

Roj: STS 4135/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4135
Id Cendoj: 28079140012014100556

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1522/2013

Nº de Resolución:

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Septiembre de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE GORLIZ, representado por la Procuradora Sra. González Cobreros y defendido por Letrado, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 5 de marzo de 2013, en el recurso de suplicación nº 2281/2013, interpuesto frente a la sentencia dictada el 5 de noviembre de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 6 de Bizkaia, en los autos nº 677/2012, seguidos a instancia de D^a Fermina contra dicho recurrente, sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida D^a Fermina, representada y defendida por el Letrado Sr. Luengas Ibargutxi.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Antonio V. Sempere Navarro**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 5 de marzo de 2013 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Bizkaia, en los autos nº 677/2012, seguidos a instancia de D^a Fermina contra dicho recurrente, sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco es del tenor literal siguiente: "Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE GÓRLIZ frente a la sentencia de 5 de noviembre de 2012 (autos 677/12) dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Vizcaya en procedimiento sobre despido instado por Fermina contra el recurrente, debemos revocar la resolución impugnada, declarándose la improcedencia del despido y condenando al Ayuntamiento en los términos previstos por el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores, fijándose la indemnización en 21.198'04 euros".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 5 de noviembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Vizcaya, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Dña. Fermina suscribió el 6-7-2009 contrato administrativo para prestar servicios de asesoría técnico-urbanística para el AYUNTAMIENTO DE GORLIZ. El objeto de tal contrato se remitía a una propuesta de licitación presentada previamente por la adjudicataria, en la que se hacían constar las condiciones específicas en que se llevaría a efecto la prestación. El importe de los servicios quedó fijado en 58.792,96 euros (9406,88 euros corresponderían al IVA, que estaba incluido en aquella cifra.) La duración del contrato sería de 18 meses. ---2º.- El 22-12-2010 el Ayto. de GORLIZ vuelve a adjudicar a la actora el contrato de asesoramiento a que hace mérito el anterior ordinal, esta vez para los 18 meses siguientes. El importe de los servicios quedó fijado en 58.787,64 euros (10.581,78 euros corresponderían al IVA, que estaba incluido en aquella cifra.). ---3º.- El Ayto. de GORLIZ disponía de un servicio de asesoría urbanística compuesto por 3 personas. Una de ellas es funcionario de carrera y ostenta la titulación de arquitecto técnico. Otro es Arquitecto superior y mantiene un contrato de arrendamiento de servicios. La tercera era la actora. El horario en que se prestaban servicios es sustancialmente matutino, si bien el Arquitecto funcionario permanece en las dependencias 2 tardes por semana a fin de cumplir con su jornada semanal. ---4º.- El trabajo vinculado con la cuestión urbanística ha venido siendo desarrollado esos últimos tiempos por la actora y los aludidos Arquitectos. El servicio se presta en las dependencias del Ayto., con los

habituales equipos informáticos y de oficina. La actora disponía asimismo de un terminal móvil sufragado por el Ayto. de GORLIZ. ----5º.- La actora recibía las instrucciones generales que cursara el Arquitecto superior. Asimismo, cursaba órdenes a otros empleados del Ayto., como el personal encargado de "mantenimiento". Su horario de presencia en oficinas municipales era de 8 a 14.30 de lunes a viernes. El periodo en que la actora disfrutaba de sus vacaciones era coordinado con el resto de Arquitectos. Siempre se ha pretendido que en todo momento estuviera al menos uno de los miembros del equipo en las dependencias municipales. La actora no se sometía a un régimen de incompatibilidades, pudiendo realizar trabajos para otros clientes. ----6º.- A lo largo de estos tiempos habría devengado mensualmente la suma de 3352,19 euros. ----7º.- A fecha de 25-6-2012 la actora entabló demanda en orden a lograr la declaración de laboralidad de su vínculo con el Ayto. de GORLIZ. La reclamación previa es de 5-6-2012. ----8º.- El 21-6-2012, la Junta de Gobierno local del Ayto. de GORLIZ dejó sin efecto un acuerdo adoptado el 7-6-2012, cuyo contenido era el de aprobar el pliego de cláusulas administrativas enderezadas a regir la concesión del contrato administrativo para el servicio de asesoría urbanística. El contrato suscrito en 2010 y a que mencionaba el ordinal 2º finalizaba el 7-7-2012. La justificación para dejar sin efecto aquel acuerdo radicaba en:

"La presentación por parte de Dª Fermina de una reclamación previa instando el reconocimiento de carácter laboral de la relación, aconseja dejar sin efecto el procedimiento de contratación, toda vez que una sentencia estimatoria de la reclamación obligaría a reconsiderar el contenido y condiciones que regulan la prestación de la asistencia técnica. Es oportuno por tanto archivar el expediente incoado para la nueva contratación del servicio de asistencia técnica en materia de urbanismo por cuanto no se había materializado su iniciación al no haber cursado las invitaciones pertinentes y, asimismo, conviene esperar al pronunciamiento de los tribunales con motivo de la reclamación planteada por la técnica Dª Fermina ".

----9º.- A fecha de 3-7-2012 fue elevada papeleta conciliatoria, intentándose la celebración del acto sin lograrse avenencia el día 26-7-2012. La demanda data del 27-7-2012."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que, estimando la demanda interpuesta por Dña. Fermina , en procedimiento por despido 677/2012, entablado frente al AYUNTAMIENTO DE GÓRLIZ debo declarar el mismo como nulo, condenando a la demandada a la readmisión de la actora con abono de los salarios dejados de percibir a razón de un regulador diario de 110,21 euros."

TERCERO.- La Procuradora Sra. González Cobreros en representación del AYUNTAMIENTO DE GÓRLIZ, mediante escrito de 24 de mayo de 2013, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de julio de 2010 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2013 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 18 de septiembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los antecedentes.

Versa el presente recurso de casación para la unificación de doctrina sobre el modo en que haya de calcularse la indemnización por despido improcedente cuando, de modo anómalo, el vínculo que discurría entre las partes no se había entablado como laboral sino como administrativo. Más en concreto, el núcleo del debate que accede a este tercer grado jurisdiccional se dirige a dos cuestiones: 1º) Determinar si debe computarse, a efectos indemnizatorios, la cantidad que el trabajador venía percibiendo de su empleador en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). 2º) Precisar si el importe global que correspondía a un periodo de actividad de dieciocho meses ha de ponderarse entre tal número de unidades mensuales o debe entenderse referido a una anualidad.

1.Los hechos litigiosos.

Los hechos que sirven de base para el presente debate se corresponden con los declarados probados en la instancia y luego ampliados en suplicación:

La demandante (Arquitecta) suscribió (el 6 de julio de 2009) contrato administrativo con el Ayuntamiento de Gorliz para prestar servicios de asesoría técnico urbanística.

De conformidad con la previa licitación presentada por la adjudicataria, el contrato tendría una duración de 18 meses, estableciendo el importe de los servicios en 58.792, 926 #, de los cuales 9.406,88 correspondían al IVA.

El 22 de diciembre de 2010 se le vuelve a adjudicar el contrato de asesoramiento para los dieciocho meses siguientes; esta vez el precio quedó fijado en 58.787,64 # de los cuales 10.581,78 eran por IVA.

La actora venía prestando su actividad en similares condiciones al resto de componentes del Servicio de Asesoría Urbanística (horario, instrucciones, terminales informáticos o telefónicos, etc.).

El 17 de mayo de 2012 inició la Alcaldía el procedimiento para una nueva adjudicación del asesoramiento técnico a que se viene aludiendo.

En fecha 5 de junio de 2012, la actora presentó reclamación previa interesando que se declarase la laboralidad de su vínculo profesional con la Administración empleadora.

El 7 de junio de 2012 la Corporación aprobó el pliego de condiciones administrativas para una nueva concesión del servicio de asesoría urbanística.

El 19 de junio (Registro de salida del día siguiente) dirige el Ayuntamiento carta a la Arquitecta recordándole que su contrato de prestación de servicios finaliza el 7 de julio de 2012.

El 21 de junio de 2012 el Ayuntamiento decidió dejar sin efecto el Acuerdo de 7 de junio, a la vista de la reclamación previa formulada y ante la eventualidad de que recayera "una sentencia estimatoria" obligando a reconsiderar el encauzamiento del asesoramiento en cuestión.

Posteriormente la trabajadora presentó demanda por despido que dio lugar a los presentes autos.

2.La Sentencia del Juzgado de lo Social.

En los Autos 677/2012, el Juzgado de lo Social nº 6 de Bizkaia dictó sentencia, con fecha de 5 de noviembre de 2012, declarando el despido nulo, condenando a la readmisión inmediata de la demandante y fijando el salario regulador, a tales efectos, en 110,21 euros diarios, sin fundamentación jurídica expresa acerca del modo en que se había establecido esa cuantía.

3.El recurso de suplicación.

El Ayuntamiento de Gorliz interpuso recurso de suplicación, no cuestionando la laboralidad del vínculo, pero interesando la adición de diversos hechos y reclamando que el despido se calificase como improcedente.

4.La sentencia recurrida y su Auto aclaratorio.

A) Mediante su sentencia de 5 de marzo de 2013 (recurso. 228/2013), la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco revoca la de instancia y califica el cese como despido improcedente, pues no detectó represalia alguna por parte de la Administración empleadora; un Voto particular sostuvo tesis opuesta.

La sentencia estimó las revisiones fácticas interesadas por el recurso de suplicación, y que ya se han tenido presentes en la síntesis recogida al principio de este Fundamento.

Sí consideró que había despido, y condenó al Ayuntamiento demandando en los términos previstos por el art 56 ET entonces vigente, fijándose la indemnización en 21.198,04 #.

B) El Ayuntamiento condenado interesó aclaración por entender que la sentencia había incurrido en error aritmético y, aceptando el salario-día de 110,21 euros, a la vista de la prestación de servicios (desde 6 de julio de 2009) exponía que la cuantía indemnizatoria debía ser la de 14.566,09 euros.

C) Mediante Auto aclaratorio de fecha 26 de marzo de 2013 el Tribunal advirtió que no cabe descontar el importe del IVA, por ser parte de la retribución, del mismo modo que los descuentos fiscales que se practican sobre el salario no impiden que se tome en cuenta la cuantía bruta.

El Auto mantiene el importe de la indemnización fijada en la sentencia, manifestando que está calculado sobre la base de que "la retribución total ascendía a 58.792,96 euros anuales", aplicando una cantidad diaria a estos efectos de 173,31 euros.

5.Los recursos interpuestos.

Disconforme con la decisión que había adoptado la Sala de lo Social del País Vasco, el trabajador presentó recurso de casación para la unificación de doctrina; con invocación de la oportuna sentencia de contraste, se postulaba que el despido debía haberse calificado como nulo, por vulneración de la garantía de indemnidad. Sin embargo, el recurso formalizado el 6 de mayo de 2013 por la trabajadora fue objeto de expreso desistimiento por su representación Letrada, al amparo de lo previsto en los arts. 20 y 450.1 LEC .

Por su lado, el Ayuntamiento demandado preparó y presentó su propio recurso de casación para unificación de doctrina, el único que debemos resolver. Deja al margen la cuestión referida a la naturaleza del vínculo existente y discute solo el modo en que el TSJ del País Vasco ha calculado la indemnización, pues para el cálculo del salario regulador no ha descontado la suma correspondiente al IVA. El recurso cita diversas sentencias de esta Sala favorables a la tesis expuesta así como abundante doctrina judicial que se hace eco de ella.

En su último tramo realiza diversas (por lo demás, sencillas) operaciones matemáticas para hallar la indemnización realmente adeudada, sobresaliendo entre ellas la que explica que ha de dividirse entre dieciocho (no entre doce) la cuantía resultante de restar el importe del IVA al monto global del contrato adjudicado.

6.La impugnación del recurso mantenido.

El Abogado de la trabajadora despedida impugnó el recurso interpuesto, denunciando que realmente se dirigía frente a un Auto de aclaración (no frente a una sentencia de suplicación); que no podía combatir la sentencia de suplicación quien había visto prosperar su recurso; que el recurso planteaba una cuestión nueva; que no existe la preceptiva contradicción; que se quiere introducir un hecho nuevo (el salario).

También ponía de relieve que la sentencia del Juzgado no había establecido un salario regulador a efectos indemnizatorios.

7.Informe del Ministerio Fiscal.

Evacuando el trámite previsto en el artículo 226.3 LRJS el Ministerio Fiscal emitió su Dictamen, considerado que se cumplían los requisitos para que el recurso se considerase adecuadamente interpuesto y se dictase una sentencia sobre el tema de fondo. Asimismo, consideraba que la sentencia debía ser estimatoria y fijar como doctrina acertada la albergada en la sentencia de contraste.

SEGUNDO.- Análisis de los defectos procesales cuestionados en la impugnación.

El escrito de impugnación del recurso plantea varias cuestiones "sobre la forma", aunque no avaladas por la denuncia de concretas normas como infringidas, que debieran conducir a la inadmisión o desestimación del recurso. No ha de ser así, como seguidamente se expone.

A) Pese a lo manifestado por la trabajadora, el recurso del Ayuntamiento de Gorliz no va dirigido frente a un Auto de aclaración, en cuyo caso sería inviable pues solo son recurribles en casación para la unificación de doctrina las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 218 LRJS).

El recurso se dirige (basta leer su *petitum*) contra la sentencia dictada en suplicación, bien que complementada con el contenido del Auto de Aclaración de 26 de marzo de 2013.

Tales Autos se integran en la resolución que aclaran y forman parte de la misma; eso explica que, por ejemplo, los plazos para recurrir se computen necesariamente desde la notificación de la aclaración, como dispone el artículo 448.2 LEC o el art. 267.9 LOPJ ; la jurisprudencia constitucional (SSTC 38/1990 ; 73/1991 ; 31/1992 ; 142/1992 ; etc.) ha resaltado el carácter accesorio del auto de aclaración y en tal sentido se ha manifestado nuestra propia doctrina, en SSTS 4 noviembre 2010 (rec. 1261/2009) ; 7 diciembre 2010 (rec. 2603/2009) y otras muchas.

Es evidente, por lo demás, que cabe entablar recurso frente a una resolución judicial aunque la discrepancia solo exista respecto de la arte aclarada o complementada *a posteriori*, pues de lo contrario estaríamos ante decisiones inatacables pero ejecutables y afectantes al contenido de la principal. El artículo 214.4 LEC así lo determina cuando dispone que " *No cabrá recurso alguno contra la resolución que decida sobre la aclaración o corrección, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la resolución a la que se refiera la solicitud o actuación de oficio* ". En tales términos, además, instruyó el propio Auto de aclaración de 26 de marzo de 2013 a las partes litigantes.

B) Una segunda objeción procesal se formula respecto de la legitimación del Ayuntamiento para interponer recurso frente a una sentencia que había estimado la suplicación formalizada por él.

Tradicionalmente se ha venido exigiendo que quien interpone un recurso esté perjudicado por la resolución combatida: es el requisito del «gravamen» o perjuicio experimentado por quien recurre, al no haber obtenido satisfacción (parcial o total) a sus peticiones. La STS 8 junio 1999 (rec. 3491/1998) compendió la jurisprudencia conforme a la cual «sólo a la parte a la cual la resolución del juez resulta desfavorable puede, como perjudicado o gravado por ella, utilizar los medios de impugnación que la ley concede para que se reforme o revoque, y entre ellos destacadamente el recurso de casación».

Actualmente el art. 17.5 LRJS condensa ese enfoque: contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta Ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores.

Por lo tanto, por más que la sentencia (en la que se ha integrado lo resuelto mediante Auto de aclaración) estime el recurso de suplicación, resulta innegable que la valoración jurídica que en ella se hace respecto de las cuantías cobradas por la demandante generan al Ayuntamiento empleador el *gravamen* que los términos legales describen de manera tan amplia.

C) También denuncia el denso escrito de impugnación del recurso que se está introduciendo una cuestión nueva, para reformar los hechos declarados probados en la instancia por una vía inadecuada.

Entiende la trabajadora que el Ayuntamiento consintió la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, en la que se declaraba el salario que había percibido, por referencia a las cuantías brutas.

Una pléyade de sentencias han venido reflexionando acerca de esta compleja cuestión, bastando en este momento con la cita de las de 24 de febrero de 2009 (rec. 3654/2007); 13 de febrero de 2013 (rec. 2854/2011) o 17 de julio de 2013 (rec. 442/2012). No cabe impugnar, a través del recurso de casación para la unificación de doctrina aquello que adquirió firmeza en la instancia por no haber sido objeto del recurso de suplicación, inclusive si se trata de cuestiones fácticas silenciadas o de cuestiones de orden público procesal que pudiendo examinarse de oficio no fueron suscitadas anteriormente. Cuando el recurrente en casación para unificación lo fue también en suplicación es exigible una necesaria correspondencia entre el planteamiento que se realice en ambos, siendo inviable la introducción de cuestiones nuevas. Esta anomalía comportaría que el recurso carece de contenido casacional y debería inadmitirse (art. 225.4 LRJS).

Sin embargo, también hemos advertido que esta doctrina no ha de impedir el acceso a la unificación de aspectos que hayan aparecido al hilo de la propia sentencia de suplicación, esto es, introducidos por ella misma y no por la de instancia. Y es que, si se observa con detenimiento, lo que lleva a cabo el recurso en estudio no es una impugnación de los hechos (la cuantía percibida, su distribución interna, la periodicidad del pago) sino de la valoración jurídica que de ellos se lleva a cabo por parte de la sentencia de suplicación. La imposibilidad de revisar los hechos declarados como probados no impide que esta Sala determine la trascendencia que los mismos poseen, como hemos advertido en SSTs 2 junio 2000 (rec. 311/1999) o 14 marzo 2001 (RJ 2001, rec. 2623/2000), entre otras.

En el presente caso se trata de valorar jurídicamente los hechos declarados probados: que se ha recibido determinada cantidad por el trabajo de 18 meses y que una parte de ella va dirigida a abonar el IVA propio del contrato administrativo de asesoramiento que, de forma anómala y censurable, se había suscrito entre las partes litigantes.

TERCERO.- Análisis de la contradicción.

Aceptada por la Fiscalía y cuestionada por la trabajadora, es necesario examinar también si entre las sentencias confrontadas concurre la contradicción exigida por el artículo 219 LRJS .

1.Sentencia recurrida: STSJ del País Vasco de 5 de marzo de 2013 (recurso. 228/2013).

En lo que ahora interesa, en suplicación no se debate por el Ayuntamiento demandado la declaración como laboral del vínculo contractual, sino únicamente la calificación del despido, que finalmente es considerado como improcedente, con una indemnización de 21.198,04 #.

La parte demandada solicitó aclaración de la sentencia al entender que la indemnización debía ascender a 14.566,09 #, al entender que para el cálculo del módulo salarial no procedía incluir el IVA. Esta pretensión es desestimada en el Auto de 26/3/2013, en los expuestos términos.

La Sala señala que hay que partir del importe bruto y no neto que el Ayuntamiento pagaba, sin posibilidad de descontar el IVA. Así, la retribución total anual ascendía a 58.792,926 # lo que mensualmente significa 4.899,41 #.

2.Sentencia referencial: STSJ de Madrid de 23 julio 2010 (rec. 2078/2010).

Debidamente invocada en el escrito de preparación del recurso, y constando su firmeza, se invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid con fecha 23 de julio de 2010 (rec. 2078/2010).

Se debate el salario regulador del despido fijado por la Juzgadora *a quo* para cuantificar la indemnización legal por despido improcedente, declaración ésta que la recurrente no discute. Argumenta la parte que resulta equivocado el cálculo efectuado, por cuanto que, a su entender, computó para ello la totalidad del precio convenido en el contrato calificado entonces como administrativo de Asistencia Técnica que las partes celebraron en fecha 1 de abril de 2.005, en el que se incluía el IVA.

La sentencia considera que del precio total por la prestación de los servicios profesionales bajo contratación administrativa que resultó fraudulenta, y que el actor califica en su integridad como salario, o sea, 60.072,32 euros, tiene que detraerse la suma correspondiente al IVA, concepto tributario que ninguna relación guarda con la relación laboral que realmente le vinculó al demandante con el Instituto Tecnológico La Marañosa.

3.Existencia de contradicción.

La contradicción entre las sentencias comparadas es evidente pues en ambos casos los demandantes han venido prestando servicios para la Administración en virtud de contratos formalmente administrativos. Posteriormente, también en ambos supuestos, la relación es declarada laboral por los órganos jurisdiccionales del orden social y su terminación equiparada a un despido improcedente, debatiéndose la forma de calcular el salario regulador, en particular, si procede incluir el IVA (impuesto que grava la prestación de servicios administrativa pero no la laboral) repercutido en su día a la empleadora.

Las sentencias adoptan soluciones contradictorias, pues la recurrida estima que hay que estar al precio bruto pactado, mientras que la de contraste señala que hay que descontar el IVA.

CUARTO.- Cálculo de la indemnización por despido improcedente en supuestos encauzados como extralaborales.

Superados los obstáculos a la admisión del recurso (que en caso contrario hubieran conducido ahora a una sentencia desestimatoria sin entrar en el fondo), procede ahora proporcionar la solución correcta al problema que se nos plantea. Hay que determinar el importe del salario regulador de la indemnización por despido improcedente; se discute, de manera concreta, si debe incluirse el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) o no, puesto que la contratación formalmente administrativa fue declarada laboral y tal aspecto ha quedado al margen del debate.

1.Nuestra precedente doctrina.

La STS 20 octubre 1989 (rec. 6008/1988) explicó que "la retribución del trabajo en régimen de dependencia en virtud de un contrato de trabajo no está gravada con dicho impuesto mas la circunstancia de aplicarlo las partes a un contrato mercantil meramente aparente, al constituir por su contenido un auténtico contrato de trabajo, si bien no produce el efecto que pretende el recurrente de modificar su naturaleza laboral, sí produce el de que, dado que la cantidad abonada por la empresa al trabajador por dicho concepto no se integra en su patrimonio, al estar destinada a la Hacienda Pública, no puede considerarse como contraprestación salarial".

En las SSTS de 9 de diciembre de 2.009 (Rcud. 339/2009) y 25 mayo 2010 (rec. 3077/2009) se explica, literalmente, que *si ya sería rechazable que se fijase como salario de «integración en la plantilla» de la cesionaria el previsto para relación ilegítima con la cedente ... con mayor motivo ha de censurarse que se le asigne la contraprestación de un contrato administrativo -fraudulento- que había estado vigente dos años antes, porque ni temporalmente correspondía esa extensión de efectos [la contraprestación económica únicamente procede en el marco de tiempo previsto], ni cabe desconocer que los términos de la misma*

comprendía algunos extremos del todo ajenos a la normal relación laboral [IVA, cotización al REA, costes de establecimiento ...], incluido -no nos parece dudoso- el precio de la exclusión del ámbito laboral [privación de estabilidad laboral y del ámbito protector del RGSS, singularmente].

También se destaca allí lo incoherente que sería mantener la nulidad del contrato administrativo a unos efectos (en nuestro caso: justificar la existencia de una relación laboral) y proclamar su validez a efectos retributivos (elevando las cuantías contempladas en el convenio colectivo). Se estaría ante una variante de espiguelo: no se acepta el carácter administrativo del contrato (por eso se reclama su laboralidad y se acciona por despido) pero sí aprovechar el importe previsto en el como Impuesto sobre el Valor Añadido para transformarlo en retribución.

2.Aplicación de la doctrina establecida al presente supuesto.

No vemos argumento o motivo alguno que lleve a cuestionar nuestra precedente doctrina, que debe ser aplicada al caso: las cuantías destinadas al abono del IVA que percibe el prestador de servicios al amparo de un contrato administrativo no son cantidades destinadas a recompensar la actividad comprometida. Se trata de dinero recaudado para el posterior ingreso en favor de la Hacienda Pública y por cuenta de ella (sin perjuicio de que pueda proceder su compensación); en consecuencia, aunque el vínculo administrativo sea considerado fraudulento y luzca su naturaleza laboral como la verdadera, a la hora de calcular el importe de la indemnización por despido es erróneo integrar en el módulo salarial utilizado el montante de tal Impuesto.

La Ley 37/1992, de 28 diciembre 1992, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, dispone en su artículo 1º que se trata de un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo y grava las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por empresarios o profesionales. El artículo 84 precisa que son sujetos pasivos del Impuesto las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de empresarios o profesionales y presten los servicios sujetos al Impuesto. En fin, el art. 164 dispone que el sujeto pasivo, entre otras, tiene la obligación de presentar las declaraciones-liquidaciones correspondientes e ingresar el importe del impuesto resultante. De todo ello deriva, por tanto, la clara conclusión a que hemos accedido en ocasiones anteriores: la cuantía correspondiente al IVA no la percibe quien desarrolla servicios profesionales como contravalor de los mismos, sino que se trata de un impuesto recaudado por cuenta de la Hacienda Pública.

Por el contrario, las retenciones practicadas a cuenta del IRPF por el pagador se corresponden con una parte del salario que ya ha sido transferida a la Administración Pública y será tomada en cuenta a la hora de la liquidación anual de tal Impuesto.

Es cierto que el importe del IVA constituye un coste de la prestación de los servicios que el empleador ha de satisfacer; la similitud, si acaso, puede encontrarse con las cotizaciones patronales a la Seguridad Social, cuyo importe es también parte del coste de la actividad laboral, pero sin embargo no puede pensarse que se trata de partidas salariales.

Por todo ello, es claro que la sentencia recurrida contiene una tesis errónea acerca de la naturaleza del IVA repercutido en supuestos de contratación administrativa. Ese importe carece de naturaleza retributiva, de modo que si posteriormente el vínculo se considera laboral no debe imputarse a salario, con las lógicas repercusiones a la hora de calcular eventuales indemnizaciones por despido.

3.Resolución del debate planteado en suplicación.

Puesto que la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco quebranta la buena doctrina, hay que proceder a su casación y a especificar en qué términos queda resuelto el debate planteado en suplicación (art. 228.2 LRJS).

De nuestra expuesta doctrina se siguen tres conclusiones que ahora interesa resaltar: a) Debe descontarse el importe del IVA repercutido al amparo de un contrato administrativo; b) Si existe convenio colectivo, el mismo ha de ser tomado en consideración. c) En el ámbito del empleo público no cabe derivar privilegios a partir de contrataciones ilícitas.

No constan en los presentes autos los datos retributivos que debieran aplicarse a la demandante a tenor del convenio colectivo pertinente; ello podría hacer pensar que debiera anularse todo lo actuado para que se integrase la crónica judicial con esa información. Sin embargo, parece mucho más acorde con la tutela judicial a ambas partes, los presupuestos de la casación unificadora y el principio de economía procesal, resolver el debate suscitado sobre la base de los siguientes parámetros:

a) De la cuantía percibida por la trabajadora por su último contrato (58.787,64 euros) hay que deducir 10.581,78 euros que corresponden al IVA repercutido al Ayuntamiento.

b) El importe de 48.205,86 euros realmente compensadores del trabajo se corresponde con la prestación de actividad durante dieciocho meses, de modo que el salario-mes equivale a 2.678,10 # (resultado de dividir por 18 el global) y el salario día a 88,05 # (resultado de multiplicar por 12 el importe mensual y dividirlo por 365; la cifra no redondeada sería 88,04723 #).

c) Si, eventualmente, ese salario resultase diverso al derivado de la aplicación de los parámetros previstos en el convenio colectivo estaríamos ante una consecuencia del modo en que las partes articularon sus respectivas peticiones o defensas, sin que ello comporte revisión del criterio doctrinal establecido en nuestras anteriores resoluciones.

d) Hay que computar la prestación de servicios desde que se inició al amparo del primer contrato administrativo (6 de julio de 2009) y hasta el cese efectivo de los mismos (el 7 de julio de 2012).

La aplicación de un salario inferior al establecido en la instancia como regulador a efectos de readmisión (110,21 euros) y luego aceptado en suplicación para calcular la indemnización (al cambiar la calificación del despido a la de improcedente) comporta que la estimación del recurso, de acuerdo con el criterio del Ministerio Fiscal, debería conducir a la fijación de una indemnización cuyo importe sitúa en 11.685,80 euros el recurso de la Corporación Municipal. Veamos la corrección del mismo.

En ese cálculo debe tenerse en cuenta:

A) El diverso parámetro aplicable a los periodos anteriores y posteriores al 12 de febrero de 2012, como consecuencia de la modificación introducida por el RDL 3/2012 y sus previsiones transitorias; cambios restrictivos (rebajando de 45 días por año a 33 días) que el ATC 43/2014, de 12 de febrero, declaró ajustados a la Ley Fundamental y que hemos de aplicar.

B) La Ley 3/2012 precisó que para los contratos anteriores a la misma se establece un doble parámetro, atendiendo a cuánto haya durado la vinculación antes o después de aquella fecha. La innovación de la Ley consiste en precisar que hay que calcular prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año respecto de los dos tramos temporales. La Ley entró en vigor el 8 de julio de 2012, el día siguiente al cese material de la actividad desempeñada por la trabajadora, pero su criterio bien puede inspirar la resolución de las dudas acerca de cómo interpretar el confuso texto de la precedente Disposición Transitoria del RDL 3/2012.

C) Los días que exceden del último mes servido se consideran como un mes completo a efectos del cálculo de la indemnización, con arreglo al criterio que hemos sentado en SSTS de 31 octubre 2007 o 20 julio 2009 (RJ 2009, 4184).

De este modo, desde 6 de julio de 2009 hasta 12 de febrero de 2012 deben computarse 32 meses, a 45 días por año, o sea 120 días indemnizatorios; y desde el 13 de febrero de 2012 hasta el 7 de julio discurren cinco meses, a 33 días por año, es decir, 13,75 días indemnizatorios. El monto total de 133,75 días, a razón del referido importe (88,05 #) desemboca en la cifra de 11.776,69 #, salvo error aritmético de esta Sala.

En contra de lo manifestado por el escrito de impugnación de la trabajadora, el Ayuntamiento no manifiesta su conformidad (al abstenerse de impugnarlo) con los 110,21 euros diarios (insertados en el fallo de la sentencia del Juzgado, sin razonamiento alguno al respecto) que la sentencia de instancia refiere al salario-día en caso de readmisión; ese fallo es combatido, mientras que goza de conformidad el hecho probado segundo donde consta el importe de los servicios durante los 18 meses de duración del contrato administrativo, con el desglose del IVA. Adicionalmente, en todo caso, la determinación de la naturaleza que posean las partidas retributivas abonadas no es cuestión fáctica, sino jurídica.

Ahora bien, puesto que en el escrito mediante el que se interesaba aclaración de la sentencia de suplicación el Ayuntamiento reconocía como ajustada a Derecho la indemnización de 14.566,09 euros y no puede alterarse lo solicitado ante el TSJ hemos de estar a ese importe indemnizatorio final pues respecto del mismo ya se manifestó conformidad, por así exigirlo el principio de rogación.

Por otro lado, jurisprudencia uniforme y abundante advierte que no cabe impugnar a través de este recurso excepcional lo ya admitido en suplicación; podría pensarse que eso es lo que acaece en nuestro caso con la calificación del cese de la contratada como un despido improcedente y con el importe de la indemnización en los referidos 14.566,09 euros; ambas cuestiones aparecen admitidas en el escrito mediante el que se solicitaba aclaración de la sentencia de suplicación. Sin embargo, tales extremos se manifiestan para instar la aclaración de la sentencia, no para combatir (cosa imposible en fase aclaratoria) su contenido.

Es en el posterior recurso de casación unificadora cuando el Ayuntamiento combate el criterio del TSJ, de modo que no cabe entender como acto propio o reconocimiento de deuda el referido cálculo y su resultado.

En suma, el recurso de unificación, que vamos a estimar en su aspecto doctrinal básico, realiza un cálculo que desemboca en el abono de una indemnización ligeramente inferior a la que esta Sala considera ajustada a Derecho (11.685,80 euros, frente a 11.776,69 euros), por lo que va a ser sustancialmente estimado.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1) Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada del Ayuntamiento de Gorniz.

2) Casamos y anulamos la sentencia de 5 de marzo de 2013 (recurso. 228/2013) dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, que revocó en parte la dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Vizcaya, en procedimiento sobre despido instado por D^a Fermina .

3) Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE GÓRLIZ frente a la sentencia de 5 de noviembre de 2012 (Autos 677/12) dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Vizcaya.

4) Declaramos la improcedencia del despido aquí enjuiciado y condenamos al AYUNTAMIENTO DE GORLIZ en los términos previstos por el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores .

5) Habiendo optado la empleadora por el abono de la indemnización legal, condenamos al AYUNTAMIENTO DE GORLIZ al abono de una indemnización de once mil setecientos setenta y seis euros con sesenta y nueve céntimos (11.776,69 #).

6) No procede realizar imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.