

Verde Caravan. Enero 2019

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia  
Administrazioaren Ofizio Papera



Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la  
Comunidad Autónoma del País Vasco

RECURSO N°: Recurso de suplicación  
2297/2018

SENTENCIA N°: 2466/2018

NIG PV 48.04.4-17/007074 Zk/N°  
NIG CGPJ 48020.44.4-2017/0007074



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

En la Villa de Bilbao, a 11 de diciembre de 2018.

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. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, Presidente en funciones, D<sup>a</sup> MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI y D. JOSE FELIX LAJO GONZALEZ, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por [REDACTED] y AYUNTAMIENTO DE GETXO contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 15 de junio de 2018, dictada en proceso sobre despido (DSP), y entablado por [REDACTED], frente a AYUNTAMIENTO DE GETXO.

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. JOSE FELIX LAJO GONZALEZ, 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: La demandante ha venido prestando servicios para el AYUNTAMIENTO DE GETXO desde el 23 de mayo de 2000, con categoría de Grupo C2-Seguridad y Orden Público y salario bruto anual de 31.953,82 euros incluida la prorrata de pagas extras.

SEGUNDO: Ha prestado servicios para la demandada en los siguientes períodos:

Del 23 de mayo de 2000 al 26 de mayo de 2000  
Del 6 de junio de 2000 al 29 de septiembre de 2000  
Del 2 de octubre de 2000 al 4 de diciembre de 2000  
Del 19 de diciembre de 2000 al 29 de diciembre de 2000  
Del 9 de febrero de 2001 al 8 de agosto de 2001  
Del 16 de agosto de 2001 al 30 de noviembre de 2009  
Del 1 de diciembre de 2009 al 2 de julio de 2017

Se dan por reproducidos los contratos de trabajo aportados y el certificado de vida laboral de la trabajadora demandante.

**TERCERO:** En octubre de 2009 se reconoce a la actora la condición de indefinida no fija hasta la cobertura reglamentaria de la plaza, y queda destinada al puesto 7871, puesto al que ha estado adscrita hasta la extinción.

**CUARTO:** Por Decreto de Alcaldía 2052/2011 de 15 de abril se aprobaron bases para proveer 46 plazas de auxiliar administrativo. A resultas del anterior procedimiento tomaron posesión 46 personas el 3-7-2017.

Entre ellas una persona que ocuparía la plaza 7871.

**QUINTO:** La trabajadora es cesada el 2-7-2017 tras notificación de 26-6-2017. En el momento del cese se le remunera con una indemnización de 11.272,52 euros brutos (equivalente a 8 días/año).

**SEXTO:** No consta que la actora ostente, ni haya ostentado la condición de representante legal de los trabajadores."

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

"**ESTIMANDO PARCIALMENTE** la demanda presentada por [REDACTED] frente al AYUNTAMIENTO DE GETXO, debo declarar y declaro que la demandante no ha sido objeto de un despido, declarando conforme a derecho la extinción producida el 2 de julio de 2017, reconociendo a la actora una indemnización de 30.474,26 euros brutos de la que deberá descontarse la ya abonada de 11.272,52 euros brutos."

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- RECURSOS INTERPUESTOS.**

Interpone recurso el demandado, AYUNTAMIENTO DE GETXO, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº2 de Bilbao, de fecha 15 de junio de 2.018, que estima parcialmente la demanda interpuesta por [REDACTED] y declara que no ha sido objeto de un despido, y que ha sido conforme a derecho la extinción producida el dos de julio de 2017, reconociendo a la actora una indemnización de 30.474'26 euros brutos, - 20 días por año de servicio, de los que deberá descontarse la ya abonada de 11.272'52 euros brutos, - ocho días por año-. El recurso contiene un único motivo de censura jurídica.

La actora ha impugnado el recurso, vertiendo las alegaciones que obran en autos.

Por su parte la trabajadora también recurre la sentencia, con dos motivos de revisión de hechos y dos de censura jurídica.

El Ayuntamiento empleador ha impugnado el recurso.

### **SEGUNDO.- RECURSO DE LA PARTE ACTORA. REVISION DE HECHOS PROBADOS.**

En los dos primeros motivo del recurso, y con amparo en el artículo 193 b) LRJS, por la trabajadora demandante se solicita la revisión del relato de hechos probados.

Hay que tener presente que la revisión de hechos probados está constreñida en nuestro ordenamiento procesal laboral, habida cuenta el carácter extraordinario del recurso de suplicación. Dicho carácter supone que el recurso de suplicación no es una segunda instancia y que la valoración de la prueba es competencia del Juez de lo social, que preside el acto del juicio y la práctica de la misma conforme a los principios de oralidad e inmediación, -artículo 74 LRJS-. Por consiguiente, la modificación del relato de hechos probados únicamente es posible cuando a través de la prueba documental o pericial, - en ningún caso testifical-, se constata un error claro y evidente del juzgador.

Conviene además recordar las reglas básicas que ha venido compendiando la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 16- septiembre-2014, rec. 251/2013, 14-mayo-2013, rec. 285/2011 y 5-junio-2011, rec. 158/2010, entre otras) sobre la forma en que se ha de efectuar la revisión fáctica, a saber:

- a).- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.
- b).- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del Juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara.
- c).- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
- d).- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, SSTS 17/01/11 -rco 75/10 ; 18/01/11 -rco 98/09 ; y 20/01/11 -rco 93/10 ).

Insistiendo en la segunda de las exigencias, se mantiene que los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión fáctica deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (así, SSTS 22/05/06 - rec. 79/05 ; y 20/06/06 -rec. 189/04 ).

En el caso que nos ocupa no resulta admisible la revisión de hechos probados interesada por la parte recurrente, por los razonamientos siguientes:

1º.- Pretende la trabajadora que se modifique el HP 1º, para hacer constar que *el salario bruto anual es de 37.334'76 euros o subsidiariamente 33.378'74 euros* en lugar de los 31.953'82 euros que indica la sentencia.

La revisión fáctica debe rechazarse por este Tribunal. En primer lugar, porque esta revisión fáctica no va acompañada de ninguna censura jurídica concreta en los dos motivos fundados en derecho. La parte recurrente ni siquiera menciona el salario en los dos motivos de censura jurídica, por lo que la revisión fáctica que propone deviene estéril, al no ir acompañada de un razonamiento jurídico que se traduzca en posible una alteración del fallo de la sentencia. Es reiterada la doctrina jurisdiccional que establece que para que una pretensión revisora de un hecho declarado probado pueda ser viable en el Recurso de Suplicación ha de tener trascendencia en la parte dispositiva, es decir en el fallo que se recurre, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos que no conduzcan a nada práctico, así se ha manifestado el TS. *En las Sentencias de 12 de marzo y 29 de octubre de 2002, 7 de marzo de 2003, 6 de julio de 2004, 20 de junio de 2006, 10 de diciembre de 2009, 26 de enero y 18 de febrero de 2010 y 18 de enero de*

2011, y en las que en ellas se citan. La mera cita de los artículos 15, 55 y 56 ET que se hace en el motivo cuarto del recurso resulta vacua e insuficiente, al no ir acompañada de ningún razonamiento relacionado con la revisión de hechos que aquí examinamos. Por ello, no siendo posible construir de oficio el recurso en este punto, debemos concluir que la revisión fáctica propuesta atinente al salario resulta estéril pues no puede conducir a ninguna modificación del fallo.

A mayor abundamiento, la parte recurrente pretende modificar el salario día tomando la nómina del mes anterior al despido y multiplicándola por 12, lo que contraviene la doctrina del TS en esta materia, que, desde antiguo, - STS de 30 de junio de 2008-, atiende al salario íntegro de las últimas doce mensualidades anteriores al despido.

Tampoco sería admisible el cálculo subsidiario efectuado a partir de las cotizaciones a la TGSS, - documento nº4 del ramo de la parte actora-. La juzgadora atiende a las 12 nóminas, - folios 222 y siguientes-, sin que la parte recurrente explique el error que pueda haber cometido. Como indica la parte impugnante, en las nóminas existen incluso conceptos claramente extrasalariales, como seguros de vida y prestaciones sociales, - folio 234-, de manera que habría que descontar estos conceptos, sin que en el recurso se indique nada al respecto.

2º.- Pretende la trabajadora que se modifique el HP 5º, para hacer constar que *la indemnización que ha percibido por el cese en realidad asciende a 9.243'46 euros, - equivalente a ocho días por año-*, en lugar de los 11.272'52 euros brutos que se indica en la sentencia.

No se acepta la revisión fáctica interesada, pues resulta innecesaria. El hecho probado quinto recoge la indemnización *bruta* con la que se remuneró al trabajador, - véase el folio 161-, y no existe ningún error fáctico que deba corregirse en esta suplicación. La parte recurrente pretende hacer constar que finalmente se aplicó una retención impropia a efectos del IRPF. Por su parte, la parte impugnante reconoce que se ha practicado la retención y la defiende jurídicamente. Partiendo de que las cantidades que recoge el relato fáctico de la sentencia son cantidades *brutas*, no resulta necesaria una mayor precisión al respecto, y no debe suprimirse este dato, sin perjuicio del debate acerca de la retención practicada que se articula en derecho y al que daremos cumplida respuesta.

### **TERCERO.- CENSURA JURIDICA DE LA PARTE DEMANDANTE.**

En el tercer motivo del recurso, y con amparo en el artículo 193 c) LRJS, se denuncia por la trabajadora recurrente infracción del artículo 9.5 de la norma foral 13/2013 de cinco de diciembre, del IRPF; alegando que no procede realizar descuento fiscal alguno a la

indemnización por fin de su contrato, por lo que a la indemnización que finalmente fije este Tribunal debe serle restada la indemnización correspondiente a ocho días efectivamente percibidas, que asciende a 9.243'46 euros.

En el cuarto motivo del recurso la trabajadora denuncia la infracción de los artículos 15, 55 y 56 ET, alegando que no existe base para la extinción de su relación laboral, al haber prestado servicios durante un largo recorrido profesional en la Administración demandada, y ubicada en distintos departamentos, por lo que el despido debe declararse nulo o subsidiariamente improcedente, o subsidiariamente debe ratificarse la sentencia que reconoce 20 días de indemnización por el cese.

#### **CUARTO.- RAZONAMIENTO Y DECISION DEL TRIBUNAL.**

Partiendo del inalterado relato de hechos probados, el recurso debe ser estimado en parte, por los motivos jurídico-fácticos siguientes:

**A.-** La sentencia recurrida declara probado que la actora, (que viene prestando servicios para la demandada, con categoría de grupo C2, desde el año 2000), el año 2009 fue reconocida como indefinida no fija, hasta la cobertura de la plaza, y destinada al puesto 7871, al que ha estado adscrita hasta la extinción. La Alcaldía convocó la provisión de 46 plazas de auxiliar administrativo, y tomaron posesión 46 personas el 3 de julio de 2017, entre ellas una persona que ocupó la plaza 7871, siendo la actora cesada el dos de julio.

La sentencia recurrida declara ajustada a derecho la decisión extintiva, pero considera que la indemnización que corresponde a la actora, dada su condición de indefinida no fija, es la de 20 días por año de servicio, lo que supone la cantidad a su favor de 30.474'26 euros, de los que habrá que descontar los 11.272'52 euros brutos ya percibidos.

**B.-** Analizaremos en primer lugar, por lógica procesal el cuarto motivo del recurso, del que depende el tratamiento del tercer motivo esgrimido por la trabajadora recurrente. La cuestión relativa a la extinción de los contratos indefinidos no fijos por cobertura reglamentaria de la plaza ha sido analizada y resuelta por este Tribunal, precisamente con relación al Ayuntamiento de Getxo ahora nuevamente demandado.

Así, en nuestra sentencia de dos de octubre de 2018, recurso 1592/2018, aseveramos:

*Según hemos indicado previamente sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado (hemos citado las sentencias de la Sala del TSJPV, Sala de lo Social), y ahora exclusivamente cabe indicar que conforme a la jurisprudencia que ya hemos también precisado del TS (por todas TS 9-5-2017, recurso 1806/2015 o para el cese por amortización de la plaza la de 30-3-2017, recurso 961/15), la relación del trabajador indefinido supone una situación de permanencia y estabilidad, y ella implica el que la causa de extinción deba articularse de forma idónea por un cauce extintivo, no operando automáticamente como si se tratase o de un trabajadora temporal o de un trabajador sin derecho a ninguna indemnización, porque la causa genera, según esa doctrina jurisprudencial, una indemnización; pero ello no implica el que el cese no sea adecuado, y ello se enlaza, directamente, con esa doctrina que se viene admitiendo dentro de nuestro derecho y que prioriza la estabilidad del trabajador fijo frente al indefinido, por razón del acceso mediante las vías del art. 103 CE (mérito, capacidad, publicidad...).*

En la misma línea podemos citar la STS de 22-2-2018, rec. 68/2016.

Debemos reiterar nuevamente nuestros argumentos, por evidente coherencia y seguridad jurídica. Al haberse acreditado la cobertura de la plaza ocupada por la demandante, debemos calificar de ajustado a derecho su cese, tal y como se ha resuelto en la sentencia recurrida, sin perjuicio de los derechos indemnizatorios que le corresponden.

C.- Por lo que respecta al tercer motivo del recurso, relativo a la indebida aplicación de una retención fiscal en la indemnización por el cese abonada a la actora, - artículo 9.5 de la Norma Foral 13/2013-

Sobre esta cuestión también nos hemos pronunciado en nuestra sentencia de dos de octubre de 2018, en los términos siguientes:

*“El quinto motivo alude a la Norma Foral 13/2013, de 5 de diciembre, art. 9,5. Se indica que la sentencia de instancia ha realizado una deducción de lo percibido conforme a un porcentaje inferior, siendo que se trata de una indemnización. Es materia laboral la determinación de la cuantía del impuesto devengado (TS 24-11-2009, recurso 2757/2008 y 11-1-2018, recurso 491/16); de otro lado, al empleador le corresponde, en su caso, el descuento del impuesto (TS 24-11-2009, recurso 2757/2008 que ya hemos citado). En esta situación y, siendo que los salarios y las cuantías a percibir en la jurisdicción social son brutas, no procedería ningún descuento específico relativo al impuesto, sin perjuicio de la liquidación que pudiese realizarse; pero, y en nuestro caso, la cuantía indemnizatoria no responde a una contratación temporal, y conforme a la misma norma que cita el recurrente, por ello, no debe descontarse ninguna cuantía por impuesto de*

*renta. Al ser ello así, y conforme a esa naturaleza a la que hemos aludido previamente compensatoria de una extinción que por analogía se equipara a la del art. 52 ET, despido objetivo, vamos a confirmar en este extremo la sentencia de instancia, porque no es aplicable ningún tramo impositivo, por lo que la cuantía que fija la instancia es confirmable”.*

Reiterando nuestros argumentos, debemos afirmar que no procede descontar cantidad alguna en concepto de IRPF a la indemnización por cese a percibir por esta trabajadora. Puesto que la empresa ha practicado indebidamente una retención de 14%, (no del 18%, como se dice en el recurso), de la indemnización de 30.474'26 euros no es posible descontar en su totalidad los 11.272'52 euros que se indican en la sentencia, sino que la cantidad a deducir ha de ser la de 9.694'37 euros, que son los que realmente ha percibido el trabajador tras la indebida retención fiscal del 14% practicada por su empleador. Por consiguiente, en este aspecto concreto debemos estimar el recurso de la parte actora; sin costas, - artículo 235 LRJS-.

#### **QUINTO.- RECURSO DEL AYUNTAMIENTO EMPLEADOR.**

En el único motivo del recurso, y con amparo en el artículo 193 c) LRJS, se denuncia por el empleador recurrente la infracción del artículo 49.1 c) ET; alegando que los trabajadores indefinidos no fijos deben tratarse como temporales; y que no es posible tratar este cese como un despido por causas objetivas, por lo que la sentencia que él ha abonado a la trabajadora es la correcta.

#### **SEXTO.- RAZONAMIENTO Y DECISION DEL TRIBUNAL.**

El recurso del Ayuntamiento demandado debe ser desestimado por los motivos siguientes:

Como también decíamos en nuestra sentencia de dos de octubre de 2018:

*“Nuestra alta jurisprudencia (por todas TS 9-5-2017, recurso 1806/2015), ha indicado que el trabajador indefinido tiene derecho a la indemnización de 20 días por año cuando se produce la cobertura de la plaza. La equiparación que se realiza de este trabajador a las circunstancias del trabajador fijo está referida a mantener la consistencia de una relación entre la Administración y sus empleados declarados indefinidos. No se les puede asimilar a este colectivo laboral a los trabajadores temporales pues la cualificación de su vínculo contractual les dota de unas perspectivas y derechos superiores, y por ello es que la analogía a la extinción de su contrato por una de las causas que provienen de su misma naturaleza es la de asimilarles a aquellos supuestos que operan por la vía del art. 52 ET. La configuración de un elemento relacional como la del trabajador indefinido*



*debe tener sus propios efectos en cuanto que responde a una contratación que se encuentra dentro de las indefinidas, con permanencia y vocación de continuidad, en una dotación concreta a su vínculo de estabilidad. Es por ello que la extinción puede producirse por la concurrencia de una causa, pero los efectos de la misma tienen que abordarse desde la proyección de la continuidad en el trabajo y de la eventualidad de la pérdida de un puesto laboral que, en principio, se presume continuado y permanente. Esta regla de permanencia es la que rige dentro de nuestro Ordenamiento frente a las vinculaciones temporales y así lo expresa el art. 8 ET”.*

Reiteramos nuevamente al Ayuntamiento recurrente que la trabajadora, dada su condición de indefinida no fija, tiene derecho a una indemnización de 20 días, por la cobertura reglamentaria de su plaza. No es cierto que la sentencia del TS de 2-4-2018, rec. 27/2017, entre en contradicción con esta tesis, ni deja sin efecto la indemnización de la que se hacen eco las anteriores resoluciones de 28-3-2017, rec. 1664/2015, seguida por las de 9-5-2017, rec. 1806/2015, 12-5-2017, rec 1717/2015 y 22-2-2018, rec. 68/2016. En todas ellas y con independencia de que se declara ajustada a derecho la extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza, se entiende que ello no es obstáculo para reconocerle al afectado una indemnización de 20 días por año de servicio.

La desestimación del recurso del empresario supone su condena en costas, que comprenderán los honorarios del Letrado/Graduado Social de la parte impugnante hasta la cuantía de 1.000 euros, - artículo 235 LRJS-.

Debemos, por todo lo expuesto, desestimar el recurso de la empresa y estimar en parte el de la parte actora.

Vistos os artículos citados y demás de pertinente aplicación,

### FALLAMOS

ESTIMAMOS en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación de [REDACTED] y revocamos parcialmente la sentencia de fecha 15 de junio de 2.018 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao, fijando en 9.694'37 euros la cantidad que se debe descontar de la indemnización fijada a su favor en la sentencia recurrida, que se confirma en el resto de sus pronunciamientos; y DESESTIMAMOS el recurso planteado por el AYUNTAMIENTO DE GETXO, con imposición de en costas al mismo, que comprenderán los honorarios del Letrado/Graduado Social de la parte impugnante hasta la cuantía de 1.000 euros.

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.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, 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 4699-0000-66-2297-18.

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 4699-0000-66-2297-18.

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.

