



Roj: **STSJ PV 4059/2015 - ECLI: ES:TSJPV:2015:4059**

Id Cendoj: **48020340012015102282**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2015**

Nº de Recurso: **1933/2015**

Nº de Resolución: **2165/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE LUIS ASENJO PINILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 1933/2015

N.I.G. P.V. 01.02.4-14/003209

N.I.G. CGPJ 01023.44.2-0140/003209

SENTENCIA Nº: 2165/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 17 de noviembre de 2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por las/el Ilmas/o. Sras/Sr. D^a.GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D^a ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistradas/o, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Encarna , contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Uno de los de VITORIA- GASTEIZ, de 19 de junio de 2015 , dictada en proceso sobre Despido (DSP), y entablado por la ahora también **recurrente** frente a **COCINA CENTRAL MAGUI S.L.**

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA, 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 actora, Doña Encarna , venía prestando servicios para la demandada, COCINA CENTRAL MAGUI, SL, con la categoría de Auxiliar de Cocina, con antigüedad desde el 07.10.2008 y con un salario bruto mensual con inclusión de la prorrata de pagas extras, según Convenio.

SEGUNDO.- A la relación laboral le resulta de aplicación el Convenio Colectivo de empresas de colectividades en comedores escolares de gestión directa dependientes del Departamento de Educación y Universidades e Investigación del Gobierno Vasco publicado en el BOPV nº 224 de fecha 25 de noviembre de 2011 cuyo artículo 35 señala textualmente lo siguiente:

"Las/los trabajadoras/es afectadas/os por el presente Convenio podrán solicitar excedencias sin sueldo, no inferiores a un mes ni superiores a cinco años, cuando al menos lleven un año de permanencia en la empresa, o lo que es lo mismo al menos lleven un curso completo.



Las solicitudes a que se hace referencia en el párrafo anterior deberán ser formuladas por escrito y serán resueltas en un plazo no superior a 15 días.

Al terminar el período de permiso por el transcurso del plazo solicitado, el trabajador/a será admitido automáticamente en su puesto y Centro de trabajo. Los permisos concedidos estarán limitados por el plazo mínimo de un año en la plantilla desde la concesión del último.

Excepcionalmente las/los trabajadoras/es tendrán derecho a una excedencia sin sueldo de diez días al año. Para el disfrute de la misma será suficiente con comunicárselo al encargado correspondiente con dos días de antelación. En ningún caso se podrá acumular a las vacaciones. Toda persona que disfrute de la excedencia será sustituida desde el primer día y mientras dure tal situación."

TERCERO.- La actora ha disfrutado de una excedencia voluntaria.

CUARTO.- La actora solicitó a la empresa una prórroga de excedencia voluntaria en fecha 1 de septiembre de 2014.

QUINTO.- Por escrito de fecha 2 de septiembre de 2014 la empresa comunica a la actora que se le deniega la prórroga de excedencia solicitada y recibida por la empresa en fecha 1 de septiembre de 2014 señalando lo siguiente:

"...El Convenio Colectivo de empresas de colectividades en comedores escolares de gestión directa dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco (artículo 35) a usted aplicable no establece la posibilidad de prórroga de excedencia voluntaria y dice textualmente en su apartado 3º "Al terminar el período de permiso por el transcurso del plazo solicitado, el trabajador será admitido automáticamente en su puesto y Centro de trabajo. Los permisos concedidos estarán limitados por el plazo mínimo de un año en la plantilla desde la concesión del último."

Por ello le notificamos que en fecha 16 de septiembre de 2014 deberá incorporarse en su puesto de trabajo como monitora en el CEP DIVINO MAESTRO y en caso de no hacerlo, se entenderá que ha causado baja voluntaria en la empresa.

Sin otro particular se despide atentamente.

Cocina Central Magui SL.

SEXTO.- La actora no se reincorporó al trabajo, y ha sido dada de baja con efectos de 16 de septiembre de 2014.

SÉPTIMO.- La actora es Delegada de la Sección Sindical de CCOO.

OCTAVO.- Se ha celebrado acto de conciliación con resultado de SIN AVENENCIA."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

"Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda interpuesta por Doña Encarna ,contra la empresa COCINA CENTRAL MAGUI, SL absolviendo a la demandada de todas las pretensiones deducidas de contrario."

TERCERO.- Como quiera que la parte actora discrepara de dicha resolución, procedió a anunciar y, posteriormente, a formalizar, el pertinente Recurso de Suplicación.

Ha sido impugnado por la empresa Cocina Central Magui SL (a partir de ahora Magui). Respecto a ese escrito presentó alegaciones la trabajadora.

CUARTO.- Los presentes autos tuvieron entrada el 19 de octubre de 2015 en esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La CS de Comisiones Obreras de Euskadi solicitaba en la demanda origen de las actuaciones en curso y presentada el de 23 de octubre 2014, en nombre de su afiliada Sra. Encarna , que se declarase la nulidad del despido a su juicio sufrido.

La sentencia de 19 de junio de 2015 y del Juzgado de referencia, desestimó íntegramente su reivindicación. Todo ello en base a los hechos que desglosábamos en nuestros antecedentes fácticos; así como en los fundamentos de derecho que se consignan en dicha resolución y que se tienen por reproducidos.

SEGUNDO.- La recurrente presentó alegaciones al amparo del art. 197.2, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), y una vez finalizado el trámite impugnatorio. Efectivamente, esa norma y puesta a su vez en relación con su num.1, ampara la presentación de escritos en el plazo allí establecido, pero exclusivamente por las causas normativamente establecidas. Dichas causas constituyen un auténtico "*numerus clausus*", y



además deben ser interpretadas de manera restrictiva, al ser parte íntegramente de un trámite de cierre y a la par excepcional. So pena y como en este supuesto acontece, de convertirlo en una dúplica, que entendemos no es lo querido por el legislador. Por tanto, ese escrito será devuelto a su origen, al no incardinarse en los supuestos legalmente contemplados.

TERCERO.- La empleadora no compareció al acto del juicio oral, por tanto todos los alegatos que formula en su escrito impugnatorio pueden considerarse extemporáneos. Así lo hemos declarado en las sentencias de 14-2-2012, rec. 101/2012 y 23-10-2012, rec. 2394/2012, y a su vez tomando como referencia la de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS), de 4-10-2007, rec. 5405/2005 .

Decíamos en la primera de ellas, lo siguiente: *"Pues bien desde esa perspectiva jurisprudencial y de la cual también sería adecuado reflejo el art. 85.2, de la LPL , no podemos aceptar que en este Recurso se planteen cuestiones novedosas¿".* Excepción serían y no ocurre en el supuesto que nos ocupa: *"¿aquellas pretensiones que tuvieron origen en la propia sentencia, pero exclusivamente en la misma; por ejemplo, podría invocarse la existencia de incongruencia "extra petita¿".*

Para terminar indicando que: *"¿ De admitir el debate sobre todos sus alegatos, la empresa estaría reproduciendo, o mejor dicho trasladando la vista oral en instancia, al seno de un Recurso extraordinario cual es el que ahora nos ocupa; subsanando de esa manera y en su exclusivo beneficio, la falta de asistencia a dicha vista y por causas que únicamente le fueron imputables"*

CUARTO.- Tras esas precisiones, recordemos que el primer motivo de Suplicación toma como base el art. 193.c), de la LRJS ; referencia procesal que mantendremos también en los siguientes.

La parte actora estima que la sentencia objeto de Recurso, infringe el art. 55.1, del Estatuto de los Trabajadores (ET); puesto en relación con el art. 87.1, de la LRJS y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, contenida en la resolución 140/1994.

Recuerda que la empleadora no compareció a la vista oral, pese a haber sido citada legalmente. A continuación indica que la Juzgadora de instancia le está imponiendo la carga de la prueba de que persistía el vínculo laboral y el hecho mismo del despido, pero ello solo acontece cuando es negado de contrario, lo cual no se ha producido en este litigio y ante dicha incomparecencia. Lo anterior, sigue diciendo, le causa indefensión, y tras rechazar la nulidad de lo actuado por su carácter excepcional, entiende que han de tenerse por no puestas las conclusiones fácticas que se opongan a los hechos a su vez incluidos en la demanda, al no ser controvertidos. Consecuencia de todo ello, finaliza, es que tenga que declararse la existencia de relación laboral entre las partes, así como que ha tenido lugar una decisión unilateral de la empresa de poner fin a la misma, que a su vez tiene que reconocerse como nula, visto su carácter de delegada sindical.

Varias son las cuestiones planteadas y para darlas un cierto orden expositivo empezaremos nuestro análisis por la pretendida supresión de los hechos incluidos en el relato fáctico.

Sin embargo, no podemos acceder a su petición y por dos causas, preferentemente. Haremos caso omiso de si la vía procedimental utilizada es o no la correcta, es decir si debería haberse servido del apartado b) y no del c), del art. 193, puesto que aun siendo algo oscuro su planteamiento, parece querer resaltar que concurre una ausencia de prueba para obtener los mismos y por tanto existe un exceso judicial que ha de corregirse por una vía estrictamente jurídica. Pero lo que es un obstáculo insalvable y sería la primera, es la falta de determinación que aquellos que efectivamente quiere suprimir, pues existen hasta ocho ordinales y con un variado contenido; precisión que le correspondía a la recurrente y de manera indubitada. Sin perjuicio de lo anterior y por ende solo a efectos dialécticos, constituye la segunda que para el caso de que pudiera estar refiriéndose a lo incluido en el sexto hecho probado, y más concretamente cuando se dice que: *"¿La actora no se reincorporó al trabajo¿"*, tal afirmación se infiere de la propia demanda, concretamente de lo relatado en el segundo párrafo de su quinto ordinal ¿pag. X-.

QUINTO.- Despejada esta cuestión pasaremos a la que a nuestro juicio resulta nuclear. Es decir, si la conducta de la Sra. Encarna de no comparecer a su puesto de trabajo el 16 de septiembre de 2016, tal como en principio indicaba la carta de Magui del anterior día 2, debe reputarse de un despido, en cuanto que la trabajadora quería seguir manteniendo vigente la relación laboral, o, por el contrario, estamos en presencia de un abandono voluntario de la misma y tal como concluye la resolución de instancia.

En ese orden de cosas, destacaremos que teniendo en cuenta los intereses juego, es necesario que la voluntad de la afectada y aunque la consideremos de carácter tácito, ha de manifestarse de forma clara y terminante y en orden a demostrar su real voluntad extintiva. Para ello habrá que valorar las circunstancias que puedan darse en cada caso, es decir el contexto en el que tiene lugar. A tal efecto la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ha establecido, por ejemplo en la sentencia de 21-11-2000 , que: *"¿La dimisión del trabajador, como todo acto negocial, en este caso con finalidad de extinguir otro negocio más amplio, y de*



carácter sucesivo o prolongado, que es el propio contrato de trabajo, requiere una voluntad incontestable en tal sentido; la cual puede manifestarse al exterior, para que la conozca el empresario, de manera expresa: signos escritos o verbales que directamente explicitan la intención del interesado; o de manera tácita: comportamiento de otra clase, del cual cabe deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vinculación laboral. De ahí que el llamado abandono (mencionado en la vieja Ley de Contrato de Trabajo de 1944, art. 81; y tangencialmente en el ET art. 21.4 a propósito de los pactos de permanencia), materializado en una inasistencia más o menos prolongada del trabajador al centro o lugar de trabajo, no sea algo que mecánicamente equivalga a una extinción por **dimisión**; sino que, y este sería el significado unificador de la presente resolución se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante, que el empleado desea extinguir el contrato".

SEXTO.- Sentadas estas bases y tal como a continuación argumentaremos, estimamos que no ha existido un abandono o **dimisión** tácita de la actora. A saber.

-La Sra. Encarna inició su actividad el 7 de octubre de 2008 para la empleadora. Y aunque no figure el dato en la sentencia de instancia, conocemos a través de nuestra resolución de 15-9-2015, rec. 1373/2015, que comenzó la excedencia el 16 de septiembre de 2013, luego objeto de discusión en cuanto a la posible prórroga. O sea llevaba cinco años prestando servicios de manera ininterrumpida, periodo de tiempo que puede considerarse relevante al momento laboral en curso. Tampoco conocemos que tanto durante el año que tuvo reconocida la excedencia, como, posteriormente, haya iniciado su actividad en otra empresa. Con lo anterior queremos destacar que a priori no existen datos que pudieran avalar una actitud de la trabajadora tendente a desvincularse de dicho contrato, sino justamente la contraria.

-Las discrepancias entre las partes comienzan con la petición de una prórroga respecto a la excedencia anual reconocida en su momento y a la que hicimos referencia en el párrafo anterior. Cuestión que aunque haya sido resuelta en sentido negativo para la Sra. Encarna, por la sentencia que ya hemos adelantado y con la consiguiente desestimación de una demanda dirigida a reivindicar el derecho del que entendía era acreedora, tenía ciertos visos de defensa sin caer en tesis calificables de temerarias, o sea la discrepancia jurídica sobre la negativa de Magui y a la par legítima, puede ser un factor más a considerar; en ese sentido señalaremos que tanto en el anterior Recurso, como en el actual citaba dos sentencias, una de esta misma sala y otra del TSJ de Galicia. Resolución judicial que además y por sí misma, no puede desplegar especiales efectos en cuanto a constatar una actitud dimisionaria de la trabajadora, como tampoco la de instancia que antecedió de 29 de abril también del año en curso, pues se dictaron con posterioridad a que la empleadora cursara su baja en la Seguridad Social. Incluso podríamos decir que demuestra justo lo contrario, ya que si pretendiera abandonar la empresa no habría "perdido el tiempo" articulando dicha demanda.

-La carta de 2 de septiembre contenía una advertencia expresa a la Sra. Encarna por parte de la empleadora. Decía que en caso de no incorporarse el siguiente día 16, entendería que: "*¿ha causado baja voluntaria en la empresa?*". Pero tal advertencia no puede generar automáticamente los efectos pretendidos, pues volviendo al punto inicial también es importante conocer la voluntad de la trabajadora y a través de hechos que podamos calificar de concluyentes. Voluntad que por lo igualmente relacionado hasta este momento nunca ha ido dirigida a extinguir el contrato, sino a mantenerlo y aunque sea en suspenso.

-El sexto ordinal del relato fáctico también afirma que la trabajadora fue: "*¿dada de baja con efectos de 16 de septiembre de 2014?*", sin más precisiones. Ello determina una doble consecuencia, la inicial es que la empleadora nunca le notificó una carta de despido y en base a sus reiteradas faltas de asistencia al trabajo, de acuerdo al art. 54.2.a), del ET, puesto en relación con el art. 40, del Convenio Colectivo que le es aplicable ¿hecho probado segundo-. Asimismo y es la segunda, que aunque sea constitutivo de falta muy grave no asistir al trabajo tres o más días durante un mes en este ámbito convencional, fue dada de baja justo el primer día que tenía para reincorporarse, sin esperar al trascurso de dicho plazo, o cuando menos no se demuestra por la empleadora, a que pudiera justificar tales ausencias.

SÉPTIMO.- Lo solventado en el fundamento de derecho supone, en primer lugar, que sea innecesario pronunciarse sobre los dos motivos que restan de entre los articulados por la Sra. Encarna.

Sin embargo, no podemos reconocer la nulidad pretendida al no estar incardinado en los supuestos que establece el art. 55.5, del ET, no bastando a tal fin su carácter de representante sindical. Visto lo cual el despido ha de calificarse de improcedente, al no cumplir los requisitos formales que reseña el art. 55.1, del ET, puesto en conexión con su también num. 4. No obstante, al tratarse de una delegada sindical ¿hecho probado séptimo-, le corresponde ejercitar la opción que tenga por conveniente y en los términos que establece el num. 4, del art. 56, de ese mismo Texto.

Una última consideración. Por sorprendente que parezca, ni la sentencia objeto de Recurso, ni la demanda origen de las presentes actuaciones que no se mandó subsanar, reseñan el salario en euros que ha de



computarse a efectos de calcular tanto la indemnización por la que pudiera optar la trabajadora, como por los salarios de tramitación igualmente adeudados. Lo anterior determina que nos remitamos a las normas generales y jurisprudenciales establecidas para su cálculo, el cual desde luego no nos compete al no ser responsables de esa deficiencia.

OCTAVO. - La estimación del Recurso carece de incidencia desde la perspectiva del pago de las costas que hayan podido generarse en la presente instancia; en cuanto que no serán exigibles a ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que **estimamos** el Recurso de Suplicación formulado por la CS de Comisiones Obreras de Euskadi en nombre de su afiliada D^a. Encarna , contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Uno de los de Vitoria-Gasteiz, de 19 de junio de 2015 , dictada en el procedimiento 772/2014; por lo cual, revocamos también la misma y declaramos la improcedencia del despido sufrido por la actora con efectos de 16 de septiembre de 2014; y, en consecuencia, condenamos a la empresa Cocina Central Magui SL, a que a opción de la trabajadora y en el plazo máximo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia, opción que habrá de efectuarse ante esta Sala, le readmita en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían con anterioridad, o a que le abone una indemnización calculada conforme a los parámetros normativa y jurisprudencialmente establecidos; extendiéndose dicha condena al pago de los salarios de tramitación devengados desde el día siguiente al del despido y hasta la notificación de la presente resolución, igualmente computados de acuerdo a los parámetros ahora enunciados. Sin 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/la Il^{mo}/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- 66-1933/2015.

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 4699-0000-66-1933/2015.

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 CENDOJ