



Roj: **STSJ PV 952/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:952**

Id Cendoj: **48020340012017100666**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2017**

Nº de Recurso: **473/2017**

Nº de Resolución: **746/2017**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FLORENTINO EGUARAS MENDIRI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO Nº:** Suplicación / E\_Suplicación 473/2017

**N.I.G. P.V. 48.04.4-16/002894**

**N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2016/0002894**

**SENTENCIA Nº: 746/2017**

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 28 de marzo de 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D. EMILIO PALOMO BALDA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE GETXO contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 1 de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 3 de enero de 2017 , dictada en proceso sobre RPC (INDEMNIZACION DERIVADA EXTINCION CONTRATO), y entablado por Herminio frente a **AYUNTAMIENTO DE GETXO** .

Es Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, 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:

" 1º.-) En fecha 4 de Junio de 2001 por Decreto del Sr. Alcalde nº 3635 de fecha 4 de Junio de 2001, D. Herminio fue contratado con carácter laboral temporal para prestar servicios de administrativo en el Área de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Getxo, a partir del 4 de Junio de 2001, a jornada completa, con una remuneración por una cuantía total de 303.687 pesetas brutas mensuales por todos los conceptos, siendo a cargo del trabajador los descuentos o retenciones legales que marca la Ley.

El contrato de trabajo laboral temporal para obra o servicio determinado se iniciaba el día 4 de Junio de 2001 y finalizaba cuando se acabara la obra objeto del contrato, que se estimaba de una duración aproximada de dos meses.



Se establecía un período de prueba de 15 días y se regía, en lo no previsto en el contrato, por lo dispuesto en la legislación vigente que resultara de aplicación, particularmente por los artículos 15.1 a) y 49.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RDL 1/1995, de 24 de Marzo, conforme a la modificación introducida por la Ley 63/97, de 26 de Diciembre, en su artículo primero, cuatro, a) y artículos 1º a), 2º y 5º del RD 2720/1998, de 18 de Diciembre, y el RDL 5/2001 de 2 de Marzo y demás legislación legal o pactada que sea aplicable.

En la estipulación séptima del mencionado contrato se señalaba: "A la expiración del contrato, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización económica cuya cuantía se determinará en la negociación colectiva o en la normativa específica que le sea de aplicación. En defecto de esta determinación de cuantía, la indemnización será equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar 8 días de salario por cada año de servicio" (Folios 31 a 41 de los autos).

2º.-) Por Decreto del Ayuntamiento de Getxo nº 3651/2009 del Responsable del Área de Personal, Organización de Informática, de fecha 16 de Junio de 2009, considerando que en relación a 28 laborales temporales contratados para la realización de una obra o servicio determinado, existía una situación irregular que determinaba la naturaleza laboral indefinida no fija de plantilla de dicho personal, y a los efectos de regularizar su situación, se resolvió reconocer a los contratados laborales temporales relacionados en el anexo (entre los que se encontraba el demandante), el carácter indefinido no fijo de plantilla de su relación laboral (Folios 54, 55 y 56 de los autos).

3º.-) Por Decreto de la Alcaldía-Presidencia nº 2583/2010, de 3 de Junio de 2010, se aprobó la Oferta Pública de Empleo del Ayuntamiento de Getxo para el año 2010, publicada en el BOB nº 115 de fecha 18 de Junio de 2010, y BOPV nº 153, de 11 de Agosto de 2010, y modificada por Decreto de Alcaldía nº 454/2011, de 27 de Enero, y Decreto 718/2011, de 14 de Febrero.

4º.-) Por Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Getxo nº 4214/2014, de fecha 10 de Septiembre de 2014, se resolvió convocar el proceso selectivo para el ingreso como personal funcionario de carrera de 2 plazas de la escala de administración general, subescala administrativa, clase administrativa (Folios 66 y 67 de los autos).

5º.-) Por Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Getxo nº 861/2016, de fecha 24 de Febrero de 2016 se resolvió declarar la extinción del contrato laboral indefinido no fijo de D. Herminio con el citado Ayuntamiento, siendo su último día trabajado el 29 de Febrero de 2016, declarando que la misma no atiende a causas colectivas u organizativas, ni lo es por amortización de una plaza, sino que viene reglada por las condiciones extintivas impuestas en la naturaleza contractual referenciadas a la cobertura del puesto o plaza reglamentaria, mediante el procedimiento de selección ya previsto, según el artículo 49.1.b) del ET y como causa consignada válidamente en la contratación, disponiéndose que en virtud de la legislación vigente, le sería practicada la liquidación correspondiente al Sr. Herminio, incluyéndose la parte proporcional de las vacaciones no disfrutadas por el interesado, ascendentes a 3,67 euros (Folios 75 a 78 de los autos).

6º.-) En fecha 15 de Marzo de 2016 el demandante Sr. Herminio presentó en el Ayuntamiento de Getxo reclamación previa a la vía jurisdiccional social, que fue desestimada por Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Getxo nº 1297/2016, de fecha 22 de Marzo de 2016, que declaró conforme a derecho la extinción del contrato laboral indefinido no fijo de Herminio según el artículo 49.1.b) del ET y como causa consignada válidamente en la contratación, no habiendo lugar a abono alguno de indemnización (Folios 9 a 11 y 104 a 106 de los autos).

7º.-) El salario a fecha de extinción del contrato ascendía a 2.898,30 euros mensuales, incluida la prorrata de pagas extraordinarias (Doc. nº 4 del ramo de prueba de la parte actora).

8º.-) A la finalización de la relación contractual, el Ayuntamiento de Getxo no abonó cantidad alguna al demandante en concepto de indemnización."

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

"Que estimando la demanda formulada por D. Herminio frente al AYUNTAMIENTO DE GETXO, debo condenar y condeno a este último a que abone al actor la cantidad de 28.485,46 euros como indemnización por la extinción de su contrato de trabajo, cantidad que devengará el interés legal del artículo 1.100 del CC ."

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- El Juzgado de lo Social nº 1 de los de Bilbao dictó sentencia el 3-1-17 en la que estimó la demanda interpuesta por el trabajador relativa al abono de una indemnización por la extinción de su contrato de trabajo,



y ello por entender que era aplicable la doctrina del TJUE contenida en la sentencia, asunto C- 596/2014, de 14-9-2016, así como la de esta Sala de lo Social del TSJPV de 18-10-16 , y, tras una amplia y fundamentada exposición, se indica que no ha existido una variación sustancial de la demanda por ampliar la indemnización de 8 a 20 días por año trabajado y que el demandante puede ser encuadrado dentro de otro trabajador fijo comparable, por la actividad que se objetiva que se venía desarrollando que es similar a los otros trabajadores, e incluso el tiempo de desarrollo de la profesión confirma esta apreciación.

**SEGUNDO.-** Frente a la anterior sentencia interpone recurso de suplicación la Administración Territorial demandada y en dos motivos en el primero de ellos, por la vía del apdo. c) del art. 193 LRJS , denuncia la infracción del art. 72 LRJS , sustentando que ha existido una variación de la demanda.

La formulación que se realiza debe desestimarse a la luz de la misma interpretación del precepto que se cita. En la demanda inicial se solicitaba una indemnización por finalización del contrato por cobertura de la plaza que venía ocupando el trabajador; el monto indemnizatorio se ha incrementado, y ello se ha hecho con anterioridad al juicio y con la pertinente introducción de los elementos razonados de la pretensión. Consiste la petición inicial demanda en la misma que posteriormente se ampliado, la indemnización del contrato de trabajo por causa de su extinción, y solamente ha variado el importe que se solicita. Si tenemos en cuenta los requisitos exigibles para que prospere una excepción como la interpuesta, concluiremos con el rechazo de la misma. En efecto, se requiere para que se aprecie un cambio de entidad suficiente en la petición de la demanda que exista una afectación decisiva que repercuta en la misma pretensión, de tal manera que exista un elemento de novación esencial y, además, se requiere que el mismo cause indefensión a la contraparte ( TS 10-4-2014, recurso 154/2013 ). Como la petición de indemnización por extinción del contrato se mantiene, se hace con anterioridad al juicio razonando el apoyo de la pretensión, y ello no produce ni se aprecia que cause ninguna indefensión, es por lo que se desestima este primer motivo del recurso.

El segundo, sin cita de precepto alguno y aludiendo a los criterios jurisprudenciales, indica que no existe igualdad entre los supuestos contemplados por el TJUE y esta Sala de lo Social del TSJPV y el actual contemplado, y ello porque en aquellos supuestos se estaba impugnando un despido y la indemnización por la procedencia del mismo, siendo que aquí no es un proceso de despido sino un declarativo ordinario el examinado; y, en segundo término, se alude a que no existe un trabajador comparable que pueda determinar la equiparación y traslación de la indemnización por extinción por vía objetiva al supuesto que ha motivado la resolución del contrato de trabajo del demandante.

No se cuestiona la idoneidad del procedimiento y el demandante se muestra conforme con la extinción del contrato de trabajo por cobertura de la plaza que ocupaba mediante una relación declarada indefinida por la misma Corporación Local demandada. Partiendo de ello se asume, incluso, por ésta la procedencia de la indemnización inicialmente solicitada, y se cuestiona, sola y realmente, la ampliación a veinte días por año de servicio.

La nueva indemnización fijada por los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asumidos por esta Sala en diversas resoluciones dictadas posteriormente, nos referimos a la Sala del TSJPV de lo Social, determina que cuando se procede a una extinción de un contrato de trabajo por la finalización del mismo la indemnización que corresponde debe equipararse a la que hubiese correspondido por una causa idónea de extinción al trabajador indefinido o fijo.

Simplificada y básicamente la sentencia del TJUE de 14-9-16 , asunto C-596/14 , ha establecido que a los contratados temporales que vengán realizando iguales actividades que los trabajadores fijos, se les debe tratar con igual criterio, de forma que a la hora de extinguir su contrato de trabajo no sea admisible una indemnización inferior a aquélla que hubiese percibido un trabajador estable de la empresa.

Una primera anotación vamos a hacer y es que consideramos directamente aplicable al supuesto que ahora examinamos esta doctrina, pues las sentencias comunitarias son vinculantes de forma efectiva a los órganos judiciales nacionales. Pero, aunque no lo fuesen, su interpretación lo que nos está remitiendo es al derecho comunitario, y éste es de interpretación y aplicación directa por los órganos jurisdiccionales (TJCE 16-7-09, C-537/07 y 24-6-10, C-98/09 ). El denominado efecto horizontal de la normativa comunitaria es predicable del asunto que examinamos, por lo que procedemos a ello en el supuesto del trabajador demandante.

Los requisitos para que se pueda aplicar la indemnización que postula la norma comunitaria, según inferimos de la sentencia dictada por el TJUE (la citada y las aludidas en la instancia), son los siguientes:

Primero, el presupuesto fáctico/empírico: a) que consiste en fijar una contratación temporal asimilable a una prestación de servicios del trabajador fijo; y, b) que concurra una situación de igualdad o equiparación entre el trabajador temporal y otro de carácter fijo; y,



Segundo, el presupuesto secuencial/fondo, que consiste en la aplicación del efecto derivado del principio de igualdad: tratamiento similar entre los desigualmente contemplados.

En cuanto al presupuesto fáctico, situación de contratación temporal, es apreciable que el demandante está en esta situación, pues concertó un contrato de trabajo inicialmente temporal y se le cesa por la cobertura de la plaza; y, también concurre este presupuesto material o experiencial, pues ha realizado una actividad de administrativo, con un salario específico, y no consta ningún tipo de peculiaridad en la actividad que ha llevado a cabo, como pudiera ser un elemento de parcialidad por complemento de su formación o capacidad; y, por último, el elemento dinámico o secuencial, que consiste en la conclusión efectiva: no se ha percibido ninguna indemnización.

Concurren, como vemos, todos los requisitos de aplicación de la normativa comunitaria. Pero además de ello la reflexión jurídica que debemos realizar es que el planteamiento idóneo de esta cuestión es que hubiese sido la aplicación de nuestro ordenamiento directamente el que nos hubiese conducido a la misma conclusión que obtiene el TJUE, y la causa de ello proviene de la apreciación y aplicación del art. 14 CE y, traslativamente, del 17 ET. Hubiéramos ya nosotros, con carácter originario, haber establecido y reflexionado que la igualdad supone el derecho a un tratamiento similar para quien se encuentra en igual situación que otro; la discriminación, a diferencia de la igualdad, lleva consigo la apreciación de una causa de diferencia entre iguales que es odiosa para el legislador (como la raza, el sexo), y esta, la discriminación, en nuestro supuesto no es apreciable. Pero, sí la desigualdad, porque esta lo que establece es que quien está en la misma situación, sin causa objetiva y definida desde el parámetro de la razón, sin embargo, es tratado de forma diversa (TS 25-3-2015, recurso 295/14 y 15-3-16 recurso 96/15).

En consecuencia, a un contratado temporal siempre le hubiese correspondido la indemnización de veinte días por año de servicio. Pero, incluso, este argumento se refuerza en nuestro caso si tenemos en cuenta que conforme al propio relato de hechos probados nos encontramos ahora ante un trabajador indefinido, y ello por se nos debe llevar a aplicar el criterio que el TS viene señalando respecto a los trabajadores indefinidos de la Administración, los que sí que tienen derecho a la indemnización que correspondería a un trabajador temporal por la extinción de su contrato de trabajo (por todas TS 7-11-2016, recurso 755/2015). Mutando lo anterior e invirtiendo el razonamiento opera para el actor la indemnización de un contratado temporal, que hoy por hoy, salvo excepciones, es de 20 días por año trabajado.

Cuestiona la entidad recurrente el que no existe un trabajador comparable a la situación del demandante porque los que actualmente se han incorporado a la plantilla empresarial lo han hecho con la condición de empleados públicos en el Régimen Funcionario. Ahora bien vamos a considerar que no es lo determinante a la hora de realizar el criterio de parangón la naturaleza específica de la relación que se ha mantenido, pues ello depende de la facultad de organización del trabajo empresarial. Lo relevante realmente es que se realice un trabajo equiparable, similar o de identificación igual. Y es claro que el demandante ha venido prestando servicios desde el año 2001 como administrativo, y posteriormente su plaza se ha cubierto por una oferta pública, determinando ello su cese; con estos antecedentes no podemos sino indicar que sus servicios se han realizado por una necesidad de plantilla concurrente, con independencia de la modalidad en que se realiza el contrato o vinculación, pues lo mismo podría ser a jornada completa o parcial, sin que ello suponga una diferencia en lo que es el núcleo esencial de la equiparación, que no es otro que la prestación de servicios para la empresa.

En relación a lo anterior, y si bien para determinadas circunstancias es asumible un criterio de diferenciación ante el personal laboral y funcionario, en este caso lo que se examina es la prestación/actividad profesional y si la misma concurre, aunque sea bajo otra modalidad, en la empresa, y ello aquí sucede cuando, hecho probado cuarto, la misma Administración Territorial demandada convocó un proceso selectivo para dos plazas de la escala general, subescala administrativa, clase administrativa.

Por todo lo dicho la conclusión final es que se desestima el recurso con costas.

Vistos: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Bilbao de 3-1-2017, procedimiento 292/2016, por don Ignacio Javier Etxebarria Etxeita, Secretario General del Ayuntamiento de Getxo, abogado adscrito a sus servicios jurídicos, que actúa en nombre y representación del Ayuntamiento de Getxo, la que se confirma en su integridad, imponiendo las costas del recurso a la recurrente, cifrándose en 1.000 euros los honorarios de letrado de la parte impugnante, y pérdida de depósitos y consignaciones, a los que se les dará el destino legal.



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 4699-0000-66-0473-17.

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- 66-0473-17.

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.