

RECURSO N°: Recurso de suplicación
2410/2018
NIG PV 48.04.4-17/007078
NIG CGPJ 48020.44.4-2017/0007078

SENTENCIA N°: 21/2019

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

En la Villa de Bilbao, a 8 de enero de 2019.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA y D. JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE GETXO y [REDACTED] 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 la Il^{ta}. 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: La demandante ha venido prestando servicios para el AYUNTAMIENTO DE GETXO desde 9 de diciembre de 2002, con categoría de Grupo C2- intervención y salario bruto anual de 31.492,86 euros incluida la prorrata de pagas extras.

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

Del 9 de diciembre de 2002 al 10 de diciembre de 2002

Del 19 de diciembre de 2002 al 18 de junio de 2003

Del 19 de junio de 2003 al 30 de noviembre de 2009

Del 1 d 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 7842, 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 7842.

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 9.797,76 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 25.514,99 euros brutos (de la que deberá descontarse la ya abonada de 9.797,76 euros brutos)."

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La instancia ha estimado parcialmente la demanda actuada por [REDACTED] [REDACTED] contra el Ayuntamiento de Getxo, declarando que el cese de la demandante como consecuencia de la provisión definitiva de la plaza que venía ocupando (categoría C2-Intervención, plaza 7842), no constituye un despido y sí la extinción contractual por circunstancias objetivas, con derecho a la indemnización que fija conforme al parámetro de 20 días de salario por año de servicio, 25.514,99 euros, de la que debe descontarse la abonada por la entidad local demandada conforme al art.49.1c) ET y que la sentencia fija en 9.797,76 euros.

Ambas partes recurren en suplicación la sentencia; la Administración local para que se ratifique la validez de la extinción del contrato temporal y por tanto de la indemnización abonada a la actora, en tanto que ésta interesa en su recurso que se declare la nulidad de su despido y de forma subsidiaria la improcedencia del mismo, o en su caso que ratificando la calificación del cese contenida en sentencia se deduzca únicamente la indemnización efectivamente cobrada, 8.034,16 euros, esto es, sin deducciones ni retenciones como ha practicado la demandada a la indemnización abonada.

SEGUNDO.- Comenzaremos examinando el recurso de la demandada dado que, de prosperar, no tendría sentido pronunciarnos sobre el de la parte actora.

El único motivo que articula, de censura jurídica, debidamente apoyado en la letra c) del art.193 LRJS, denuncia la infracción del art.49.1c) ET sosteniendo en definitiva que lo ocurrido no es otra cosa que la válida extinción del contrato por cobertura de la plaza, invocando STS de 30 de marzo de 2017 (rec.961/2015), para incidir en que el contrato llevaba inserta y compatible con su temporalidad, una condición resolutoria tácita consistente en la cobertura reglamentaria de la plaza, que no ha de confundirse con la amortización de la plaza, descartando que resulte aplicable a la extinción contractual examinada la STS de 28 de marzo de 2017 (rec.1664/2015) que aplica la instancia.

Esta Sala se ha pronunciado ya sobre extinciones contractuales llevadas a cabo por la corporación demandada en supuestos similares al que ahora nos ocupa, por ejemplo en sentencias de 27 de marzo, 3 de julio, 17 de julio, 2 de octubre y 13 de noviembre, todas ellas de 2018 (rec.501/2018, 1213/2018, 1340/2018, 1592/2018 y 2106/2018), en las que nos remitíamos a la doctrina unificada por la Sala Cuarta en las mentadas sentencias de 9

de mayo de 2017 y 28 de marzo de 2017, que aplica la ahora recurrida, extendiéndose el Alto Tribunal sobre la figura del indefinido no fijo, condición que reunía la actora (hecho probado tercero de la sentencia), concluyendo que *“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 ...”*.

Línea decisoria que es la adoptada por la instancia que, consiguientemente, hemos de ratificar, con la subsiguiente desestimación del recurso del Ayuntamiento de Getxo.

TERCERO.- Abordando el entablado por [REDACTED] los dos primeros motivos, amparados en la letra b) del art.193 LRJS, cuestionan el relato fáctico de la sentencia recurrida, en concreto sus hechos probados primero y quinto.

De modo previo recordamos que la Sala Cuarta (entre otras, en sentencias de 18 de febrero de 2014, rec. 108/2013, 14 mayo de 2013, rec. 285/2011, y 17 de enero de 2011, rec. 75/2010), viene exigiendo para que prospere la revisión de hechos probados que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, junto con la redacción que se propone del nuevo ordinal con apoyo en la concreta prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador de instancia, de una manera manifiesta, evidente y clara, pero además exige que sea trascendente para modificar el fallo de instancia. Subraya además, que no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios pues ello supondría sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia por el de la parte, lógicamente parcial e interesado, y es el Magistrado de instancia, quien, en virtud de las facultades que le confiere el art.97.2 LRJS, es soberano para examinar los distintos elementos de convicción unidos al proceso, optando entre las pruebas que se someten a su consideración por las que considere que apoyan de una manera más real y eficaz el relato fáctico.

La primera de las reformas, encaminada a la variación del hecho probado primero de la sentencia, pretende la modificación del salario de la demandante a fin de que figure que el mismo asciende a 91,19 euros día, o de modo secundario a 90,62 euros diarios, reforma que apoya en las bases de cotización de la trabajadora inserta en la documental

que señala, y reforma que fracasa puesto que la juzgadora de instancia adopta el salario diario de 87,48 euros, de acuerdo con las nóminas que se incorporan correspondientes a los últimos doce meses, de las que se desprende ese salario diario convenientemente apoyado por la demandada en el informe del técnico de personal (documento 2 de la demandada), sin que la base de cotización del trabajador coincida necesariamente con el salario y sí con los conceptos retributivos cotizables.

En cuanto a la reforma del hecho probado quinto, figura en el ordinal que la trabajadora fue cesada el 2 de julio de 2017 tras notificación recibida el 26 de junio de 2017, y que en el momento del cese se le abonó una indemnización de 9.797,76 euros, equivalente a ocho días de salario por año, interesando con apoyo en el documento nº 3 de dicha parte que únicamente ha percibido 8.034,16 euros, puesto que la demandada le aplicó una retención a la indemnización (en porcentaje del 18%).

Reforma que prospera; en efecto, tal y como admite el Ayuntamiento demandado, le abonó únicamente la cantidad que indica la actora puesto que aplicó la retención del 18% correspondiente al IRPF conforme a la Norma Foral 13/2013 de 5 de diciembre, por tratarse de la finalización de un contrato de duración determinada.

Y junto con la revisión fáctica expuesta se acoge también la denuncia jurídica que contiene el tercero de los motivos de impugnación que, amparado en la letra c) del art.193 LRJS, denuncia la infracción del art.9.5 de la Norma Foral 13/2013, por indebida aplicación de la misma.

En efecto, como hemos avanzado al rechazar la crítica jurídica contenida en el recurso del Ayuntamiento, no estamos ante la finalización de un contrato temporal de duración determinada y, consiguientemente, no ha de aplicarse a la indemnización que corresponde a la actora la retención llevada a cabo por el Ayuntamiento de Getxo, cuestión que es competencia de esta jurisdicción social como dijimos en sentencia de 8 de mayo de 2018 (rec.795/2018) puesto que las retenciones o descuentos que por error haya realizado el empresario y posteriormente reclame al trabajador es una materia laboral, como también es laboral el llevar a cabo una retención en las cantidades consignadas o abonadas por salarios de tramitación pues no se discute sino la posibilidad de llevar a cabo la retención, citando en apoyo de esta tesis diversas sentencias de la Sala Cuarta (así las de 14 de septiembre de 2009, rec. 3022/2008, 24 de noviembre de 2009, rec. 2757/2008, 18 de junio de 2010, rec. 3917/2009, y 11 de enero de 2018, rec. 491/2016).

El cuarto y último motivo denuncia la infracción de los arts.55, 56 ET en relación con el art.15 del mismo texto legal, para sostener con apoyo en diversa doctrina judicial que no hay base suficiente para extinguir el contrato de trabajo, que el despido es nulo, o subsidiariamente improcedente, y en todo caso que la indemnización que ha de descontarse conforme a la ya abonada al actor al fin del contrato es de 8.034,16 euros, y no la que figura en el fallo de instancia (9.797,76 euros).

Censura que únicamente se acoge en lo referido al descuento de la cuantía que pretende la recurrente conforme a la revisión del hecho probado quinto de la sentencia que hemos asumido, remitiéndonos en cuanto a la inexistencia de despido y la necesidad de

indemnizar al trabajador cuyo contrato se extingue, a lo ya dicho por la Sala al resolver supuestos similares en las sentencias antes mencionadas que se remiten a las SSTS de 9 de mayo de 2017 (rcud 1806/2015) y 28 de marzo de 2017 (rcud 1664/2015), de acuerdo con las cuales la extinción del contrato indefinido no fijo de la Administración por cobertura de la plaza da derecho a la indemnización por fin de contrato con aplicación analógica de la cuantía prevista en el art. 52 ET, razonando que 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, sino porque la extinción se asimila a la que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato, sin que la regulación legal permita reconocer lo pretendido por la actora.

En definitiva, se estima parcialmente el recurso de suplicación de [REDACTED] confirmando la sentencia recurrida en cuanto a la inexistencia de despido y el derecho de la actora a percibir la indemnización fijada en el fallo de instancia, 25.514,99 euros, de la que habrá de deducirse la efectivamente percibida por la actora, 8. 8.034,16 euros, y no la que figura en el fallo de instancia (9.797,76 euros).

CUARTO.- La desestimación del recurso del Ayuntamiento de Getxo determina la condena en costas de la entidad local que no goza del beneficio de justicia gratuita (art.235 LRJS), que comprenden los honorarios del letrado de la actora impugnante del recurso que se fijan en 300 euros, con pérdida de los depósitos y consignaciones para recurrir a las que se dará el destino legal una vez que sea firme la sentencia.

FALLAMOS

Se **desestima** el recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Getxo frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao dictada el 15-6-18, en los autos nº 709/17, seguidos por [REDACTED] contra AYUNTAMIENTO DE GETXO, y se **estima parcialmente** el formulado por [REDACTED] confirmando la sentencia recurrida en cuanto a la inexistencia de despido y la adecuación a derecho de la extinción contractual operada el 2 de julio de 2017, ratificando también la indemnización fijada en el fallo de instancia (25.514,99 euros), si bien señalando que debe descontarse de la misma el importe efectivamente percibido por la actora y abonado por el Ayuntamiento demandado (8. 8.034,16 euros) por la extinción contractual, y no la cuantía superior que figura en el fallo de instancia, que en tal sentido se modifica.

Se imponen al Ayuntamiento de Getxo las costas de su recurso que comprenden los honorarios del letrado de la actora impugnante del mismo que se fijan en 300 euros, con pérdida de los depósitos y consignaciones para recurrir a los que se dará el destino legal una vez que 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/

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 4699-0000-66-2410-18.

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 4699-0000-66-2410-18.

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.