

En BILBAO (BIZKAIA), a 12 de enero de 2018.

Vistos por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a-Juez del Juzgado de lo Social nº 7 D/D^a.
CRISTINA ISABEL PADRO RODRIGUEZ los presentes autos número 729/2017, seguidos a
instancia de
contra AYUNTAMIENTO DE GETXO sobre
DESPIDO Y CANTIDAD.

EN NOMBRE DEL REY
ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 8/2018
ANTECEDENTES DE HECHO

Getxo
UDENEA - AYUNTAMIENTO

2018 URT. 22
ENE. 22

SARRERA
ENTRADA

ENREGISTRADA
REVISADA

ZK/Nº 2167

Con fecha 1 de agosto de 2017 tuvo entrada demanda formulada por
contra AYUNTAMIENTO DE GETXO y admitida a trámite se cito de comparecencia
a las partes asistiendo todas, y abierto el acto de juicio por S.S^a. las comparecidas manifestaron
cuantas alegaciones creyeron pertinentes en defensa de sus derechos practicándose seguidamente
las pruebas que fueron admitidas según queda constancia en el acta correspondiente, y
finalmente manifestaron por su orden sus conclusiones.

En la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El actor mayor de edad con DNI Nº ha
venido prestando servicios por cuenta y cargo del AYUNTAMIENTO DE GETXO como
personal laboral con categoría del Grupo C2- Personal, teniendo reconocido un salario de 89,34
euros/ días y como fecha de ingreso la de 11/11/1999.

La retribución promedio en el periodo de junio de 2016 a mayo de 2017 ascendería a un
importe de 2.841,82 euros mensuales con pp pagas extras.

El actor vino prestando servicios para el citado Ayuntamiento en virtud de diversos
contratos temporales que se verificaron en los periodos que se relacionan:

Del 11/11/1999 al 10/12/1999
Del 20/12/1999 al 28/12/1999
Del 29/12/1999 al 11/1/2000
Del 12/1/2000 al 24/1/2000
Del 25/1/2000 al 27/1/2000
Del 31/1/2000 al 28/11/2000

Del 29/11/2000 al 10/1/2001

Del 11/1/2001 por obra o servicio determinado durante la primera fase de implantación y formación del Control de presencia en el Ayuntamiento de Getxo.

SEGUNDO.- Sin solución de continuidad, con fecha 1/5/2002 se suscribe entre las partes contrato de obra y servicio determinado hasta el 31/10/2003 con objeto el apoyo administrativo a la funcionari en la última fase de implantación del Control de Presencia en el Ayuntamiento.

TERCERO.- En virtud de Decreto nº 3651/2009 de la Alcaldía se procedió por el Ayuntamiento a reconocer a un grupo de trabajadores contratados temporales (entre los que se encontraba el actor) el carácter de indefinidos no fijos de la plantilla de su relación laboral.

CUARTO.- Por Decreto de la Alcaldía nº 2052/2011 de 15 de abril se aprobaron las Bases específicas para proveer en propiedad la totalidad de las 46 plazas vacantes de auxiliar administrativo que entonces existían en el Ayuntamiento entre las que se encontraba la plaza ocupada por el demandante identificada con el nº 432.

QUINTO.- Tras la finalización del proceso selectivo en el que el demandante no obtuvo plaza con fecha 2/7/2017 se le comunica por el Ayuntamiento demandado que se procedía a declarar la extinción del contrato laboral indefinido no fijo del empleado siendo su último día de trabajo el 2/7/2017.

SEXTO.- Los 46 puestos ofertados en la citada OPE han sido cubiertos por las personas que han obtenido plaza como personal funcionario.

SÉPTIMO.- No obstante a la fecha del cese se habían producido otras 5 vacantes de la categoría del actor como consecuencia de ulteriores jubilaciones o incapacitaciones posteriores a la publicación de la OPE, estando dichas plazas cubiertas al momento de la citada OPE.

OCTAVO.- El Ayuntamiento demandado ha reconocido al actor en concepto de indemnización la suma de 11.674,72 euros (teniendo en cuenta un total de periodo indemnizable de 6.017 días) habiendo sido transferido un total de 10.723,91 euros por liquidación total mes de junio mas indemnización. Se ha aplicado retención a cuenta del IRPF al importe de la indemnización (15%).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento se ejercita por el actor acción de despido frente a la decisión del Ayuntamiento empleador de dar por extinguida la relación laboral entre las partes por cobertura reglamentaria de la vacante que ocupaba el trabajador (nº 432).

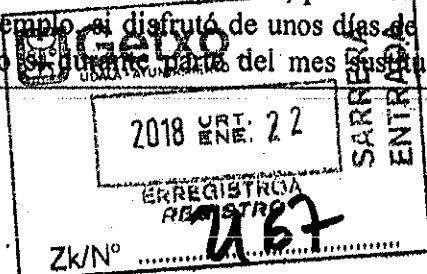
Resultan controvertidas las circunstancias profesionales de antigüedad y categoría. A los efectos indemnizatorios el Ayuntamiento demandado únicamente computa el periodo de

prestación a partir del 11/1/2001 sin tener en cuenta los periodos previos de prestación de servicio al albur de una contratación temporal concatenada.

El Tribunal Supremo en sentencia (Sala de lo Social, Sección 1), de 14 marzo 2007 Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 5473/2005 viene a indicar que: "La solución de la cuestión controvertida ha sido apuntada en sentencias recientes de esta Sala del Tribunal Supremo, reunida en pleno, de fechas 11 de mayo de 2005 (RJ 2005\6511) (rec. 2353/2004) y 16 de mayo de 2005 (RJ 2005\5186) (2425/2004), manteniéndose en otras posteriores como la dictada en fecha 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006\9037) (rec. 4369/2005). Sostienen estas sentencias, matizando doctrina anterior, que una discontinuidad o interrupción superior a veinte días entre contratos sucesivos, pero de duración no prolongada teniendo en cuenta el conjunto del tiempo de trabajo al servicio del mismo empresario, no debe afectar al cómputo del complemento de antigüedad. Igualmente en la sentencia de 17/12/2007 el TS viene a considerar que ha de computarse la antigüedad desde el primer contrato a los efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente, cuando se evidencie lo que se denomina una unidad del vínculo laboral, siempre y cuando aun cuando existan interrupciones entre los contratos estas no sean suficientemente significativas: un mes por lo general, con duraciones mayores -dos meses- pero, en la época estival coincidentes con las vacaciones, con independencia de la posible irregularidad de dicha contratación. En este caso, no se advierte una interrupción significativa en la sucesión de contrataciones temporales previas a la fecha indicada por la parte empresarial, por lo que en consonancia con la doctrina jurisprudencial sobre la materia habría de estarse a la antigüedad indicada por la parte actora fechada el 11 de noviembre de 1999.

Respecto al salario se fija por la parte actora en la suma de 2.859,35 euros mensuales con pp pagas extras, mientras que el Ayuntamiento demandado lo cuantifica en el importe de 32.083,32 euros anuales (2.673,61 euros mensuales con pp pagas extras).

Con carácter general ha de indicarse que el salario regulador de la indemnización y salarios de tramitación, debe ser aquel que corresponda al trabajador, al tiempo del despido, y no el que arbitrariamente abone la empresa. Y al respecto, señalar que la doctrina jurisprudencial SS TSJPV 10/6/05 señala que este salario no significa necesariamente que su importe se ajuste al reflejado en la última nómina, ya que este debe ser objeto de depuraciones de diversa índole: 1) de una parte, incluyendo aquellos conceptos salariales que se hubieren devengado en ese mes y, sin embargo, la empresa no los tenga reconocido o no los haya satisfecho incumpliendo su deber de pago, sin que ello implique el ejercicio acumulado de dos acciones (una por despido y otra por salarios), sino la simple fijación de un elemento a tener en cuenta para establecer las consecuencias del despido (el salario que devenga el trabajador al tiempo de su despido), según criterio que responde a una consolidada doctrina mantenida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en los últimos años, puesta de manifiesto en sus sentencias de 25 de febrero de 1993 (RJ 1993\1441), 8 de junio de 1998 (RJ 1998\5114) y 27 de marzo de 2000 (RJ 2000\7401); 2) de otra, excluyendo aquellos conceptos retributivos reflejados en la nómina que no sean salario (por ejemplo, dietas) o que, siéndolo, correspondan a un mes distinto (sería el caso del abono de los atrasos del convenio); 3) en cambio, habrán de tenerse en cuenta circunstancias singulares del mes que hayan reducido o incrementado su importe en forma excepcional, por circunstancias pasajeras que normalmente no van a repetirse (por ejemplo, si disfrutó de unos días de permiso sin sueldo o estuvo días en incapacidad temporal; o si durante una parte del mes sustituyó a un



compañero de categoría y sueldo superior, etc.); 4) han de añadirse, sin género de dudas, los conceptos salariales que no se abonan ni deben abonar en ese mes, pero se devengan durante éste en una parte proporcional (caso de las pagas extras, que habrán de calcularse incluyendo la parte proporcional correspondiente a su valor en la fecha del despido); 5) finalmente, cabe plantearse lo que ha de hacerse con los conceptos salariales de importe variable y pago mensual, respecto al cual surgen dudas sobre el modo de tenerlos en cuenta, correspondiente a un período más dilatado de tiempo. La determinación de éste no es algo establecido normativamente, debiendo primar el criterio que mejor se ajuste a la finalidad de la norma, que no es otro que tener en cuenta el salario que se devenga en la fecha del despido. En relaciones laborales sujetas a una gran variación y aleatoriedad en las retribuciones, como es la de representantes de comercio, se adopta legalmente un módulo temporal bianual o período inferior en su caso (art. 10-3 del R. Decreto 1438/1985, de 1 de agosto [RCL 1985\2023]), pero no cabe aplicarla analógicamente más que en casos en los que concurren esas mismas circunstancias. Es frecuente, en muchas normas sectoriales, que en orden a la retribución de las vacaciones (que ha de hacerse a salario real), se establezcan criterios sobre el modo de cálculo (promedio de tres últimos meses, etc.), que puede servir como norma de referencia para su aplicación analógica.

En este caso, el salario regulador se ha de obtener de los datos sobre bases de cotización del actor del período junio de 2016 a mayo de 2017 que consta en el doc 4 de la parte actora, de donde resultaría un total computable de 34.101,84 euros o lo que es lo mismo 2.841,82 euros mensuales con pp pagas extras.

SEGUNDO.- En cuanto al fondo, idéntica cuestión se ha resuelto ya en el ámbito de los Jugados de lo Social de Bilbao nº 6 de 30/11/2017 y mantenida también por la dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de 28/12/2017 en relación a otros compañeros del demandante, en criterio que se ha de compartir por identidad de razonamientos con el basamento de la doctrina contenida en la Sentencia del TS de fecha 28/3/2017 sobre la misma cuestión. Se razona así lo siguiente: (...) "La cuestión que se plantea viene siendo objeto de múltiples controversias, la mayoría de ellas ya abordadas por esta Sala IV del Tribunal Supremo que ya ha sentado doctrina y establecido criterios a los que se debe estar con relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público, habiéndose resuelto que corresponde el abono de la indemnización al art. 49-1-c) del ET. Esta doctrina, sentada en nuestras sentencias de 15 de junio de 2015 (RJ 2015, 4287) (Rec. 2924/2014), 6 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4782) (Rec. 2592/2014), 4 de febrero de 2016 (RJ 2016, 915) (Rec. 2638/2014) y 7 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5622) (Rec. 755/2015), entre otras es resumida por la citada en último lugar diciendo:

"En la STS/4º/Pleno de 24 junio 2014 (RJ 2014, 4380) (rcud. 217/2013) nos pronunciábamos en relación con el cese del personal indefinido no fijo de la Administración en el supuesto específico de amortización de las vacantes. En dicha sentencia, superando anteriores criterios jurisprudenciales contenidos en la STS/4º de 22 julio 2013 (RJ2013\7657) (rcud. 1380/2012) y las anteriores que en ella se citan, se afirma que, tras la entrada en vigor de la Disp. Ad. 20ª ET, había que entender que el sistema legal de amortización de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas debía sujetarse a lo dispuesto en los arts. 51 y 52 ET, de manera que no resultaba ajustado a derecho proceder a la simple y automática amortización de los puestos de trabajo sin indemnización y sin acudir a las referidas vías legales establecidas para la extinción de los contratos de trabajo por esa causa..."

"...En relación con la finalización de esos contratos por la cobertura reglamentaria de la plaza, es éste un supuesto de extinción del vínculo que no puede ser calificado de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET., y a estos casos hemos venido anudando las consecuencias indemnizatorias previstas en la letra c) del mismo precepto, desde el momento en que la calificación de contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en el desarrollo temporal de ese vínculo con la Administración, en la que a pesar de esas irregularidades no cabe alcanzar la condición de fijo, como ocurriría en la empresa privada, por las razones relacionadas con los principios de acceso a puestos públicos..."

"... El citado art., 49.1 c) ET establece que el contrato de trabajo se extinguirá por «expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato». Y añade que «A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación». La norma se completa con la Disp. Trans. 13ª ET en cuanto a la aplicación temporal en función de la fecha de contratación..."

"... La norma resulta también de aplicación a los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración que son cesados por ocupación reglamentaria de la vacante, pues esa solución resulta perfectamente adecuada a la interpretación de la mismas y, además, es acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En concreto en el ATJUE de 11 diciembre 2014 (Asunto León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149), que da respuesta a una cuestión prejudicial española, se deja patente que los denominados trabajadores indefinidos no fijos se hallan incluidos en el marco de la Directiva 1999/70/CE (LCEur 1999, 1692) del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Además, el TJUE pone de relieve que es contraria a la Directiva una normativa nacional que no incluya ninguna medida efectiva para sancionar los abusos (en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco) resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público.

Dado que la medida efectiva puede consistir en una indemnización y que el Ordenamiento jurídico interno español contiene ya ese mecanismo en el art. 49.1 c) ET, ninguna justificación podría aceptarse para excluir la indicada indemnización por la mera circunstancia hallarnos ante relaciones de trabajo que se desarrollan del sector público."

4. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso nos llevaría a estimar el recurso del Abogado del Estado, como hemos hecho en supuestos anteriores. No obstante, un examen más profundo de la cuestión, nos obliga a replantearnos la cuestión relativa a la cuantía indemnizatoria que procede en estos casos y a fijar un nuevo criterio cuantitativo con base en las siguientes razones:

Primera.- Porque la figura del indefinido no fijo, que es recogida en la Ley, el Estatuto Básico del Empleado Público (RCL 2015, 695 y

2018 URT. ENE. 22

SARRA ENTRA

ERREGISTROA
REGISTRO

ZK/Nº 1167

1838) (EBEP (RCL 2015, 1695 y 1838)), aprobado por (RDL5/2015, de 30 de octubre (RCL 2015, 1695)), cuyos artículos 8 y 11-1 nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y sólo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal.

Segunda.- Porque el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal se lleva a cabo por empresas privadas el contrato se convierte en fijo, (art. 15, números 3 y 5, del ET), pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículos 103 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y 9-2, 11-2, 55, 70 y demás concordantes del Estatuto Básico del Empleado Público), no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Tercera.- Porque, cual se deriva de lo señalado, la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cual debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo.

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

Por consiguiente siguiendo el criterio sentado por el TS sobre la materia ha de entenderse que el cese del actor en la plaza ocupada con motivo de la cobertura reglamentaria de la misma no constituye un despido sino una extinción contractual válida conforme al régimen antedicho, por lo que resultaría a tales efectos indiferente que a la fecha del cese existan plazas vacantes, cuya cobertura, no estaría afectada por la provisión reglamentaria de la plaza que se ha de

analizar en este caso, que es la que ocupaba el actor y que, como no se discute, fue una de las que salió a concurso en la OPE del año 2010-

TERCERO.- En cuanto al cálculo de la indemnización igualmente habrá de atenderse al criterio indicado en la Sentencia del TS de 28/3/20174 en lo que se refiere a la modificación del criterio anterior relativo a la indemnización aplicable en caso de extinción de un contrato indefinido no fijo debido a la cobertura reglamentaria de la vacante, que se fijará conforme al módulo de veinte días de salario por año de servicio con el límite de doce mensualidades de salario. El importe resultante se correspondería en este caso, teniendo en cuenta la fecha de antigüedad y salario referenciados en la cuantía de 33.008,40 euros.

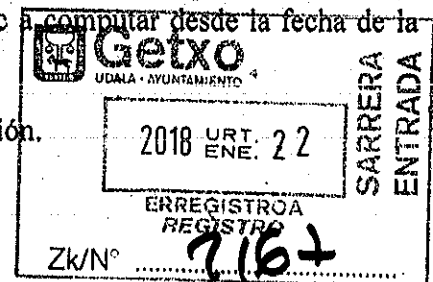
A dicha cantidad habrá de descontarse el importe ya abonado en concepto de cuantía imputable al pago de la indemnización que se fija en la suma de 9.923,51 euros (15% de IRPF aplicado al importe indemnizatorio de 11.674,72 euros sin que se justifique la razón de aplicar tal retención a indemnizaciones en principio exentas) de donde resultaría un importe pendiente de 23.084,89 euros. (33.008,40 – 9.923,51).

Procederá en su virtud la estimación de la demanda parcialmente en cuanto a su pretensión subsidiaria, condenando al Ayuntamiento demandado al abono de la diferencia indemnizatoria que se correspondería con el importe indicado.

CUARTO.- En cuanto al interés por mora en el pago, teniendo la partida naturaleza indemnizatoria se estará a lo dispuesto en el art 1.108 del Co a computar desde la fecha de la presentación de la demanda.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación.

FALLO



Estimando la demanda interpuesta por frente al AYUNTAMIENTO DE GETXO y FOGASA parcialmente en cuanto a su petición subsidiaria y declarando conforme a derecho la extinción producida el 2/7/2017, condeno al AYUNTAMIENTO DE GETXO a abonar al actor en concepto de diferencia indemnizatoria por tal extinción, la suma de 23.084,89 euros absolviendo del resto de peticiones deducidas en su contra.

Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, debiendo ser anunciado tal propósito mediante comparecencia o por escrito ante este Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, debiendo designar letrado/a o graduado/a social para su formalización.

Para recurrir la demandada deberá ingresar en la cuenta nº 0049-3569-92-0005001274, expediente judicial nº 4776-0000-00-0729-18 del Banco Santander, con el código 65, la cantidad líquida importe de la condena, sin cuyo requisito no podrá tenerse por anunciado el recurso. Dicha consignación puede sustituirse por aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, en la forma dispuesta en el artículo 230 de la LJS.

Asimismo, el que sin tener la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, anuncie recurso de suplicación deberá ingresar en la misma cuenta corriente, con el código 69, la cantidad de 300 euros en concepto de depósito para recurso de suplicación, debiendo presentar el correspondiente resguardo en la Oficina judicial de este Juzgado al tiempo de anunciar el recurso.

Están exentos de constituir el depósito y la consignación indicada las personas y entidades comprendidas en el apartado 4 del artículo 229 de la LJS.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.