



Roj: **STSJ LR 710/2015 - ECLI: ES:TSJLR:2015:710**

Id Cendoj: **26089340012015100366**

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

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **23/12/2015**

Nº de Recurso: **361/2015**

Nº de Resolución: **351/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MIGUEL AZAGRA SOLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.LA RIOJA SALA SOCIAL

LOGROÑO

SENTENCIA: 00351/2015

C/ BRETON DE LOS HERREROS 5-7 LOGROÑO

Tfno: 941 296 421

Fax: 941 296 408

NIG: 26089 44 4 2014 0001759

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000361 /2015

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000584 /2014

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

RECURRENTE/S D/ña Esther

ABOGADO/A: MARIA INMACULADA MARTINEZ FERNANDEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: FOGASA, Margarita

ABOGADO/A: FOGASA, ROBERTO JOSE SANTAMARIA VELASCO

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

Sent. Nº 351/15

Rec. 361/15

Ilmo. Sr. D. Miguel Azagra Solano. :

Presidente. :

Ilmo. Sr. Cristóbal Iribas Genua. :

Ilma. Sra.: Mercedes Oliver Albuerne. :

En Logroño, a veintitrés de diciembre de dos mil quince.



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

EN NO MBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 361/15 interpuesto por DÑA. Esther asistida por la Letrada DÑA. INMACULADA MARTINEZ FERNANDEZ, contra la sentencia nº 264/15 del Juzgado de lo Social nº Uno de La Rioja de fecha cinco de junio de dos mil quince y siendo recurrida DÑA. Margarita asistida por el Letrado D. Roberto Santamaría Velasco, ha actuado como **PONENTE EL ILMO. SR. DON Miguel Azagra Solano**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, por DÑA. Esther se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social Uno de La Rioja, contra DÑA. Margarita en reclamación de DESPIDO.

SEGUNDO.- Celebrado el correspondiente juicio, recayó sentencia con fecha cinco de junio de dos mil quince cuyos hechos declarados probados y fallo son del siguiente tenor literal:

"HECHOS PROBADOS

PRIMERO . La actora, Dña. Esther , ha venido prestando servicios para la empresa "Ana Isabel Román Puerta" (Limpiezas Ana), dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales, con antigüedad desde el 11 de junio de 2.012, con categoría profesional de peón de limpieza, y con un salario mensual bruto de 283'50 euros, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias; en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial, realizando una jornada de 10 horas semanales.

SEGUNDO . La actora no es delegado sindical y no ostenta representación alguna de los trabajadores.

TERCERO . Con fecha de 23 de mayo de 2.014 se celebró una reunión entre la Dirección de la empresa y los trabajadores de la plantilla, en la que la Dirección expuso que, a partir de dicha fecha, se iba a rotar por diferentes centros de trabajo. Los trabajadores estuvieron de acuerdo, a excepción de la demandante, que manifestó su disconformidad con dicha rotación.

Consta una comunicación escrita remitida a nombre de la trabajadora demandante, de fecha de 23 de mayo de 2.014, al folio 100 de las actuaciones, en la que la Dirección de la empresa comunica:

"Por la presente notificación y en aras de ofrecer un mejor servicio a los clientes, así como garantizar el normal desarrollo de la actividad empresarial, la dirección de esta empresa se ha visto obligada a adoptar las siguientes medidas:

- Rotación de trabajadores por los distintos centros de trabajo.

Por todo ello, se comunica que a partir del próximo día 26 de mayo de 2.014, su nuevo centro de trabajo está ubicado en la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 .

Por supuesto, seguirá manteniendo las mismas condiciones laborales, jornada laboral y salario.

Esperando comprenda que la decisión adoptada por la empresa tiene un único fin, garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores y el normal desarrollo de la actividad empresarial". No consta la firma de la trabajadora en dicho documento.

Asimismo, constan sendas comunicaciones similares remitidas al resto de trabajadores de la plantilla.

CUARTO . Consta documento remitido por la trabajadora a la empresa de fecha de 23 de mayo de 2.014, en el que la trabajadora, manifiesta:

"La trabajadora, Esther , solicita vacaciones del 28 de mayo de 2014 a 1 de junio de 2014 a la empresa Ana Isabel Román Puerta (Limpiezas Ana)". En dicho documento, consta la firma de la trabajadora.

QUINTO . Con fecha de 26 de mayo de 2.014 la actora inicia un periodo de incapacidad temporal derivado de contingencias comunes con diagnóstico de "crisis de ansiedad", siendo dada de alta con fecha de 29 de mayo de 2.014.

SEXTO . El día 26 de mayo de 2.014, a las 6 horas, se produjo una conversación telefónica entre la trabajadora demandante y Ezequiel , encargado de la empresa, y esposo de Margarita , en los siguientes términos:



" Ezequiel : si quiero darte quince días te los doy cuando yo quiera, te quedas de vacaciones desde ya, recoge el material y para tu casa, y cuando acabes tus quince días, que no te preocupes que yo voy a rescindir el contrato y te voy a pagar hasta el último céntimo que te corresponde.

Esther : ¿Y me vas a dar de baja ahora estos días que estoy de vacaciones?

Ezequiel : No, no no

Esther : Bueno, no te preocupes que a la mañana lo voy a mirar todo.

Ezequiel : Yo te daré...

Esther : que lo voy a mirar todo a la mañana

Ezequiel : Escucha, yo te daré de baja cuando firmemos todo y tu estés conforme con lo que...

Esther : Vale, pero que te conste que te has pillado los dedos porque en mi contrato no pone de lunes a sábado eh?, se os olvidó ponerlo.

Ezequiel : Es igual Esther , mira que yo no voy a discutir.

Esther : No, no, no, yo no discuto

Ezequiel : escucha

Esther : Ah no, no, yo si quiero trabajar, es más, estoy aquí.

Ezequiel : Por eso, atiéndeme, que te indemnizamos todo lo que te corresponda, y tú estás bien ya, osea es lo que, es tu objetivo, digo?

Esther : No mi objetivo es que nadie me engañe, trabajar honradamente y que nadie me engañe, ese es mi objetivo en la vida.

Ezequiel : Eso, pero prefiero

Esther : que se me responda como respondo eso es lo que quiero nada mas.

Ezequiel : escúchame, bien, pues será que no estamos a tu altura Esther , que quieres que te diga, yo lo siento mucho.

Esther : No se, si estás a mi altura o no yo no lo voy a cuestionar eso, no, no no.

Ezequiel : Te parece que hagamos esto? Tú si quieres puedes ir a comisiones, que te preparen el finiquito con lo que te corresponda, y me lo das a mi para no tener ningún problema, me dices oye Ezequiel esto es lo que me pertenece.

Esther : Si lo que me pertenece ya lo sabe Margarita , la gestora ya sabe lo que me pertenece.

Ezequiel : No pero que puede haber equívocos y no quiero. Entonces, como no quiero equívocos, eh..., eso, luego hablas con Margarita y, y, pues eso que te diga a ver, vale), sin mas,

Esther : Vale

Ezequiel : Ya te digo que no quiero ningún problema

Esther : Y mis horas? Mis horas de abril donde están?

Ezequiel : Luego te las pago.

Esther : Ya, me habéis exigido mucho, me habéis comido con patatas en la reunión pero no has sido capaz de decir ni muchacha si encima te debo las horas

Ezequiel : Si, eso llevas razón, si pero bueno, te los pago y ya está.

Esther : Que mal Ezequiel "

SÉPTIMO . Con fecha de 7 de junio de 2.014, la empresa notifica a la trabajadora comunicación escrita de fecha de 6 de junio de 2.014, obrante al folio 90 de las actuaciones, cuyo contenido se da por reproducido, en virtud de la cual le comunica "la decisión de proceder a extinguir su contrato de trabajo con efectos del día de hoy 6 de junio de 2014, por los siguientes hechos:

Los pasados días 2, 3, 4, 5 y 6 del presente mes Usted no compareció a su puesto de trabajo, ni tampoco ha justificado dichas ausencias con ningún motivo.



Asimismo el pasado día 26 de mayo de 2.014, a las 19'00 horas, Usted profirió graves ofensas que infringió hacia mi persona en presencia de sus compañeros de trabajo. (...)"

En esa fecha, 6 de junio de 2.014, la empresa procedió a dar de baja a la trabajadora en la Seguridad Social.

Con anterioridad, con fecha de 2 de junio de 2.014, la empresa notificó a la trabajadora una comunicación escrita de la misma fecha, obrante al folio 110 de las actuaciones, cuyo contenido se da por reproducido, en virtud de la cual le comunica que la Empresa ha tenido conocimiento del siguiente incumplimiento contractual de carácter grave por su parte: "(...) Hoy 2 de junio de 2014, a las 7'00 de la mañana no ha comparecido a su puesto de trabajo, ni tampoco ha justificado dicha ausencia con ningún motivo. (...)".

OCTAVO . La actora promovió la conciliación, que se celebró el día 16 de junio de 2.014 ante el UMAC, con el resultado de "sin avenencia"; presentando posteriormente demanda.

FALLO.- Desestimando la demanda interpuesta por Dña. Esther frente a la empresa "Ana Isabel Román Puerta", debo absolver a la demandada de todos los pronunciamientos efectuados en su contra."

TERCERO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de Suplicación por DÑA. Esther , siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la sentencia dictada por el juzgado, desestimatoria de la demanda de despido interpuesta por D^a Esther contra la empresa "Ana Isabel Román Puerta", recurre en suplicación la representación letrada de la demandante, interponiendo su recurso sobre la base de dos motivos diferentes, a través de los cuales solicita tanto la revisión del relato de hechos probados que contiene la resolución recurrida, como que -por parte de esta Sala- se examine el derecho aplicado en ella.

El rechazo de la pretensión deducida por la trabajadora tiene su fundamento en la consideración de que, en aplicación del art. 217 de la LEC , la actora no ha acreditado la existencia de actos concluyentes de la empleadora dirigidos a dar por finalizada la relación laboral existente entre los litigantes en la fecha en la que la reclamación sitúa la decisión extintiva.

La parte recurrente muestra su disconformidad con la decisión mencionada, en el entendimiento de que en fecha 26 de mayo de 2014 la empresa comunicó a la demandante de forma verbal su despido, despido cuyos efectos quedaron diferidos al 2 de junio de ese mismo año.

SEGUNDO .- El primer motivo de suplicación tiene su amparo procesal en el apartado b) del art. 193 de la LRJS , y mediante el mismo, la parte recurrente solicita la revisión de los hechos probados tercero, cuarto, sexto y séptimo de la resolución que se impugna.

En lo atinente al hecho probado tercero, en el motivo se pide que se añada al final de su párrafo segundo la siguiente expresión: "*sin que conste fecha de recepción por la trabajadora*", manteniendo invariable el resto del párrafo.

La variación postulada se basa en el contenido del documento obrante al folio 100 de las actuaciones.

Pues bien, la solicitud efectuada en modo alguno puede acogerse por lo siguiente:

1º.- Porque el documento que sirve de base a la solicitud ha sido objeto de específica valoración por parte de la juzgadora de instancia para confeccionar el relato del hecho probado tercero de su sentencia, siendo suficiente acudir al contenido del fundamento de derecho primero de la resolución recurrida para colegir que, el hecho probado tercero, se desprende de la declaración testifical de D^a Elisa y del documento nº 2 de la demanda (folio 100) de las actuaciones. De este modo, el documento ha sido considerado y adecuadamente valorado en la instancia, no pudiendo ser sustituido el criterio de valoración judicial por otro distinto, salvo error palmario en la valoración que en este caso no se aprecia.

2º.- Porque la adición solicitada supone añadir al texto un hecho negativo "*sin que conste....*" y la alegación de carencia de elementos probatorios eficaces, denominada doctrinalmente "obstrucción negativa", resulta completamente inoperante para posibilitar la revisión de hechos probados en el recurso de suplicación. La adición de este tipo de hechos es totalmente inviable ya que se basa en un hecho negativo y en la inexistencia de prueba, y es doctrina reiterada de las Salas de lo Social, la de que no puede basarse una revisión fáctica en la inexistencia de prueba, o en la alegación de hecho negativo, pues ello haría olvidar que el magistrado de instancia, forma su convicción, término mucho más amplio que probanza estricta, con la valoración y



apreciación de los diversos datos y elementos que convergen en el proceso, alegaciones de parte, conducta procesal y la totalidad de la prueba practicada.

3º.- Porque la adición propuesta es totalmente innecesaria, pues el hecho probado tercero, tras reproducir la carta de 23 de mayo de 2014, establece que "no consta la firma de la trabajadora en dicho documento", conformando por ello la solicitud llevada a cabo una repetición que no debe tener reflejo en el hecho.

Se solicita también en el motivo la revisión del hecho probado cuarto, mediante la eliminación de la expresión: "*remitido por la trabajadora a la empresa*", y la adición de que en dicho documento consta la firma de la trabajadora, realizada en 26 de mayo en la asesoría de la empresa.

La base de la petición se sitúa en el testimonio de D. Dionisio y en el documento nº 3 aportado por la demandada (igual al nº 1 aportado con la demanda).

Tampoco en este caso la petición puede estimarse, y ello, no solo porque el documento ha sido valorado expresamente por la juez "a quo" para redactar el hecho cuarto, sino también por el hecho de que, como es sabido, la prueba testifical no es un medio hábil para provocar el relato fáctico de la sentencia, a lo que hay que añadir que el tenor de la frase que se pretende incorporar, en modo alguno se desprende del documento que le sirve de base.

Lo único que se desprende del documento es que la demandante remitió a la empresa el 23 de mayo de 2014 una comunicación cuyo contenido es el que refleja el hecho cuarto y que en él consta la firma de la trabajadora, y siendo esto lo que refleja el relato fáctico de la sentencia, éste debe permanecer inalterado en este punto.

Se pide igualmente la modificación del hecho probado sexto en el sentido de añadir al final del mismo lo siguiente: "*en esa misma fecha de 26 de mayo de 2014, la Sra. Esther denuncia ante la Inspección una situación de falta de abono de salarios y acoso*".

La petición se basa en el documento nº 6 de la demanda.

En este caso, la variación debe estimarse pues, con independencia de la trascendencia jurídica que la misma pueda tener, es lo cierto que se basa en un documento hábil para provocar la variación y su contenido sirve de base a las argumentaciones de la recurrente para fundar su pretensión.

Por último, se pretende el motivo corregir la redacción del hecho probado séptimo, añadiendo la fecha en la que la demandante interpuso la papeleta de conciliación, así como incluyendo una referencia a que contra una comunicación de despido disciplinario realizada por la empresa el 6 de junio de 2014, la actora ha interpuesto la correspondiente demanda ante los juzgados de lo social de esta capital.

Pues bien, esta petición debe rechazarse por su intranscendencia. La referencia al acto de conciliación planteado por la actora como consecuencia del posible despido verbal objeto de estas actuaciones, tiene reflejo adecuado en la actual redacción del hecho séptimo, y el que la demandante haya reaccionado judicialmente frente a un despido posterior no es un dato que deba ser tenido en consideración para dar respuesta a la cuestión controvertida en estas actuaciones.

La petición por ello se rechaza.

TERCERO .- El segundo motivo de suplicación se destina a la censura jurídica, citándose como infringidos los arts. 217 de la LEC ; 54 , 55 y 49. J) del ET .

En síntesis resumida, la parte recurrente entiende que la resolución que se recurre no tiene en cuenta datos fundamentales para constatar que la empresa despidió a la trabajadora de forma verbal con efectos del día 2 de junio de 2014.

A los efectos de dar respuesta a la cuestión planteada es preciso recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada la que establece que en los juicios de despido corresponde al trabajador la prueba de aquella decisión empresarial consistente en cesarle en su puesto de trabajo, por ser el hecho constitutivo de su pretensión, debiendo distinguirse entre la existencia del despido mismo y la causa que lo origina, pues si bien la carga de probar esta última circunstancia recae sobre el empresario, la de acreditar la existencia de un acto empresarial que expresa voluntad de poner fin a la relación laboral es exigible al trabajador demandante como una mera aplicación del principio recogido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Efectivamente el precepto mencionado establece que cuando al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el Tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.



Este mismo precepto establece en su párrafo segundo que corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que originariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.

En el ámbito del proceso laboral en materia de despido, la concreción de las normas establecidas en la Ley Procesal Común, se efectúa a través del contenido del artículo 105.1 de la LRJS, precepto en donde se establece la carga de la empresa demandada de probar la veracidad de los hechos imputados al trabajador en la carta de despido como justificativos del mismo.

Sobre la base de lo hasta ahora expuesto debe afirmarse que es carga del trabajador demandante acreditar cumplidamente los hechos en los que basa su pretensión, hechos que en relación a la acción en materia de despido se reducen a probar cumplidamente la existencia de la relación de trabajo, la efectiva y real prestación de servicios, y la existencia de una decisión empresarial constitutiva de despido.

Puede afirmarse por lo tanto, que en el ejercicio de la acción por despido se integran dos objetos esenciales, la existencia de una relación laboral, con sus elementos integradores, antigüedad, categoría y salario, y el hecho del despido.

Respecto a la primera no suscita duda alguna su carga sobre el trabajador, aunque el modo de llevarla a cabo no requiera una actividad positiva para todos sus elementos. Así, respecto a la categoría y el salario una vez acreditada la actividad que desempeña y la naturaleza de la misma, la asignación de categoría y salario pueden venir determinados por una norma de obligado conocimiento a cargo del Tribunal, en otro caso, sin duda, incumbe al trabajador, así como la fecha de inicio de la prestación de servicios.

Respecto a la finalización de la relación laboral, existe un hecho positivo, el del último día en que los servicios se llevaron a cabo, que desde luego incumbe al trabajador si pretende demandar por despido.

En el caso analizado ninguna de las partes discute la existencia de una relación de trabajo entre ellas, ni las condiciones de la misma en cuanto a la antigüedad, categoría profesional y salario de la ahora recurrente. Lo que sí se discute es el día 26 de mayo de 2014 la empresa demandada comunicó a la actora su despido con efectos del día 2 de junio de ese mismo año.

A este respecto, y como así se deja constancia en la sentencia recurrida, la parte demandante aporta una conversación telefónica entre la trabajadora y el encargado de la empresa, conversación de la cual se infiere, según la demandante, la existencia de una decisión extintiva por parte de la empleadora.

Pues bien esta Sala, tras analizar la conversación mencionada -que por otro lado aparece descrita en el relato de hechos de la sentencia-, no puede sino compartir las conclusiones a las que llega, acertadamente, la juzgadora de instancia.

El contenido de la conversación telefónica mantenida entre el encargado de la empresa y la demandante no refleja una voluntad empresarial de dar por concluida la relación de trabajo en una fecha determinada. En la conversación a la que nos referimos, es cierto que se habla de la posible baja de la trabajadora en la empresa, pero no lo es menos que esta se condiciona al hecho de que la trabajadora este conforme con lo tenga que percibir. En ningún momento existe una manifestación de voluntad de la empresa de concluir la relación laboral, ni se expresa por la empresa que la demandante no vuelva a ir a trabajar o que esté despedida. De hecho, y como se refleja en la sentencia, la empresa no dio de baja a la demandante hasta el 6 de junio de 2014, fecha en la cual fue despedida por motivos disciplinarios.

Por otro lado, el que el 26 de mayo la demandante denunciara ante la Inspección una situación de impago de salarios o acoso, no tiene trascendencia alguna para determinar o establecer la realidad de una voluntad empresarial concreta de dar por finalizada una relación de trabajo, máxime cuando dicha denuncia tan solo recoge el parecer de la trabajadora, sin acreditación alguna sobre su realidad o el alcance de la misma.

Por último, el que la demandante, creyéndose despedida, decidiera interponer la correspondiente papeleta de conciliación frente a lo que entendía una extinción improcedente, no convierte en real y existente una decisión sobre la que, y como hemos expuesto, no consta su realidad.

Lo único realmente pretendido en el recurso es postular una valoración de los acontecimientos distinta a la establecida por la juzgadora "a quo", sin que a tal efecto pueda apreciarse vulneración alguna de las normas que se dicen infringidas, circunstancia que determina el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida en su integridad, todo ello, sin expresa condena en costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS



Que DESESTIMAMOS EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN interpuesto por la representación letrada de DOÑA Esther contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de La Rioja el 5 de junio de 2015 , en los autos nº 584/14 promovidos por la recurrente frente a la empresaria " Margarita ", en el que fue parte el FOGASA, en reclamación por DESPIDO, y CONFIRMAMOS DICHA SENTENCIA, sin expresa condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, debiendo anunciarlo ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS mediante escrito que deberá llevar firma de Letrado y en la forma señalada en los artículos 220 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social, quedando en esta Secretaría los autos a su disposición para su examen. Si el recurrente es empresario que no goce del beneficio de justicia gratuita y no se ha hecho la consignación oportuna en el Juzgado de lo Social, deberá ésta consignarse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 2268-0000-66-0361-15 del SANTANDER, Código de Entidad 0030 y Código de Oficina 8029 pudiendo sustituirse la misma por aval bancario, así como el depósito para recurrir de 600 euros que deberá ingresarse ante esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en la cuenta arriba indicada. Expídanse testimonios de esta resolución para unir al Rollo correspondiente y autos de procedencia, incorporándose su original al correspondiente libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

E./