III. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

De lo Social número Tres de Murcia

5165 Despido/ceses en general 849/2015.

Equipo/usuario: MGP

N.I.G.: 30030 44 4 2015 0007010

Modelo: N81291

DSP Despido/Ceses en General 849/2015

Sobre Despido

Demandante: Moisés Guillén Ros

Abogado: Adrián Palazón Fernández

Demandados: Amadeo Alberto Peche Peñafiel, Fondo de Garantía Salarial

Abogado: Letrado de Fogasa

Doña Pilar Isabel Redondo Diaz, Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Social número Tres de Murcia.

Hago saber: Que en el procedimiento despido/ceses en general 849/2015 de este Juzgado de lo Social, seguido a instancia de don Moisés Guillén Ros contra Amadeo Alberto Peche Peñafiel, Fondo de Garantía Salarial sobre despido, se ha dictado la siguiente resolución:

Sentencia núm. 320/16

En Murcia, 2 de septiembre de 2016.

Vistos por la que suscribe, María Lourdes Gollonet Fernández de Trespalacios, Magistrada-Juez titular del Juzgado de lo Social Nº Tres de Murcia, los presentes autos de Juicio Especial sobre despido (previa declaración de relación laboral) y cantidad, seguidos con el Nº 849/15 en este Juzgado, en virtud de demanda formulada por D. Moisés Guillén Ros, asistido por el letrado Sr. Palazón Fernández, frente al empresario individual, D. Amadeo Alberto Peche Peñafiel y frente al Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), que no comparecieron, y en base a los siguientes:

Antecedentes de hecho

Primero.- Con fecha de 23-12-15 se presentó SCG (Sección de Registro y Reparto), la demanda suscrita por la parte demandante contra los demandados que constan en el encabezamiento de esta sentencia, que fue turnada a este Juzgado con fecha 28-12-15, y con entrada en el SCOP-SOCIAL el 29-12-15, en la que tras exponer los hechos que sirvieron de base a su pretensión y los fundamentos jurídicos que estimó de aplicación, terminó solicitando se dictase sentencia por la que estimando íntegramente la demanda declare:

1) La existencia de relación laboral entre D. Moisés Guillén Ros y D. Amadeo Alberto Peche Peñafiel desde el 1 de septiembre de 2014 hasta el 24 de noviembre de 2015.

2) Se declare la improcedencia del despido, condenando al demandado a pasar por dicha declaración, con los efectos inherentes a la misma.

3) Se condene al demandado al pago de la cantidad de cinco mil seiscientos setenta y siete euros con ochenta y nueve céntimos de euro (5677,89 €) en concepto de preaviso, vacaciones y pagas extraordinarias, con el preceptivo recargo por mora sobre los salarios.

Y todo ello con la responsabilidad subsidiaria del Fogasa.

Segundo.- Registrada la demanda, fue admitida a trámite por Decreto de la Sra. Secretaria del SCOP Social de 19-1-16, y señalado día y hora para la celebración de los correspondientes actos de conciliación y juicio (25-4-16 a las 10,40 horas para conciliación previa en Unidad de conciliaciones y a las 10,50 horas para juicio).

Por la parte demandante se presentó en el SCG en fecha 25-1-16 solicitando la practica de prueba anticipada, para aportación por el demandado de pruebas documentales, y por diligencia de ordenación de la Letrada de la Administración de Justicia del SCOP de 2-2-16, se acordó su unión y requerimiento al demandado para aportación de documentos.

Por nuevo escrito presentado por la parte demandante a través de LexNet en fecha 12-3-16, se facilitaban los domicilios para citación de dos de los testigos propuestos en la demanda, y por diligencia de ordenación del SCOP de 14-3-16 se acordó su unión y nuevas citaciones en los domicilios facilitados.

Llegado el día señalado, compareció en la Unidad de conciliaciones la parte demandante en la forma que consta en el encabezamiento de esta Sentencia, no compareciendo la empresa demandada ni el Fogasa pese a estar citados, y tras el intento de conciliación sin efecto, entregándose seguidamente por personal de auxilio, escrito presentado por el demandado en el SCG en fecha 19-4-16, con entrada en el SCOP el mismo día del juicio, 25-4-16, que estaba sin proveer, y en el que el demandado solicitaba suspensión del juicio, alegando motivos de enfermedad y baja médica, y la necesidad de acudir a cita médica el mismo día del juicio a las 10,30 horas, aportando documentos acreditativos de todo ello. A la vista del citado escrito y estando justificada la incomparecencia del demandado, se acordó por Letrada de la Administración de Justicia de la UPAD Social, en funcionasen la Unidad de Conciliaciones la suspensión del juicio y nuevo señalamiento para los actos de conciliación y juicio, para el día 30-6-16 a las 10,05 y 10,20 horas respectivamente, siendo remitido el proceso al SCOP Social, que por diligencia de ordenación acordó nueva citación de las partes.

Llegado el nuevo día señalado compareció la parte demandante en la forma que consta en el encabezamiento de esta Sentencia, no compareciendo el empresario demandado ni el Fogasa pese a estar citados.

Intentada por Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia de la UPAD Social, en funcionasen en la Unidad de Conciliaciones, la conciliación sin efecto, y abierto el acto de juicio, se procedió a la grabación del mismo por medios mecánicos audio visuales.

La parte demandante se ratificó en la demanda, alegando que ya había recaído sentencia en el Juzgado Social N.º 7 (dictada por Juez de Juez de Adscripción Territorial de Murcia, con funciones de refuerzo en dicho Juzgado) que estimó la demanda de otro trabajador en caso en que concurrían los mismos hechos y aportaría testimonio de la misma.

Aclaró el salario indicado en demanda, al considerar aplicable el salario del Convenio Colectivo de Comercio, fijándolo en 36,64 €/día y 1.099,27 €/mes, y se recalculan las cantidades reclamadas de la siguiente forma:

- Se renuncia a reclamación de indemnización por falta de preaviso, al solicitarse declaración de despido improcedente.

- Paga extra de Navidad 2014: 732,74 €

- Vacaciones 2015: 1.099,27 €

- Paga extra Verano 2015: 1.099,27 €

- P. P. Paga extra de Navidad 2015: 916,20 €

Por lo demás ratificó el contenido del resto de la demanda, y solicitó el recibimiento del juicio a prueba.

Tercero.- Recibido el juicio a prueba por la que suscribe, se propusieron las siguientes pruebas por la parte demandante: Interrogatorio del demandado, solicitando se le tenga por conforme con la demanda, Documental consistente en que se tuviese por reproducida la aportada junto con la demanda, incluida la prueba de CD coincidente con la transcripción de grabación de conversación por teléfono móvil, que se podrían reproducir de estimarse conveniente (aportando los medios de reproducción la parte demandante, la documental unida al proceso (incluida la relativa al expediente iniciado por la Inspección de Trabajo frente al demandado), 3 documentos más aportados en juicio, y testifical.

Admitidas las pruebas propuestas, se practicaron en el acto del juicio, con el resultado obrante en las actuaciones (acordándose la reproducción de la grabación conversaciones transcritas en demanda en páginas 14, 15 y 16) y derivándose de las mismas la relación de hechos probados, que se desarrollará más adelante, quedando los autos vistos para sentencia, tras la formulación por la parte demandante de sus conclusiones que elevó a definitivas.

Cuarto.- En la tramitación del presente procedimiento, se han observado las prescripciones legales, excepto en lo relativo al cumplimiento del plazo de señalamiento por las causas indicadas en el antecedente de hecho segundo, y por el volumen de asuntos y señalamientos de este Juzgado, y del término para dictar sentencia por esta última causa.

Hechos Probados

Primero.- El demandante D. Moisés Guillén Ros con DNI núm. 48.493.056-V, ha venido prestando servicios para el empresario demandado D. Amadeo Alberto Peche Peñafiel con NIF: 27448372B, dedicado como empresario individual a la actividad de Comercio al por menor (venta, reparación, instalación y revisión para sistemas de tratamiento de aguas), en centro de trabajo sito en Carretera de Alcantarilla nº 286, Nonduermas (30.166 Murcia), girando con el nombre comercial es "BOSSANA, con las siguientes circunstancias y en los siguientes periodos:

- Primeramente, desde 1-2-12 hasta 31-8-12, con contrato temporal, eventual por circunstancias de la producción a tiempo completo (402), con aplicación a la relación laboral del convenio colectivo de Comercio en general (dad la actividad de la empresa y lo establecido en los contratos suscritos con sus trabajadores por cuenta ajena), prestando servicios con categoría profesional de de Oficial y salario de Convenio.

- . Posteriormente, desde 1-9-14 hasta el 24-11-15, mediante un contrato al que se atribuye naturaleza mercantil, de ejecución de obra y servicio suscrito el 1-9-14, que tenía por objeto realizar trabajos de instalación, revisión y reparación para sistemas de tratamientos de aguas de aquellos clientes que le facilitase la empresa, y con vigencia e inicio de prestación de servicios desde esa fecha, si bien el trabajador causó alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con fecha de efectos de 1-11-14, con una base de cotización inicial de 875,70 € en el año 2014 y de 884,40 € en el año 2015.

En la cláusula octava de dicho contrato de ejecución de obra y servicio se establece un periodo de duración de un mes prorrogable tácitamente por sucesivos meses, mientras ninguna de las partes manifestase su intención de no renovarlo, debiendo mediar notificación de finalización, según la cláusula novena, y en la cláusula décimas se viene a establecer compromiso del trabajador demandante de no ejercer actividad que pudiera resultar competidora a la de la empresa, (pacto de no competencia) y de confidencialidad sobre operaciones y productos relacionados con la empresa.

Durante este periodo el demandante realizó funciones de técnico (equiparable a Oficial primera) de instalación, mantenimiento y reparación de los sistemas de tratamiento proporcionados por la empresa (sistemas ó aparatos de ósmosis), percibiendo retribución que variaba en función de la facturación presentada y de las comisiones pactadas, que oscilaba entre 700 y 900 €, abonando la empresa también gastos de combustible, y por salidas fuera de Murcia.

Segundo.- La relación mantenida entre las partes a través del segundo de los contratos se desarrolló en la siguiente forma:

Para la prestación de sus servicios como técnico, el demandante utilizaba las herramientas y los materiales que le proporcionaba el empresario Sr. Peche y que estaban a su disposición en el taller del centro de trabajo de la empresa (BOSSANA), al que acudía diariamente en jornada fija de lunes a viernes, con horario desde las 9,00 horas hasta las 19 horas aproximadamente, en función del trabajo que cada día le encomendaba directamente el empresario, Sr. Puche ó D. Javier Escudero (con funciones de comercial), que junto con el empresario confeccionaba partes de ruta que contenían instrucciones sobre tareas a realizar y clientes a visitar por el demandante.

Recogidos los materiales necesarios y partes ó las hojas de Ruta se dirigía a domicilios de distintos clientes del empresario en los horarios concertados con los mismos por el empresario demandado, sin contar el demandante con clientes propios, y tras realizar los trabajos previstos que se le indicaban, también se encargaba de recoger la recaudación por venta de equipos, reparaciones, cambios de filtros etc., que debía ser entregada en la empresa al día siguiente.

También llevaba a cabo trabajos en las dependencias de la empresa, y hacía uso de uniforme de trabajo consistente en polo azul con el anagrama ó nombre comercial de la empresa (BOSSANA) y carnet identificativo en el que aparece el mismo nombre de BOSSANA, el nombre del demandante, y en el que se indicaba Servicio Técnico, para identificarse ante los clientes que el Sr. Peche le encomendaba visitar diariamente.

La retribución venía constituida exclusivamente en función del importe de las reparaciones, instalaciones o ventas de equipos efectivamente realizadas a los clientes, por lo que era diferente mensualmente en función de los avisos atendidos, no recibiendo ninguna remuneración durante las vacaciones o ausencias, ya fueran justificadas o no.

Al estar adscrito al RETA el demandante debía en cumplimiento de sus obligaciones fiscales, presentar facturación para la percepción de retribución por sus servicios, pero siguiendo en la confección y presentación de las facturas, las directrices marcadas por el demandado, que indicaba el importe de las facturas que debía emitir, el número de las mismas e incluso poniendo a disposición del demandante datos de otras empresas para que hiciera facturación cuyo contenido no se correspondía con la realidad de trabajos y clientes que recibían esos trabajos (facturas falsas), con el propósito de simular u ocultar que el demandante trabajaba única y exclusivamente para él.

Tercero.- El 30-9-15 el demandante y D. Nicolás Marcelo Raúl Teilleri, trabajador que también prestaba servicios en las mismas condiciones para el demandado, interpusieron denuncia ante la Inspección de Trabajo.

En dicha denuncia el demandante expone las circunstancias de la prestación de servicios en la empresa, y solicitaba que se reconocieran sus derechos como trabajador por cuenta ajena para la empresa BOSSANA (nombre del negocio o empresa de la que es titular como empresario individual el demandado), alegando que a pesar de estar dado de alta como autónomo prestaba sus servicios como trabajador por cuenta ajena. Dicha denuncia consta en las actuaciones como documento nº 20 de los aportados por el actor junto con la demanda y su contenido se da a aquí íntegramente por reproducido.

Cuarto.- El 18-11-15 a las 9:05 horas se personaron en el centro de trabajo que gira con el nombre de BOSSANA dos Subinspectoras de Empleo y Seguridad Social para efectuar un control de empleo, seguridad social y trabajo de extranjeros, encontrando en el centro a D. Moisés Guillen Ros y a D. Nicolás Marcelo Raúl Teilleri. Como consecuencia de dicho control se citó de comparecencia a representante de la empresa a los efectos de comprobación de documentación, y se recibe también declaración a ambos trabajadores, y a raíz de las comprobaciones llevadas a cabo se emitió por la Inspección de Trabajo un informe en fecha 7-3-16, con Nº de referencia OS 30/0001632/16.

En el mismo se concluye que tanto el demandante D. Moisés Guillen Ros, como D. Nicolás Marcelo Raúl Teilleri, han mantenido una relación laboral con el empresario D. Amadeo Alberto Peche Peñafiel, y que la empresa no había solicitado el alta en el Régimen General de la Seguridad Social a pesar de haber prestado sus servicios por cuenta ajena para dicha empresa desde, al menos el 1-11-14 y el 1-6-2014, respectivamente, y todo ello en base a los hechos constatados, tanto de forma personal como a través de la documentación analizada y manifestaciones recibidas, actuaciones todas ellas que constan detalladas en dicho informe aportado y cuyo contenido se da aquí por reproducido íntegramente.

Quinto.- Al día siguiente de la visita girada por la Inspección a la empresa, día 19-11-15, el empresario demandado exigió al demandante la entrega de las herramientas y materiales de la empresa que tenía en su poder el demandante, suscribiendo ambos ese mismo día un escrito en el que se relacionaban los materiales que se entregaban, firmado por ambos, y los cuales fueron entregados a través de una tercera persona, por haberle manifestado el demandante sufrir dolores de espalda que no le permitían hacer esfuerzos físicos.

Al día siguiente de la entrega, el 20-11-15 se entrega documentación por la empresa, y el demandante se puso en contacto con el empresario en esa misma fecha, para comunicarle que el lunes, de encontrarse mejor, iría a trabajar, contestándole el demandado D. Amadeo Peche, que sería él quien se pusiera en contacto con él debido al tema de la inspección.

El lunes siguiente 23-11-15, el demandante se volvió a poner en contacto con el demandado para saber si tenía que ir a trabajar o no, citándole para el día siguiente 24-11-15.

En la reunión mantenida en la empresa el 24-11-15, tras entregarle el demandante al Sr. Peche la recaudación del día 18-11-15 (último día en el que se emiten partes con instrucciones de trabajo dadas al trabajador por la empresa), el demandante le pide que le firme un documento en el cual se hacía constar la entrega de la recaudación del día 18 de noviembre que ascendía a la suma de 329 €, poniendo el demandado reparos a esa firma, y proponiendo en su lugar el demandado la firma de un único documento en el que indicase que a fecha 24 de noviembre de 2015, ni él ni el demandante se debían nada, con lo que tampoco estuvo de acuerdo el demandante, entregándole no obstante la referida cantidad, y continuando el demandado hablando de la denuncia que le había puesto alguien ante la Inspección de trabajo.

A continuación, le preguntó el demandante si iba a tener trabajo o no, y si estaba despedido, aludiendo a que no se podía tener a una persona 3 días en el aire, sin trabajo, contestándole el demandado que de momento no había trabajo para nadie, ni uno ni dos trabajos, para nadie, insistiendo ante las manifestaciones del demandante, que no había trabajo, y añadiendo que tomaría represalias contra quien lo hubiera denunciado ante la Inspección de Trabajo.

Desde esa fecha no le volvió a encargar trabajo alguno al demandante, ni a comunicarle la finalización del contrato, quien procedió a cursar su baja en RETA, y en el censo de empresarios y actividad el 16-12-15, con efectos de 30-11-15.

Sexto.- Con fecha 23-12-15 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el S.C.S.R.L. en reclamación por despido y cantidad, instado por el demandante y el otro trabajador a que se refiere el Informe de la Inspección de Trabajo, por papeleta presentada por servicio de correos el 4-12-15, con entrada en el S.R.L. el 9-12-15, y con escrito de ampliación a la misma presentado en Registro de la CARM e 10-12-15 el día 19-11-15 frente a las dos empresas demandadas, con el resultado de celebrado SIN AVENENCIA.

Séptimo.- El demandante y D. Nicolás Marcelo Raúl Teilleri interpusieron, mediante escrito presentado el 21-12-15 en el SCG, denuncia contra el empresario demandado, D. Amadeo Alberto Peche Peñafiel, por un posible delito contra los derechos de los trabajadores.

Octavo.- En el Convenio Colectivo aplicado por el empresario a los trabajadores a su servicio y dada su actividad, Convenio Colectivo de Comercio en general de la Región de Murcia, la retribución mensual prevista para la categoría de profesional de Oficio 1.ª sería de 1.099,27 €, incluida prorratas de pagas extras, y 36,64 € diarios.

Noveno.- Al demandante como trabajador por cuenta le hubiera correspondido percibir en concepto de pagas extras y vacaciones no disfrutadas, las siguientes cantidades que a la fecha de la presentación de la demanda el demandado no había abonado al trabajador demandante:

- . P. P. PAGA EXTRA DE NAVIDAD 2014: 732,74 €
  - . VACACIONES 2015: 1.099,27 €
  - . PAGA EXTRA VERANO 2015: 1.099,27 €
  - . P. P. PAGA EXTRA DE NAVIDAD 2015: 916,20 €
- TOTAL: 3.847,48 €

Décimo.- Por sentencia de 11-4-16 del Juzgado Social Nº 7 (dictada por Juez de Juez de Adscripción Territorial de Murcia, con funciones de refuerzo en dicho Juzgado) en proceso sobre despido y cantidad se estimó la demanda del otro trabajador, D. Nicolás Marcelo Raúl Teilleri, en cuya prestación de servicios concurrían las mismas circunstancias de hecho que las del demandante en este proceso, y en el hecho probado duodécimo de la misma se indica lo siguiente: "El empresario demandado y la empresa de la que es titular, Bossana, están de baja y sin actividad".

En la citada sentencia se declaró la improcedencia del despido y se acordó la extinción de la relación laboral por imposibilidad de readmisión y ejercitada la opción por la parte demandante.

La citada sentencia fue aclarada por auto de 2-5-16, en cuanto a la categoría del trabajador, y a las cantidades objeto de condena en función de un salario superior en función de categoría del demandante de Oficial 1.ª, de 1.099,27 €/mes y 36,64 € diarios.

Fundamentos de derecho

Primero.- Se ha llegado a la convicción de los hechos que se declaran probados a través de las pruebas de parte demandante, documentales, en especial del Informe de emitido por la Inspección de Trabajo que goza de presunción de certeza, y testifical, así como de la obtenida de la TGSS a través de soporte informático, y de la aportada al proceso a petición de parte demandante, así como documental de reproducción de audio, de todo lo que se acreditan los hechos relativos a las circunstancias concurrentes en la relación mantenida entre demandante y empresario demandado, que reúnen las notas características de una relación laboral por cuenta ajena, con la antigüedad o fecha de inicio de prestación de servicios computable a efectos de despido, categoría aplicable a las funciones ejercidas en el periodo trabajado, y salario aplicable conforme al Convenio aplicable, según actividad del empresario de Comercio al por menor, y los demás hechos relativos a la comunicación verbal de finalización de trabajos o servicios, que ha de ser interpretado, como despido verbal sin formalidad escrita, situación de baja del trabajador en el RETA, ante la finalización de trabajos que siguió al despido verbal, devengo de percepciones salariales no abonadas que hubiera correspondido percibir al trabajador demandante, también quedan acreditados, a través de la facultad otorgada al juzgador por el Art. 91.2 de la L.R.J.S. para el caso de incomparecencia de la persona física o legal representante de persona jurídica cuyo interrogatorio o prueba de confesión hubiese sido solicitada y admitida.

En el presente caso, se ejercita acción por despido, previa declaración de que la relación mantenida entre las partes era laboral por cuenta ajena, y acumuladamente la reclamación de cantidad, y hubiera correspondido acreditar al empresario demandando, que la relación mantenida no era laboral, y además y ante falta de esta última prueba, las causas en que se basa la extinción de la relación laboral conforme al art. 217 de la LEC y que la razón de ser o la causa de extinción de la relación laboral está justificada o es procedente, ya sea por el Art. 49 del ET, ó por causas objetivas del Art. 51, 52 del ET, ó por motivos disciplinarios del Art. 54 del ET, y conforme a lo dispuesto y exigido en los Arts. 105.1 y 122. 1 de la LRJS.

Por la empresa que no compareció, no se han explicado las causas de extinción de la relación laboral, y sin que ninguna actividad probatoria se haya

practicado al respecto, ni se haya guardado formalidad alguna en el despido limitándose a dar decir al trabajador en conversación mantenida el 24-11-15 que no había trabajo ni para él ni para nadie, causando baja el trabajador en el RETA en TGSS, con efectos de 30-11-15, como se aprecia del informe de vida laboral aportado por la parte demandante,

A la parte demandante le corresponde acreditar las circunstancias derivadas de la relación laboral, que han quedado acreditadas en la forma antes indicada, y con pruebas contundentes de existencia de relación laboral, y de las consecuencias y obligaciones derivadas de la misma, y devengo de cantidades reclamadas, sin que por la empresa se haya acreditado el abono de dichas cantidades.

Segundo.- En primer lugar y en cuanto a la naturaleza de la relación mantenida entre demandante y demandando, como se ha dicho, de la prueba practicada y de los hechos declarados probados hay que concluir que la relación que vinculaba a las partes era de naturaleza laboral.

Y tanto de las testificales practicadas, no sólo de D. Nicolás (que tiene interés en el asunto por ser otro de los trabajadores que interpuso denuncia ante la Inspección de Trabajo, y también demanda por despido que le fue estimada por el Juzgado N.º 7) sino también de la declaración del Sr. Escudero, que corrobora los propios datos y hechos contenidos en informe de la Inspección de Trabajo, que como se ha dicho goza de presunción de certeza en cuanto a esos datos y hechos, de conformidad a lo dispuesto en los Arts. 53.2 de la Ley 5/2000“El mismo valor probatorio se atribuye a los hechos reseñados en informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los supuestos concretos a que se refiere la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, consecuentes a comprobaciones efectuadas por la misma, sin perjuicio de su contradicción por los interesados en la forma que determinen las normas procedimentales aplicables”, y ese mismo valor se atribuye a los citados informes en la D.A. 4.ª punto 2, párrafo 2.º de la Ley 42/1997, en relación al Art. 7, números 5, 6, 7, 8 y 11 Art. 7 de la misma ley.

Con esas pruebas citadas ha quedado acreditado que el demandante recibía instrucciones de cómo organizar el trabajo, que tenía y cumplía un horario y jornada de trabajo fijado por el empresario, ya que todos los días comenzaba su jornada diaria presentándose en las oficinas del centro denominado “BOSSANA” para recoger el material necesario para el trabajo y los partes de trabajo ó las hojas de rutas de los clientes (donde se reflejan las direcciones de cada cliente y los horarios concertados con los mismos) que eran organizadas y realizadas para cada jornada por el titular de la empresa junto con D. Javier Escudero Pérez (trabajador de la empresa), tal y como declararon los dos testigos. Una vez realizadas por el actor las hojas de ruta con las instrucciones que le daba el demandado o Javier Escudero el actor entregaba en la oficina el material, el dinero recaudado del cliente y entregaba facturas de los clientes (elaboradas bajo instrucciones del empresario, que indicaba cuantas debía emitir y a nombre de qué cliente aún cuando no recogieran trabajos realizados para el cliente a cuyo nombre iban emitidas). También ha quedado acreditado que el demandante y su compañero D. Nicolás, que ejercían funciones como técnicos de mantenimiento, vestían un uniforme de la empresa consistente en una camiseta con el logotipo de “BOSSANA” y una tarjeta identificativa de la empresa, así como que el material empleado y herramientas utilizadas para la realización de sus funciones, tales como los aparatos de osmosis, se los facilitaba el empresario demandado.

Sin prueba en contrario practicada por el empresario demandando que destruya esa presunción de certeza derivada del Informe de la Inspección de Trabajo y de las restantes pruebas practicadas, hay que concluir que la relación que había entre las partes era la relación laboral que define el artículo 1.1 del ET, en relación al Art. 8.1 del ET, y no una relación de naturaleza mercantil.

En cuanto a las circunstancias de la relación laboral, respecto de la antigüedad computable, es la de 1-9-14, fecha en la que comenzó la vigencia del contrato suscrito, coincidiendo con el inicio de prestación de servicios, no solo por ser la indicada en demanda, y estar probado el inicio de prestación de servicios en esa fecha para el demandado, sino por que en cuanto a la anterior relación laboral mantenida, hubo un largo periodo de interrupción, durante el cual se debe considerar roto el nexo, concurriendo solución de continuidad a efectos de despido.

En cuanto a la categoría, siendo el demandante técnico de mantenimiento y dadas las funciones ejercitadas para la empresa del demandado, dedicada a la actividad de comercio al por menor, debe equipararse a la recogida de oficial 1.ª en el Convenio, como solicita la parte demandante.

En cuanto al salario, no cobrando la misma retribución cada, y siendo dichas retribuciones inferiores a las previstas en el Convenio Colectivo de aplicación, de Comercio en general, hay que acudir al salario de Convenio y aplicar el propuesto por la parte demandante en aclaración efectuada en el acto del juicio, de 1.099,27 €/mes y 36,64 €/días, y recogido también en auto de aclaración de la sentencia dictada respecto del otro trabajador que prestó servicios en las mismas condiciones del demandante, aplicando las tablas salariales, y que resulta inferior al propuesto en demanda.

Tercero.- Una vez determinada la existencia de una relación laboral entre las partes, procede examinar si se ha acreditado por el actor el despido verbal que se alega en demanda y se prueba que tuvo lugar el 24-11-15.

También ha quedado acreditada su existencia, en la forma descrita en el fundamento de derecho primero, a través del examen de la prueba practicada, en concreto de las grabaciones de las conversaciones aportadas y mantenidas entre el demandante y el demandado el 24-11-15, seguidas de la baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con efectos de 30-11-15, al mantenerse el empresario en la finalización de servicios ó trabajos desde el día 24. Despido verbal que ha de ser calificado necesariamente como improcedente por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 55.1 Estatuto de los Trabajadores.

Como se ha dicho, no se ha acreditado por la empresa la concurrencia y certeza de las causas para proceder a la extinción de la relación laboral, ni se han cumplido con los requisitos formales exigidos.

No siendo así, hay considerar improcedente la decisión de la empresa de proceder al despido, lo que lleva a la estimación de la demanda, en base a lo establecido en los Arts. 53.3, 53.4, 51.1, párrafo segundo todos ellos del ET en la redacción vigente a fecha del despido dada por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, con entrada en vigor el 24-10-15, en relación al art. 122.1 de la LRJS, art. 56 del ET, y Disposición transitoria undécima del ET en su nueva redacción, que respecto de la indemnización por despido improcedente determina, al igual que la disposición transitoria quinta de Ley

3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7-7-12), con entrada en vigor el 8-7-12 y la D.Tª 5.ª del Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero, el cálculo de la indemnización a razón de 45 días/año para el tiempo de prestación de servicios hasta 12-2-12 (fecha de la entrada en vigor del RDL 3/2012) y a razón de 33 días/año el tiempo de prestación de servicios por contratos formalizados posteriormente a esa fecha, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y sin que el importe indemnizatorio resultante pueda ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

Por todo lo expuesto procede la estimación de la demanda por despido planteada.

Cuarto.- En cuanto a la cantidad reclamada, conforme al Art. 217 de la LEC, se acredita también el devengo de cantidades reclamadas, sin que por la parte demandada se haya acreditado el abono del importe reclamado por las cuantías y conceptos indicados en el hecho probado tercero, por importe total de 3.847,48 €, por lo que procede la estimación de la demanda en cuanto a las cantidades reclamadas con aplicación de los intereses del 10% del Art. 29.3 del ET.

Quinto.- Respecto a la reclamación formulada contra el FOGASA, la responsabilidad que puede alcanzar a dicho Organismo queda sujeta a la concurrencia de los supuestos en que procede declaración de su responsabilidad, a tenor de lo dispuesto en los Arts. 33 de la L.E.T., 14 del RD.505/85 de 6 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento de dicho Organismo, y Arts. 23, 276 Y 277 de la LRJS.

Sexto.- No obstante ello, y dado que la empresa para la que prestaba servicios la demandante a la fecha del despido, se encuentra sin actividad, y dada de baja en TGSS a fecha del juicio, como se desprende de la sentencia dictada por el Juzgado Social Nº 7 respecto del otro trabajador, resultando imposible la readmisión y habiendo optado la parte demandante por la extinción de la relación laboral en el mismo acto del juicio, conforme al Art. 110.1.b) de la LRJS, en su redacción dada por Ley 3/2012 de 10 de febrero, y por Ley 3/2012 de 6 de julio, procede declarar extinguida la relación laboral que ligaba a las partes y fijar las indemnizaciones y abonos correspondientes, sin que de conformidad a lo dispuesto en el Art. 110.1.b) de la LRJS en relación al Art. 56 del ET en la redacción vigente a la fecha del despido proceda el devengo de salarios de tramitación.

Por todo lo expuesto procede la estimación de la demanda.

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

Fallo

Que estimando la demanda presentada por D. Moises Guillén Ros frente al empresario individual, D. Amadeo Alberto Peche Peñafiel y frente al Fondo De Garantía Salarial (Fogasa), declaro la existencia entre las partes de relación laboral mantenida en el periodo comprendido entre 1-9-14 y 24-11-15, con las circunstancias que se han descrito, y estimando la acción por despido ejercitada en la misma demanda, debo declarar y declaro improcedente el despido de parte demandante producido con efectos desde 24-11-15, y ante la imposibilidad de

readmisión al encontrarse de baja y cesada en la actividad la empresa, declaro extinguida la relación laboral que ligaba a las partes, condenando al empresario demandado a que abone al demandante la suma de 2.422 € líquidos, en concepto de indemnización por despido calculada hasta la fecha de esta sentencia, más los intereses legales a que se refiere el Art. 576 de la LEC, sin que proceda devengo de salarios de trámite.

Estimando la acción de reclamación de cantidad en concepto de liquidación y por salarios pendientes, condeno al empresario demandado a abonar al demandante la cantidad de 3.847,48 € brutos, más los intereses legales del 10% a que se refiere el Art. 29.3 del ET.

Y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder al FOGASA, en el abono de las citadas cantidades.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma legalmente establecida, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que deberá ser anunciado dentro de los cinco días hábiles siguientes al de notificación de esta sentencia conforme a lo previsto en los Arts. 190 y siguientes de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción social.

Adviértase igualmente a la parte recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen Público de Seguridad Social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 € (Art. 229 y D. Tª Segunda, punto 1 de Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la jurisdicción social) en la cuenta abierta en Banesto, oficina de Avda. Libertad s/n, Edificio "Clara", en Murcia, CP 30.009, a nombre del este Juzgado con el núm. 3094-0000-65-0849-15, acreditando mediante la presentación del justificante de ingreso en el periodo comprendido hasta la formalización del recurso así como, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en Banesto, en la misma oficina, a nombre de este juzgado, la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a este Juzgado en el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado o Graduado Social para la tramitación del recurso, al momento de anunciarlo.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronuncio, mando y firmo, debiendo remitirse los presentes autos al Servicio Común correspondiente a efectos de continuación de trámites desde sentencia.

Y para que sirva de notificación en legal forma a Amadeo Alberto Peche Peñafiel, en ignorado paradero, expido el presente para su inserción en el Boletín Oficial de Murcia.

Se advierte al destinatario que las siguientes comunicaciones se harán fijando copia de la resolución o de la cédula en el tablón de anuncios de la Oficina judicial, salvo el supuesto de la comunicación de las resoluciones que deban revestir forma de auto o sentencia, o cuando se trate de emplazamiento.

En Murcia, 4 de julio de 2017.—La Letrada de la Administración de Justicia.