto.

El devengo prestacional coincide con los términos de la suspensión contractual que puede llevarse a cabo en el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo previsto legal, convencional o judicialmente (art. 37.3 ET) o desde la resolución judicial que constituye la adopción o la decisión administrativa o judicial del acogimiento, y hasta que finaliza la suspensión del contrato regulada por maternidad o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión

Por supuesto, la suspensión contractual y el devengo prestacional podrá serlo en régimen de jornada completo o en régimen de jornada parcial con un mínimo del 50% que es diferenciado y distinto a la limitación de la parcialidad en la suspensión del contrato por maternidad, que no existe. Siendo coincidente con ella que se requiere previo acuerdo entre el empresario y el trabajador de conformidad con el desarrollo reglamentario, debiendo comunicar el trabajador al empresario con la debida antelación al ejercicio de este derecho en los términos establecidos en su caso en los convenios colectivos, de ahí la exigencia de la plasmación y detalle de la negociación colectiva en estas pautas de desarrollo.

Ni qué decir tiene que en el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por paternidad, la regulación detallada de los derechos que se mantiene y se han referido en maternidad, son de aplicación por cuanto cualquier tipo de mejora en las condiciones de trabajo que tenga lugar durante la suspensión del contrato por paternidad y devengo prestacional deberá acceder y acrecer al beneficiario.

Por supuesto, *los trabajadores autónomos pueden acogerse al permiso de paternidad durante el mismo tiempo que los trabajadores asalariados, e incluso también en régimen de jornada parcial*, y debe recordarse que la D.T. 9 L.O. 3/07 preveía que el Gobierno de forma paulatina y gradual ampliaba la duración de la suspensión del contrato de trabajo, y por lo tanto de la prestación económica de la Seguridad Social de paternidad, hasta alcanzar el objetivo de 4 semanas a los 6 años de la entrada en vigor (2013), en un aparente y futurible ámbito de deslegalización para la duración y devengo condicionado que no tiene etapas transitoria ni escalones progresivos de ampliación. Así, la Ley 9/09 de 6 de octubre (BOE del 7) amplía, de futuro, para el 2011, el permiso otros 15 días más, en una corrección de calendario que, adelanta, con nueva propaganda, la previsión legal, pero sin más atenciones o detalles, puesto que las posteriores normas presupuestarias no lo han prorrogado hasta esa vigencia mencionada de 1-1-17 (DF 11ª L 48/15).

Algunas sentencias de interés serían: STSJV 212/08, R. 2269/08, 11-11-08 , R. 2038/08 , 3-11-08 R. 2217/08 , 23-9-08 R. 1780/08 y 24-6-08 R. 799/08; y STS 22- 6-09 R. 2390/08 , 20-5-09 R. 3749/08 , 19-5-09 R. 97/08 , 12-5-09 R. 3764/08 y 21-4-09 R. 1126/08 , 240/13 , 1259/14 , 219/15 , 1025/15 , 1474/15 , 1904/15 , 651/16 con Voto Particular , 817/16 , 821/16 y 1962/16 , entre otros.

Ni que decir tiene que la nueva normativa (aunque no sea aplicable al supuesto de autos) lo conforman los arts. 45.1.d) y 48.7 del ET , RDL 12/15 de 23 de octubre y los arts. 183 a 185 de la nueva LGSS , RDL 8/15 de 30 de octubre , que permiten reinterpretar los arts. 22 y ss. del RD 295/09 aun no alterado. En el mismo sentido, estaríamos ante el art. 49 del RDL 5/15 de 30 de octubre para el empleado público, manteniéndose la vigencia del art. 11 de la Ley 14/04 de ETTs , si bien en el párrafo 1 apartado 3 recoge la referencia a la remuneración e inclusión de la parte proporcional de las vacaciones, y no tiene desperdicio detallar que en el apartado 4 de ese mismo párrafo 1 en su art. 11, establece que "los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual", a lo que añadimos nosotros, y por supuesto

el tipo de contratación y temporalidad (nueva doctrina comunitaria que citaremos).

Y es que como bien afirma la instancia poniendo en boca la redacción de la exquisita sentencia del TSJ de Castilla y León, Sede de Valladolid de 26-9-16 mencionada, en *la problemática jurídica referente a la exigencia y fórmula de remuneración de las contrataciones habidas en empresas de trabajo temporal se deben llevar aparejado e incluido además de las proporcionalidades de las pagas extraordinarias, descansos, también las vacaciones de disfrute obligatorio que no pueden ser sustituidas por retribuciones en metálico, salvo cuando el derecho al descanso se haya devengado por la extinción del contrato u otras causas, y sea imposible el disfrute en especie, lo cual pide hablar de una sustitución incondicionada del derecho al descanso en especie por su retribución en metálico* (sentencia del TSJ de la UE de 16-3-06, asuntos C-131/04 y C-257/04 cuya lectura haría incompatible la interpretación propuesta por la entidad gestora recurrente, máxime cuando su restricción iría en detrimento del derecho del beneficiario en el que opera el efecto vertical de la doctrina comunitaria).

Y es que, sin perjuicio de que el art. 109 de la LGSS de 1994 (hoy 147 base de cotización), es bien cierto que en la fórmula de cotización y/o recaudación afirma que las percepciones de vacaciones devengadas y no disfrutadas suponen una liquidación complementaria, como quiera que la previsión específica en la situación aquí litigiosa de aplicación exigible el concepto "asimilada al alta" proviene de la lectura del art. 125.1 de la LGSS de 1994 (hoy art. 166 situaciones asimiladas a la de alta), donde se prevé que la situación del trabajador durante el período correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato suponen la ventaja o el derecho de una verdadera aplicación para el trabajador beneficiario de la misma doctrina en materia de descanso y tiempo de trabajo, se aplica comunitariamente un tratamiento que debe explayarse al ámbito de la protección social respecto de la igualdad de extensión al tiempo de descanso y a las vacaciones, con una teoría de compensación en metálico en los casos de imposibilidad de disfrute en especie y con prolongación de la situación de alta por asimilación por un número de días equivalentes a esos días de descanso abonados (sentencia del TJUE de 3-5-12, asunto C-337/10, de 22-5-14, asunto C-139/12, de 12-6-14, asunto C-118/13, entre otros muchos), que no hay que olvidar hemos ido aplicando, aunque lo fuese en materias de alcance de obligación retributiva en vacaciones y conceptos con su naturaleza jurídica (sentencias del TS de 8-6-16, Recurso 112/15, 1465 y 207/15, y en nuestra propia doctrina autonómica, Recurso 214/07, 2508/16, 1924, 1781/16, 1463/16 y Demandas 3 y 5/16).

Sin que podamos olvidar el derecho internacional en lo que concierne no solo al Convenio 132 de la OIT sino específicamente el Convenio 181 de 19-6-1997 (art. 12).

Con todo ello, y en alegato evidente de una doctrina comunitaria e internacional, que unida a la respuesta nacional y también a la autonómica, otorga una primacía y eficacia general del derecho comunitario, además de la relevancia aplicativa del derecho internacional, provoca que la conceptualización de protección social y económica respecto de la naturaleza del devengo respecto de las vacaciones no disfrutadas y su situación asimilada al alta, deba comprender, convencionalmente, de manera suficiente y completa, una interpretación ajustada que, con solución inclusiva, sin perjuicio de supuestos o casuismos, concluya con la evidente exigencia de la aplicación de la figura especial de la situación asimilada al alta, que de todos modos, y eso hay que perfilarlo, pudo haber sido contenida, expresada y aplicada con los parámetros de cualquier circunstancia posterior a la extinción de un contrato de trabajo, ya sea subsidiada, o como mero demandante de empleo, para proceder igualmente en cualquier situación jurídica de asimilación.

Ni que decir tiene que *la interpretación restrictiva que promueve la entidad gestora recurrente, desbaratando la protección social al supuesto de autos, parte de una interpretación limitadora, del mismo modo que encuentra contraindicación bajo la nueva doctrina comunitaria que insiste en la no vulneración del derecho europeo para con las figuras de las contrataciones temporales, incluidas las habidas por cesión en ETTs, que nuevamente exige nuestra aplicación directa y el efecto vertical de las Directivas (Directiva 2003/88, 1999/70, 2008/104, entre otras) donde evidentemente la configuración de un trabajo temporal no puede justificar per se ningún tipo de discriminación o diferenciación de aplicación normativa, ya lo sean en contratación directa por una empresarial o bajo la intermediación de las empresas específicas de trabajo temporal, en su caso, agencias de colocación y otros, y tampoco en protección social.*

En resumidas cuentas, como ya hemos venido diciendo con la denominada aplicación de la "doctrina de Diego Porras" (sentencia del TSJUE de 14-9-16, C-596/14 con posterior sentencia del TSJ de Madrid de 5-10-

16, Recurso 246/14 que hemos efectuado en nuestros Recursos 1690 , 1872 , 1990 , 1991 , 2146/16 , entre otros), *entender lo contrario llevaría nuevamente a un trato peyorativo de la contratación temporal interpuesta para con cualquier otra contratación, ya lo sea temporal, ordinaria o indefinida, en términos comparables, que ni por razones objetivas o subjetivas permiten justificar esa diferenciación no plausible.*

Procede, por todo lo manifestado ut supra, la íntegra desestimación del Recurso de Suplicación de la entidad gestora en su única motivación jurídica.

TERCERO.- Como quiera que la entidad gestora goza del beneficio de justicia gratuita aunque ve desestimado su Recurso de Suplicación, en atención al art. 235.1 de la LRJS no habrá condena en costas.

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el Recurso de Suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia dictada en fecha 10-11-16 por el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao en autos nº 971/15 seguidos a instancia de Arsenio frente a INSS, TGSS Y TRACK LAN ETT, S.L., confirmando la resolución recurrida.

Sin costas.

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/

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, 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 4699-0000-66-0367-17.

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 4699-0000-66-0367-17.

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 regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso

deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.