



Roj: **STSJ AND 3882/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:3882**

Id Cendoj: **41091340012017100327**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2017**

Nº de Recurso: **1153/2016**

Nº de Resolución: **827/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 1153/16-L, sentencia nº 827/17

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMOS. SRES.:

Dª. Mª ELENA DÍAZ ALONSO

Dª. MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a quince de Marzo de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 827/17

En el recurso de suplicación interpuesto por ACADEMIA BRITÁNICA Y CASA INTERNACIONAL S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Córdoba en sus autos núm. 947/15; ha sido **Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado**, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, la recurrente fue demandada por Dª. Aida , en demanda de despido, se celebró el juicio y el 22 de diciembre de 2015 se dictó sentencia por el referido Juzgado, estimando la pretensión y declarando el despido improcedente y condenando a la empresa a que opte entre la readmisión o por la extinción del contrato de trabajo con la consiguiente indemnización, que asciende a 3.905,51€, debiendo en estos casos abonar los salarios de tramitación devengados desde el día del despido - el 15/9/15- hasta la fecha de notificación de esta sentencia o hasta el día en que el demandante hubiera encontrado empleo efectivo, caso de ocurrir antes, a razón del salario módulo diario de 50,63 €.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

" PRIMERO.- Aida ha prestado sus servicios para la empresa ACADEMIA BRITÁNICA Y CASA INTERNACIONAL SA, en virtud de contrato de trabajo para la realización de trabajos fijos discontinuos, de fecha 17/9/12, con

jornada de 34 horas semanales (25 horas lectivas) y con la categoría profesional de profesora de inglés, sin haber ostentado en el último año cargo de representación legal o sindical de los trabajadores.

El Convenio colectivo fijado en el contrato de trabajo era el de enseñanza y formación no reglada.

SEGUNDO.- La trabajadora demandante ha prestado servicios para esta empresa en los siguientes períodos:

- 17/9/12 a 31/7/13.

- 2/9/13 a 13/6/14.

- 15/9/14 a 14/6/15.

Fuera de esos períodos, la demandante, se desplaza a países de habla anglosajona para dar clases de inglés a alumnos extranjeros que acuden a realizar cursos de verano.

No ha quedado probado que en tales actividades de período estival la demandante trabaje para la demandada, ni una empresa que tenga relación con ésta.

La demandada se dedica a impartir clases particulares de idiomas a grupos de alumnos en sus centros de Córdoba.

TERCERO.- En virtud del último período de actividad, la trabajadora ha percibido las siguientes retribuciones brutas:

- Septiembre 2014: 880,89 €.

- Octubre 2014: 1.664,74 €.

- Noviembre 2014: 1.657,28 €.

- Diciembre 2014: 1.818,46 €.

- Enero 2015: 1.669,68 €.

- Febrero 2015: 1.677,23 €.

- Marzo 2015: 1.772,83 €.

- Abril 2015: 1.662,33 €.

- Mayo 2015: 1.650,43 €.

- Junio 2015: 1.944,42 €.

TOTAL: 15.398,47 €, de los que 1.537,53 € corresponden a conceptos no salariales (plus transporte y IT Team), según nóminas no impugnadas.

CUARTO.- El día 14/9/15 la trabajadora asistió a su puesto de trabajo para tener una reunión a los efectos de planificar el nuevo curso. Allí surgió una discrepancia con la dirección del centro sobre las horas de clase asignadas.

El día 15/9/15 acudió a su médico de atención primaria, que le cursó una baja de esa fecha con diagnóstico reacción depresiva leve. Esta baja fue remitida a la empresa por correo electrónico el 19/9/15 (f. 63).

La empresa cursó el alta de la trabajadora en la Seguridad Social el día 15/9/15, siendo posteriormente anulada por la citada mercantil.

Sostiene la parte empresarial que no ha existido despido alguno, sino una renuncia voluntaria de la trabajadora a seguir prestando servicios laborales a la vista de las condiciones de trabajo ofertadas.

QUINTO.- El día 8/10/15 se presentó la papeleta y el día 29/10/15 de ese mismo año tuvo lugar la preceptiva conciliación previa en el CEMAC con el resultado de intentada sin avenencia."

TERCERO.- La demandada recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión de despido, declarado improcedente, se alza la demandada por el cauce del apartado c) del art 193 LRJS denunciando la infracción del art. 55 ET y del art. 24 CE con el argumento de que la falta de prueba no debe perjudicarle y que de la sola baja en la TGSS no cabe deducir que hubo un despido; que es a la actora a la que corresponde acreditar que hubo un despido.

En el supuesto que la actora alega despido y la empresa abandono, **dimisión**, cada parte deberá acreditar, una el hecho constitutivo de su pretensión, y la otra el hecho de su oposición y así corresponde a la trabajadora la prueba de la decisión empresarial de cesarle en su puesto de trabajo, por ser el despido, el hecho constitutivo de su pretensión, y ello, sin perjuicio de aquellos casos en que ello se deduzca sin lugar a dudas de la existencia de hechos concluyentes en tal sentido, por aplicación del principio recogido en el art. 217 LEC según el cual, le incumbe a la parte actora la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a la pretensión contenida en su demanda. **Será la empresa quien tendrá que acreditar el abandono como hecho impositivo a la pretensión de despido.**

Es decir, en los **supuestos en que trabajador y empresario discrepen sobre si el contrato de trabajo se extinguió por voluntad del uno o del otro**, la carga de la prueba incumbe a la parte que, en el proceso, alegue su versión con el fin de obtener determinados efectos jurídicos y no a la parte que simplemente sostiene la otra versión como reacción a la mantenida por su adversario, oponiéndose a los efectos jurídicos pretendidos por éste.

Así, como en nuestro caso, cuando se ejercita acción por despido y el empresario demandado niega que el contrato de trabajo se haya extinguido por tal causa, sosteniendo que se debe a otra diferente, corresponde a la demandante la carga de la prueba de que el despido fue la causa de la extinción contractual (STS 1-10-90, EDJ 8840).

Sin embargo, también se ha declarado que al trabajador corresponde probar la fecha de finalización de la prestación de servicios y corresponde a la empresa la carga de la prueba, de que ha existido el deliberado propósito del trabajador de extinguir la relación laboral, de tal forma que si el trabajador ha probado la fecha final de prestación de servicios y la empresa demandada no demuestra actos reveladores de **dimisión** o abandono se ha de declarar la existencia de un despido improcedente (STS 10-10-06, EDJ 345848). En suma, y como comenzábamos, cada parte deberá acreditar el hecho constitutivo de su pretensión y de su oposición.

SEGUNDO.- Para que la conducta consistente en el abandono sea constitutiva de **dimisión** del trabajador, es necesario que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral (SSTS 17-5-05, EDJ 90319; 21-11-00, EDJ 55660; 10-12-90, EDJ 11251). De modo que la **dimisión exige como necesaria una voluntad del trabajador clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito**, si bien en tal caso la manifestación se ha de hacer por hechos concluyentes, es decir, que no deje margen alguno para la duda razonable sobre su intención o alcance (STS 10-12-90, EDJ 11251).

La empresa ha de acreditar el abandono del trabajador (STS 27-6-01, EDJ 16137) pudiéndose deducir el abandono de los actos coetáneos y posteriores del mismo de manera que no puede entenderse que existe **dimisión**, cuando del comportamiento de la parte no se puede deducir, sin dudas muy razonables, que fuera voluntad del trabajador dar por concluida la relación laboral (SSTS 29-3-01, EDJ 2964; 19-10-06, EDJ 311900).

Aquí se nos relata que *"El día 14/9/15 la trabajadora asistió a su puesto de trabajo para tener una reunión a los efectos de planificar el nuevo curso. Allí surgió una discrepancia con la dirección del centro sobre las horas de clase asignadas. El día 15/9/15 acudió a su médico de atención primaria, que le cursó una baja de esa fecha con diagnóstico reacción depresiva leve. Esta baja fue remitida a la empresa por correo electrónico el 19/9/15 (f. 63). La empresa cursó el alta de la trabajadora en la Seguridad Social el día 15/9/15, siendo posteriormente anulada por la citada mercantil"*, con lo que quedó acreditada una conducta de la que no es lógico inferir una inequívoca intención de abandono, pues de la actuación de la trabajadora consistente en la remisión del parte de baja a la empresa, mas el ejercicio de la acción de despido, mas la baja por la empresa sin comunicación alguna, ni al SPEE solicitando anular el contrato ni a la TGSS del porqué de la alta y baja y de la inexistencia de relación laboral, constituye un despido y no una expresión tácita de dar por terminada la relación laboral mediante su **dimisión** (STS 21-11-00, EDJ 55660). La trabajadora acredita la existencia de una voluntad empresarial de dar por finalizada la relación laboral.

La empresa no ha acreditado el abandono de la trabajadora (STS 27-6-01, EDJ 16137) deduciéndose, de los actos coetáneos y posteriores de la misma, que existía una voluntad de mantenimiento del vínculo laboral.

En los casos en los que el trabajador deja de asistir al trabajo, es peligroso para la empresa limitarse a dar de baja al mismo en la Seguridad Social y tenerle por desistido del contrato de trabajo, porque si la voluntad extintiva del trabajador no resulta claramente de su conducta, el empresario podría ser condenado por despido improcedente ante una reclamación del trabajador; ya que las faltas de asistencia que no evidencien voluntad extintiva por parte del trabajador no pueden asimilarse al abandono, sino que en todo caso pueden ser sancionadas con el despido si revisten la reiteración y gravedad suficiente.

Siempre **es preciso que se manifieste al exterior una voluntad incontestable de abandono y cuando se trata de una deducción de la voluntad del trabajador a partir de su comportamiento es necesario que del mismo se pueda deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vinculación laboral**. De ahí que el llamado abandono, 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 **se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante, que la trabajadora desea extinguir el contrato**.

Entendiéndolo así la sentencia, se confirma, no sin antes haber fracasado el motivo del recurso.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con **desestimación del recurso** de suplicación interpuesto por ACADEMIA BRITÁNICA Y CASA INTERNACIONAL S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Córdoba en sus autos núm. 947/15, en los que la recurrente fue demandada por D^a. Aida , en demanda de despido, y como consecuencia **confirmamos dicha sentencia** .

Se condena a la recurrente a la pérdida del depósito y de las consignaciones que en su día fueron efectuados para recurrir a los que, una vez firme esta sentencia, se les dará su destino legal.

Se condena a la recurrente al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del Sr. Letrado impugnante del recurso en cuantía de seiscientos euros (600€) así como del IVA correspondiente, que en caso de no satisfacerse voluntariamente podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el art. 237.2 LRJS .

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Adviértase al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600€, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-35- 1153-16, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un "Recurso".

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra **sentencia** , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En Sevilla a dieciséis de Marzo de dos mil diecisiete.