



Roj: **SJSO 5954/2019 - ECLI:ES:JSO:2019:5954**

Id Cendoj: **52001440012019100085**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Melilla**

Sección: **1**

Fecha: **28/10/2019**

Nº de Recurso: **52/2019**

Nº de Resolución: **292/2019**

Procedimiento: **Despidos y ceses en general**

Ponente: **ANGEL DE LA CARIDAD MOREIRA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO SOCIAL N. 1

MELILLA

SENTENCIA: 00292/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

EDIFICIO V CENTENARIO, TORRE NORTE, PLANTA 8

Tfno: 952699015

Fax: 952699019

Correo Electrónico:

Equipo/usuario: MEM

NIG: 52001 44 4 2019 0000055

Modelo: N02700

DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000052 /2019

Procedimiento origen: /

DEMANDANTE/S D/ña: Melchor

ABOGADO/A: **FARID MOHAMED SAID**

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

DEMANDADO/S D/ña: Norberto , Celestina , Paulino

ABOGADO/A: PEDRO JOSE MARTINEZ JIMENEZ, PEDRO JOSE MARTINEZ JIMENEZ , PEDRO JOSE MARTINEZ JIMENEZ

PROCURADOR: BELEN PUERTO MARTINEZ, BELEN PUERTO MARTINEZ , BELEN PUERTO MARTINEZ

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

En la ciudad de Melilla, a 28 de Octubre de dos mil diecinueve

SR. D. ÁNGEL MOREIRA PÉREZ, Juez Titular del Juzgado de lo Social nº 1 de Melilla. Una vez vistos en juicio oral y público los presentes **Autos de Despido núm 52/2019**.

Promovidos por:

Melchor

Contra:

Norberto , Celestina , Paulino

Con la autoridad que el PUEBLO ESPAÑOL me confiere, y en nombre de S.M. EL REY, dicto la siguiente

SENTENCIA

(292/2019)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 4-2-19, tuvo entrada en el Servicio Común, demanda suscrita por la parte actora frente a la demandada, turnada en reparto a este Juzgado, en la que después de alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes a su derecho, solicitó se dictase sentencia de conformidad con los pedimentos contenidos en el suplico de su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se citó a las partes a los actos de conciliación y de juicio, para el día 24/09/19, fecha en que habrían de tener lugar los actos señalados con la comparecencia de todas las partes, y las manifestaciones que constan en el sistema de grabación.

Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas y admitidas con el resultado que consta en citada grabación, elevándose las conclusiones a definitivas, quedando el juicio concluso y visto para Sentencia.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado las formalidades legales, a excepción de los plazos debido a la carga de trabajo que padece este órgano jurisdiccional.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El actor, Melchor , titular de pasaporte marroquí NUM000 , ha prestado servicios de repartidor, freganchín y de limpieza de cocina para Norberto , en el centro de trabajo sito en Restaurante Fast&Food Dique Sur, de esta ciudad, a jornada completa, y con salario mensual incluido prorrateo de pagas de 1306,66 euros.

- Prestación de servicios respecto de la cual el actor fue subrogado por el demandado desde que éste se hizo cargo del negocio el 1-4-2017, respecto de Celestina e inicialmente respecto de Jose Augusto .

SEGUNDO.- En fecha de 7.1.19, el demandado despidió verbalmente al actor.

TERCERO.- En fecha de 25-1-19 tuvo lugar acto de conciliación ante la UMAC en virtud de papeleta presentada el 17-1-19, con el resultado de intentada sin efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados resultan demostrados al examinar el caudal probatorio, valorado de modo racional, conjunto y conforme a las normas de la sana crítica (art. 97.2 Ley de la Jurisdicción Social, en adelante LJS); y ello según resulta de los documentos aportados por las partes que no fueron impugnados y que deben hacer prueba plena en el proceso (arts 319 y 326 LEC), y de los impugnados (valorados ex art. 97 LJS), así como el interrogatorio de las testificales de Luis Angel , Luis Francisco y Juan Ramón , y prueba videográfica reproducida en el plenario.

SEGUNDO.- Interesa la parte actora a través de las presentes actuaciones el dictado de Sentencia por la que se declare la nulidad, subsidiaria improcedencia del despido del que afirma haber sido objeto con los efectos legalmente inherentes.

En todo caso habiéndose negado por la empresa la existencia de relación laboral resulta necesario partir del tratamiento previo de éstas cuestión al constituir el presupuesto de todas las acciones ejercitadas en la demanda, ello partiendo del contenido del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia que lo interpreta:

- Art. 1 ET : "1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. 2. A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas. 3. Se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley: a) La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como



la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones locales y las Entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias. b) Las prestaciones personales obligatorias. c) La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo. d) Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad. e) Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción. f) La actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma. g) En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo. A tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador. 4. La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español. 5. A efectos de esta Ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral. En la actividad de trabajo en el mar se considerará como centro de trabajo el buque, entendiéndose situado en la provincia donde radique su puerto de base".

- STS 3-05-2005 : "Aparte de la presunción «iuris tantum» de laboralidad que el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) atribuye a la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe, el propio Estatuto, en su art. 1.1, delimita, desde el punto de vista positivo, la relación laboral, calificando de tal la prestación de servicios con carácter voluntario cuando concurren, además de dicha voluntariedad, tres notas que también han sido puestas reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia (por todas, STS/IV 19-07-2002), cuales son, «la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios». La Sentencia recurrida calificó de no laboral la relación jurídica existente entre las partes contratantes, apoyándose, de manera principal y casi única, en el contenido del documento firmado por ambos el 1 de febrero de 1990, en el que los aludidos contratantes denominaron tal relación como «arrendamiento de servicios de asistencia jurídica», llamando «honorarios» a la retribución, haciendo mención a que el letrado percibiría asimismo el IVA, y pactando también que la relación contractual se basaba en la mutua confianza, por lo que se entendía que «su rescisión o su no renovación» (sic) no daría lugar a ningún tipo de indemnización más allá de la liquidación de los honorarios pendientes. No ha tenido en cuenta, sin embargo, el Tribunal «a quo» que, tal como razonábamos en nuestra Sentencia de 29 de diciembre de 1999 , «es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que declara la irrelevancia de la calificación que las partes otorguen a un contrato, señalando que la naturaleza jurídica de un ente contractual viene determinada por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan (entre otras muchas, SSTs/IV 20-9-1995 , 15-6-1998 , 20-7-1999), y que la dependencia -entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa, a la esfera organicista y rectora de la empresa-, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato (entre otras, SSTs/IV 14-2-1994 , 27-5-1992 , 10-4-1995 , 20-9-1995 , 22-4-1996 , 28-10-1998 Sala General); si bien el requisito de dependencia no concurre cuando el contratado actúa con plena autonomía (entre otras, STS/IV 7-3-1994)». Por ello, no puede limitarse el intérprete de un contrato a contemplar la mera literalidad del documento en que dicho contrato aparece plasmado, sobre todo cuando existe algún indicio que haga abrigar la sospecha en el sentido de que en el contrato ha mediado simulación. Ésta, no siempre se revela de manera evidente, por «el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad» (STS/I 15-11-1993 ; 27-02-1998 ; 6-06-2000 y 29-10-2004 , entre otras muchas), por lo que la jurisprudencia aconseja en estos casos acudir, bien a la prueba de presunciones, o bien a las reglas de interpretación de los contratos para desentrañar la verdadera naturaleza de determinados pactos. Por lo que al campo de las relaciones laborales se refiere, la experiencia de juzgar enseña que, con gran frecuencia, las partes contratantes atribuyen al genuino contrato de trabajo la apariencia documental de alguna de las modalidades del contrato civil de arrendamiento de servicios, plasmando documentalmente pactos que, o bien no responden a la realidad de lo acordado, o bien tratan de enmascararla de algún modo. En estos casos, las reglas de la interpretación de los contratos constituyen una valiosa ayuda para desentrañar la verdadera naturaleza de la relación, señaladamente el art. 1282 en relación con el segundo párrafo del art. 1281, ambos del Código Civil , atendiendo a los

actos coetáneos de los contratantes, y también a los posteriores, para descubrir cuál había sido la verdadera intención de quienes llevaron a cabo el pacto. La ajenidad resulta, en primer lugar, de la presunción «iuris tantum» del art. 8.1 del ET, a la que ya antes nos hemos referido, y que traslada a la receptora de los servicios la carga de acreditar que era quien los prestaba el que recibía la utilidad de ellos, prueba aquí no conseguida. Y cuando se trata, cual es aquí el caso, de que sea un profesional liberal quien presta tales servicios, la nota de ajenidad viene también íntimamente ligada a la forma de retribución, constituyendo un claro indicio que inclina a pensar en el arrendamiento de servicios el hecho de que la retribución se perciba en función de los asuntos en los que el profesional ha intervenido, mientras que juega a favor de la relación laboral el hecho de que la retribución obedezca a un parámetro fijo (STS/IV 9-02-1990 y 24-02-1990), siendo esto último lo que en el presente caso acontece. La dependencia aparece fuera de toda duda, resultando así, en primer lugar, del hecho de que el actor -sobre todo a partir del Acuerdo del Consejo de Administración de 16 de marzo de 2001- se encontrara en dependencia directa del Gerente y del Consejo de Administración y, en segundo término, de las circunstancias concurrentes de estar sujeto a un horario, disfrutar de un período anual de vacaciones (habrá de entenderse, ante la ausencia de indicio alguno en contrario, que éstas eran retribuidas) y llevar a cabo su labor en las dependencias de la propia empleadora, y utilizando los medios de la misma, como era el ordenador; nada de todo esto es imaginable si los servicios prestados a la empresa fueran los propios de un profesional liberal (abogado en ejercicio). Es verdad que, respecto del horario, tenía cierta flexibilidad el demandante, pero ello es propio y habitual en trabajadores con alta cualificación. También es cierto que, a veces, atendía a clientes particulares en las instalaciones de la demandada y dentro del horario de trabajo que en ella tenía asignado; pero ello no es, por sí sólo, bastante para desnaturalizar o neutralizar la nota de dependencia, pues perfectamente puede obedecer, bien a tolerancia por parte de la empresa, o simplemente a defectuoso cumplimiento de sus deberes por parte del empleado. Finalmente, por lo que a la retribución se refiere, está perfectamente acreditado que ésta consistía en una cantidad regular por doce mensualidades, que se incrementaba anualmente, ascendiendo en los últimos tiempos a 3.002,67 euros mensuales, y ello sea cual fuere la denominación que en el documento contractual inicial se otorgó a dicha remuneración: su verdadera naturaleza es la de salario de un trabajador y no la de honorarios de un profesional liberal, por más que el actor también ejerciera la profesión de abogado, al margen de los servicios que prestaba a la demandada."

- STS 9-02-1990 : " La diferencia entre el arrendamiento de servicios -o cualquiera otra relación asociativa o societaria civil (del contrato de trabajo) tan difícil en ocasiones, como reconoce la STS/IV 4-02-1984 , alegada por el recurrente, hasta el punto de haberse hablado de dos regímenes jurídicos distintos para una misma realidad o substrato social- ha de venir construida sobre la base de indagar y constatar si acompañan a la relación de servicios las notas de voluntariedad, remuneración ajenidad y dependencia al ámbito de organización y dirección de la empresa, que caracterizan el contrato de trabajo. No es suficiente para la configuración de la relación laboral la existencia de un servicio o actividad determinada y de su remuneración por la persona a favor de la que se prestan para que, sin más, nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo pues - STS/IV 7-11- 1985 -, su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta un servicio a las personas a favor de quien se ejecuta, bastando para que concurra que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista rector y disciplinario del empleador por cuenta de quien realice una específica labor, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil. De las conclusiones fácticas, a que llega la Sala, se deduce la no integración de la actora en el círculo rector empresarial del demandado, no acompañando, tampoco, a la relación jurídica de autos la nota de ajenidad, pues aunque se trabajaba para otro -el cliente del despacho- no se trabajaba por cuenta de otro."

Esto es, debe descenderse al caso concreto, partiendo de la presunción de laboralidad contenida en el art. 8.1 ET ("El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.") y de la prueba practicada (que deberá tomarse en consideración a la luz de la doctrina jurisprudencial antes expuesta).

Pues bien, el art. 217 LEC impone al actor la carga de probar la existencia de dicha relación laboral, y analizada la prueba practicada a instancias del mismo, este juzgador considera que se ha acreditado tal extremo conforme lo que a continuación se expone.

Ello partiéndose que si bien las testificales propuestas por ambas partes resultan contradictorias, de la testifical de Luis Angel se constata cómo éste manifiesta en el plenario haber presenciado desde 2013 a 2015 en su condición de camarero en establecimiento aledaño y en su tránsito desde éste a su domicilio cómo el actor realizaba pedidos en un scooter propiedad de uno de los anteriores propietarios - Sr Jose Augusto como se infiere del parte de accidente del scooter cuya fotografía le fue exhibida en plenario- docs 46 y 78 del ramo del actor-, así como manifiesta haberlo visto a éste en el negocio preparando repartos, no constando datada la carta del establecimiento aportada por el demandado. A ello ha de unirse el documento gráfico numero 45 aportado por la parte actora, donde se constata cómo el actor se encuentra con el actual

empresario posando con éste tras el mostrador, dentro de las instalaciones de la empresa en ubicación no accesible a los clientes, que además ha de ser puesto en relación con la prueba videográfica - doc.82- donde se puede apreciar al demandante fregando platos y barriendo el suelo en las propias instalaciones de la empresa que pueden apreciarse en el citado doc.45. A lo anterior ha de añadirse la propia oposición mantenida en el plenario por la empresa manifestando que se trataría de un hecho puntual, cuando resulta de las imágenes, cuando menos, una tolerancia en el acceso a las instalaciones de la empresa respecto de la que no se da explicación, fuera aparte además de la prestación de servicios que en la misma se constata, y que es negada categóricamente por la demandada.

Hechos los anteriores que conllevan a dar por acreditada una prestación de servicios que queda englobada en el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores, que no puede quedar desvirtuada por la testifical de persona que reconoce haber tenido relación laboral con uno de los demandados, junto a las razones expuestas, o por el hecho de que no conste actuación de la inspección respecto del demandante.

TERCERO.- Habida cuenta de la postura de los demandados de negar la relación laboral, y resultando acreditado la misma, procede la estimación de la demanda en los términos consignados en demanda, tanto en cuanto a dicho extremo como en lo resultante al despido operado, no así respecto de la jornada extraordinaria postulada. Ello toda vez que respecto del horario en concreto del actor no se ha articulado prueba, sin poder reputarse acreditado el exceso de jornada postulado por las grabaciones aportadas. El salario, por otra parte, no fue discutido por la empresa.

Resultando de lo anterior que del despido verbal operado por el demandado Norberto, habrá de responder éste y ante el incumplimiento de los requisitos formales como un despido improcedente, con las consecuencias que se detallan en los arts. 55.4 y 56.1 y 2 ET y 110 LRJS, las cuales serán explicitadas en la parte dispositiva de esta misma resolución judicial, ascendiendo la indemnización a 6586.94 euros, conforme a un salario día de 43,55 (1306,66/30).

Procede en todo caso la absolución respecto del resto de demandados habida cuenta que se reconoce por el Sr. Norberto, la sucesión empresarial, desde la fecha que figura dado de alta en el régimen de autónomos (1.4.17) y ante el contenido del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- Por último, en aplicación de lo establecido en el art. 97.4 LJS, se indica que frente a la presente Resolución cabe interponer Recurso de Suplicación (ex art. 191 LJS). Además se advertirá a las partes en el momento de la notificación de las demás prevenciones legales.

Vistos los artículos citados, y demás preceptos de pertinente aplicación

FALLO

Estimo parcialmente en los términos preindicados la demanda origen de las presentes actuaciones, y en su virtud:

- Declaro que, el 9 de Enero de 2019 el actor Melchor fue objeto de un despido improcedente por parte de Norberto, condenando al demandado a que a su elección (la cual habrá de ser expresada en este Juzgado en el plazo de cinco días hábiles y siguientes al de la notificación de esta sentencia) opte por:

I.- Dejar definitivamente extinguida la relación laboral indefinida con el trabajador a fecha 7.1.19, pero abonándole una indemnización de 6586.94 euros.

II.- O bien, readmitirlo en su plantilla laboral fija y en las mismas condiciones de trabajo en esta sentencia reseñadas, mas con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir por el trabajador desde el 9.1.19 y hasta la de notificación de la presente Sentencia a razón de 43,55 euros/día, con los descuentos que resulten en su caso procedentes.

- Desestimo la demanda respecto de las acciones ejercitadas contra, Celestina, Paulino, absolviendo a los mismos de los pedimentos formulados en su contra.

Contra la presente Sentencia cabe interponer Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, que deberá prepararse ante este mismo Juzgado mediante escrito o comparecencia de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción Social, dentro de los cinco días siguientes al en que se produzca su notificación.

Así, por esta mi Sentencia definitiva, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.



DILIGENCIA.- Seguidamente se publica la anterior Sentencia en legal forma, uniéndose el oportuno testimonio al expediente de su razón e insertándose el original en el Legajo de Sentencias y Autos definitivos de este Juzgado, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ