



Roj: **STSJ PV 2077/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:2077**

Id Cendoj: **48020340012016101347**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2016**

Nº de Recurso: **1231/2016**

Nº de Resolución: **1354/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**RECURSO Nº:** Suplicación / E\_Suplicación 1231/2016

**N.I.G. P.V. 20.05.4-15/003185**

**N.I.G. CGPJ 20069.34.4-2015/0003185**

**SENTENCIA Nº: 1354/2016**

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

**DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 28 de Junio de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, 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 D. Jose Manuel contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 3 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 22 de febrero de 2016, dictada en proceso sobre DSP (**despido**), y entablado por D. Jose Manuel frente a **AUTORIDAD PORTUARIA DE PASAIA**.

Es Ponente el Ilmo S. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, 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.- Que D. Jose Manuel comenzó a prestar servicios para la entidad AUTORIDAD PORTUARIA DE PASAIA desde el día 1 de diciembre de 2008, como Jefe de Area de Planificación y sistemas de Gestión con una retribución bruta anual de 51.604,51 euros, con inclusión de las pagas extraordinarias, siendo de aplicación a esta relación laboral el contenido de las cláusulas del contrato laboral suscrito entre las partes, y en lo no previsto expresamente, el Estatuto de los Trabajadores y demás normas de derecho laboral común.

SEGUNDO. Que el Sr. Jose Manuel con fecha 3 de junio de 2013, presentó una solicitud de acuerdo de suspensión de contrato de trabajo con reserva de puesto desde el día 15 de agosto de 2013, hasta el día 31 de agosto de 2014, o hasta el día 1 de noviembre en el caso de ser admitido en el MSc in Maritime Economics and Logistics impartido por la Universidad de Rotterdam y otro postgrado de contenido similar.



TERCERO. Que con fecha 19 de julio de 2013, el Sr. Jose Manuel y AUTORIDAD PORTUARIA DE PASAIA, pactaron la suspensión solicitada con el objeto de que efectivamente el Sr. Jose Manuel pudiera realizar la formación descrita en su solicitud, pactándose como fecha de inicio de la suspensión el día 15 de agosto de 2013, así como que se mantendría dicha suspensión hasta el día 1 de septiembre de 2014, o bien hasta el día 1 de noviembre de 2015, en el caso de ser admitido en los estudios referidos en su solicitud

CUARTO. Que también se pactó que el trabajador debía de plantear la solicitud de reingreso antes del día 1 de julio de 2014 para reingresar el día 1 de septiembre de 2014, o bien antes del día 1 de agosto de 2015 para reingresar el día 1 de noviembre de 2015, pactándose en la estipulación quinta que el Sr. Jose Manuel reingresará si lo solicitase cumpliendo las condiciones anteriores, produciéndose el ingreso en la categoría de Jefe de Área.

QUINTO. Que el referido acuerdo de suspensión de contrato fue oportunamente ratificado por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Pasaia en su sesión de 19 de septiembre de 2013.

SEXTO . Que en fecha 22 de agosto de 2014, el Director de la Autoridad Portuaria de Pasaia, al no haber solicitado el actor el reingreso antes del día 1 de julio de 2014, requirió al trabajador que justificase la realización de los estudios mencionados ( *MSn in Maritime Economies and Logistic de la Universidad de Rotterdam* u otro postgrado de contenido similar), con el objeto de que la suspensión pueda ser efectiva hasta el día 1 de noviembre de 2015.

SEPTIMO. Que en cumplimiento de tal requerimiento, el actor mediante escrito fechado el día 5 de septiembre de 2014, con fecha de entrega en la Autoridad Portuaria el día 8 de septiembre de 2014, puso de manifiesto, que una vez recibido el certificado correspondiente de *Deusto Business School de la Universidad de Deusto* que adjuntaba, pretendía justificar la realización del postgrado que suponía que la suspensión de su contrato de trabajo fuere efectiva hasta el día 1 de noviembre de 2015. También ponía de manifiesto que el día 25 de julio de 2014 realizó un examen de inglés relativo al *First Certificate of English* , habiendo superado el mismo, si bien no disponía aún del correspondiente certificado oficial, poniendo de manifiesto que tan pronto como dispusiere de éste lo haría llegar a la entidad demandada.

OCTAVO. Que el Sr. Jose Manuel , mediante escrito presentado el día 18 de junio de 2015 ante la Autoridad Portuaria de Pasaia, solicitó la concesión de una excedencia forzosa por ejercicio de cargo público representativo en virtud de lo dispuesto en el art. 45.1 f) del E.T ., en la que ponía de manifiesto cómo tras aportar la justificación de los estudios impartidos en septiembre de 2014, la entidad demandada no realizó ninguna comunicación denegatoria de su solicitud. Que también puso de manifiesto que el día 13 de junio de 2015 había sido nombrado alcalde de Urretxu, y que entendiéndolo que su relación laboral se encontraba suspendida hasta el día 1 de noviembre de 2015 en base al acuerdo de suspensión, solicitaba que la entidad demandada así lo reconociera expresamente, siendo su voluntad expresa reincorporarse a su puesto de trabajo una vez finalizada dicha situación de suspensión, de modo que el día 1 de noviembre debía de ser cursada su alta en la seguridad social, y ello sin perjuicio de que desde dicha fecha debía de seguir manteniéndose la suspensión de su contrato por excedencia forzosa en base al ejercicio de su cargo público, cuestión que expresamente solicitaba a la entidad demandada, y ello hasta la finalización del ejercicio del cargo de Alcalde de Urretxu.

NOVENO. Que ante el silencio de la entidad demandada, el actor remitió nuevo escrito de fecha 20 de julio de 2015, reiterando su petición, aprovechando la ocasión para comunicar la finalización del *Executive MBA de Deusto Business School* en una universidad norteamericana, así como que el título lo remitiría tan pronto se le hiciera entrega del mismo en el mes de octubre de 2015.

DECIMO. Que la entidad demandada emitió resolución de fecha 15 de julio de 2015, mediante la cual en contestación al escrito presentado por el Sr. Jose Manuel el día 18 de junio de 2015, ponía de manifiesto que habían constatado que el actor no había realizado la formación a la que se comprometió en la estipulación primera del acuerdo de 19 de julio de 2013, destacando que el tiempo de suspensión que le fue concedido había sido utilizado por el actor para unos fines distintos e incompatibles a los que le procuraron el reconocimiento de tal derecho, no habiendo informado de la formación que realmente había realizado hasta el día 8 de septiembre de 2014 después de que se le hubiere requerido que justificase la realización de la formación a la que se comprometió con el objetivo de que la suspensión pudiese ser efectiva hasta el día 1 de noviembre de 2015. Que por todo ello, la entidad demandada consideraba que **" había incurrido en el incumplimiento de los términos del acuerdo, y por lo tanto resolvía no acceder a lo solicitado en su escrito de fecha 18 de junio de 2015"**.

UNDECIMO. Que el actor remitió escrito a la entidad demandada de fecha 27 de julio de 2015, en que solicitaba aclaraciones a dicha resolución, y en concreto, si con ella estaba dejando sin efecto la suspensión del contrato; si debía o no reincorporarse; y si en tal caso, se le reconocía o no la excedencia forzosa solicitada.



DUODECIMO. Que ante el silencio de la entidad demandada, el actor interpuso reclamación administrativa previa el día 13 de agosto de 2015. Que ante el silencio de nuevo de la entidad demandada, al no resolver expresamente dicha reclamación administrativa previa, el actor interpuso demanda judicial por **despido**".

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

"Que DEBO de estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por D. Jose Manuel contra la empresa AUTORIDAD PORTUARIA DE PASAIA, y DECLARAR IMPROCEDENTE la decisión adoptada por esta empresa de dar por extinguido el contrato de trabajo del actor con efectos desde el día 15 de junio de 2015, DEBIENDO de estar y pasar ambas partes por esta declaración, CONDENANDO a la entidad demandada a que readmita al actor de manera inmediata en las mismas condiciones que tenía con anterioridad al **despido** practicado, con abono en este caso de los salarios dejados de percibir a razón de 143,34 euros diarios, desde la fecha de **despido** hasta la efectiva readmisión del trabajador, o hasta que hubiere encontrado otro empleo, si tal colocación fuere anterior a dicha sentencia, y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, o bien y a su elección, a que dando por rescindida definitivamente la relación laboral, le indemnice en la cantidad de 37.006,80 euros, ABSOLVIENDO a la entidad demandada del resto de pretensiones deducidas en su contra".

La opción prevista en el párrafo anterior deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la presente resolución, sin perjuicio del recurso que contra la misma se pueda interponer. En caso de no ejercitar la misma, se entenderá que la demandada opta por la readmisión".

**TERCERO** .- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por la autoridad portuaria de Pasaisa.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución judicial de instancia ha estimado parcialmente la pretensión del trabajador demandante reconociendo la existencia de una extinción contractual con efectos que finalmente señala de quince de julio de 2015 ( de rectificación del inicial 15 de junio), con declaración de improcedencia de tal decisión empresarial y opción genérica de readmisión o indemnización en atención al artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , para con este trabajador con categoría profesional de jefe de área de planificación y sistemas de gestión en la autoridad portuaria de Pasaia, que presta servicios desde el 1 de diciembre de 2008 y que tenía un acuerdo de suspensión contractual con reserva de puesto de trabajo desde junio del 2013 en virtud de determinadas actividades formativas que se delimitan en los hechos probados y en los fundamentos jurídicos, y que permitían la ausencia de reincorporación y una suspensión contractual con determinadas exigencias y cumplimientos de requisitos que se estipulan concretamente en el juzgado de instancia que considera que como quiera que el trabajador solicito una especie de situación de excedencia forzosa sobrevenida ( desde el 13 de junio del 2015 era alcalde) y la empresarial entendió que de los términos de las condiciones de la suspensión del contrato había un incumplimiento que suponía la extinción contractual, nos encontramos ante un **despido** procedente (no llega a manifestar que estemos ante un **despido tácito** pero tampoco creo que sea disciplinario), al que deben aplicarse los efectos propios del Estatuto de los Trabajadores sin perjuicio del clausulado y manifestaciones respecto de otro régimen jurídico como es el de los empleados públicos.

Disconforme con la resolución de instancia el trabajador plantea recurso de suplicación articulando un primer motivo revisión fáctica al amparo del párrafo b del artículo 193 de la LRJS al que se suma un segundo motivo jurídico según el párrafo c del mismo artículo y texto que pasamos a analizar.

La empresa impugnante ha alegado la inadmisibilidad del recurso de suplicación por entender que habiendo optado por la readmisión no existe perjuicio alguno ni pretensión que pueda ser mantenida por el recurrente, al verse privado de dicho perjuicio real ante una opción de aplicación de una u otra norma que ha tenido el mismo efecto.

Sin embargo este Tribunal entiende que no hay tal causa de inadmisibilidad por cuanto la pretensión, sin perjuicio de su previsión declarativa, tiene unas resultancias sustitutivas que si bien en el supuesto de autos, y a la vista de la opción empresarial, pudieran no acontecer en un perjuicio económico determinado, si suponen exigencias jurídicas de estudio y pauta a dilucidar respecto del contrato, su modificación y el clausulado de sometimiento normativo, que debemos analizar.

**SEGUNDO** .- El motivo de revisión fáctica esgrimido al amparo del artículo 193 b) de la LRJS exige recordar que el proceso laboral delimita, desde la Ley de Bases 7/89, la exigencia de un Recurso de Suplicación como medio de impugnación extraordinario propio de una única instancia con cierta naturaleza casacional que solo



puede interponerse por motivos tasados, expresos y circunstanciados sin que el Tribunal pueda acceder al examen, con modificación de la resolución de instancia, mas que cuando exista un error en la apreciación de los medios de prueba que consten en el procedimiento, ya sea positivamente, por recoger hechos contrarios a los que se desprenden de la actividad probatoria, o negativamente, por omisión de tales que del mismo modo se desprenden de dichas pruebas. Además el padecimiento del error debe ser palpable y evidente, con trascendencia en el Fallo y variación del procedimiento, y por lo mismo con independencia de su certeza o veracidad.

La revisión fáctica exige determinar el hecho que se impugna y la concreta redacción que se quiere recoger, ofreciendo un texto alternativo, ya sea por omisión, adición, modificación o rectificación pero, en todo caso, evidenciándose las pruebas documentales o periciales que obrando en autos, y siendo concretamente citadas por el recurrente, son base para descubrir, al margen de cualesquiera otros medios probatorios, la infracción normativa de que deriva.

Así respecto de la prueba documental el éxito de la motivación fáctica del recurso extraordinario exige que los documentos alegados sean concluyentes, decisivos y con poder de convicción o fuerza suficiente para dejar de manifiesto el error del Magistrado de instancia, sin lugar a dudas.

En lo que respecta a la prueba pericial, y al margen de la discrecionalidad o apreciación libre del Magistrado de instancia, tan sólo el desconocimiento o ignorancia de su existencia, o la contradicción por emisión de variados informes o dictámenes, hacen que el sentido de la apreciación pueda ser contradictorio permitiendo a la Sala la valoración en conjunto que concuerde con la de instancia o concluya de manera diferente.

En lo que respecta al caso concreto de la presente pretensión del trabajador recurrente que inicialmente pide la modificación fáctica del hecho probado primero al objeto de incorporar una especie de aplicación subsidiaria o sometimiento no solo a la legislación laboral sino a las normas convencionales y a los preceptos del Estatuto Básico del Empleado Público que así se dispongan, a criterio de la Sala no podrá tener éxito por cuanto no estamos verdaderamente ante una pretensión de revisión fáctica sino mas bien ante la consideración jurídica de fondo del régimen jurídico aplicable a la relación laboral, teniendo en cuenta que además la expresión del clausulado recogía que " *en todo lo que no este expresamente determinado en el mismo, las partes se someten además de la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables, a los preceptos del Estatuto Básico del Empleado Publico que así lo disponga* ", por lo tanto la cláusula convencional y modificativa que las partes conocen, y debe ser interpretada, no es necesario que sea recogida de manera trascendente en el relato fáctico, en tanto en cuanto se trata de la cuestión jurídica a dilucidar sobre la normativa aplicable a la decisión extintiva de la entidad empleadora, que como luego veremos acontece no en el ámbito preciso de un **despido** disciplinario sino en una extinción que calificamos ya de **despido tácito**, que podrá ser considerado improcedente, por supuesto, habiéndose abandonado cualquier pretensión principal de nulidad que nadie invoca.

Por lo manifestado procede denegar la revisión fáctica propuesta.

**TERCERO.-** En lo que se refiere a la revisión jurídica, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino solo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente iura novit curia o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado.

Como en el supuesto de autos el trabajador recurrente denuncia la infracción de los artículos 2 , 7 , 93 , y 96 del Estatuto del Empleado Público 7/2007, estructurando en la motivación la exigencia que en el supuesto de la calificación del **despido** improcedente (disciplinario) las consecuencias sean la obligada readmisión o una simple opción empresarial ( art 96.2 del **EBEP** ) analizaremos dicha temática.

Y es aquí donde la Sala debe tener en consideración que evidentemente la relación que une al trabajador demandante con la empleadora pública lo es bajo una relación laboral indefinida en un régimen jurídico aplicable, que inicialmente es del año 2008, y se pauta en una contratación laboral que tan solo a través



del acuerdo de modificación del contrato laboral inicial de fecha 10 de diciembre de 2011 concretan unos clausulados, de la cláusula primera específicamente, y ya determina el régimen jurídico aplicable a esa relación laboral que sea contenida en las cláusulas del contrato de trabajo y en todo lo que no este expresamente determinado en el mismo, las partes se someten además de la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables, a los preceptos del Estatuto Básico del Empleado Público, que así lo dispongan. Del mismo modo en el ámbito disciplinario la cláusula décima del contrato laboral inicial del 2008, que posteriormente no fue modificado en el 2011, expresamente se remite al régimen disciplinario del Estatuto de Trabajadores, con esa diferencia del artículo 93 de la responsabilidad disciplinaria para el funcionariado público.

Es por ello que si consideramos que es tema de extinción contractual y debe ser calificado como un **despido tácito** improcedente, y no como un **despido** disciplinario, aparentemente el criterio de la recurrente, en una interpretación equivocada de alguna alusión que realizó el juzgado de instancia a desideratum o pauta de intervención preconizada, la realidad es que difícilmente el **EBEP** contiene y contempla una consecuencia jurídica para tal figura que se avoca directamente a la normativa general del Estatuto de los Trabajadores. Y es que precisamente la previsión respecto de las consecuencias de la extinción que recoge la normativa del personal laboral **fijo** en el artículo 96.2 de la **EBEP**, se observa de manera literal y tajante que estamos ante declaraciones de improcedencia en **despidos** acordados como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave, siendo que en el caso de autos no estamos ante un procedimiento disciplinario sino que el mismo juzgador de instancia ha achacado a la ausencia de tramitación formal de cualquier procedimiento sancionador, lo que convierte finalmente a la extinción en una especie de **despido tácito** que la doctrina judicial laboral conforma con los mismos efectos de improcedencia que recoge nuestro dictado del Estatuto de los Trabajadores en el artículo 56 que ha sido debidamente aplicado por el juzgador de instancia por lo que procede la íntegra desestimación del recurso de suplicación del trabajador recurrente.

**CUARTO** .-. Como quiera que el trabajador recurrente goza del beneficio de justicia gratuita en atención al artículo 235 de la LRJS no habrá condena en costas.

#### FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Jose Manuel contra la sentencia dictada en fecha 22 de febrero de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Donostia en autos nº 616/16 seguidos a instancia del hoy recurrente frente a la AUTORIDAD PORTUARIA DE PASAIA.

No hay condena en costas.

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 Ilmo. Sr. Magistrado 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 4699-0000-66-1231-16.

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 4699-0000-66-1231-16.

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.

FONDO DOCUMENTAL CEN