

**Id. Cendoj:** 39075440042009100001

**Organo:** -

**Sede:** Cantabria

**Sección:** 4

**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Fecha de resolución:** 23/11/2009

**Nº Recurso:** 817/2009

**Ponente:** JOSE FELIX LAJO GONZALEZ

**Procedimiento:** SOCIAL

JUZGADO SOCIAL N-4 SANT.

JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO CUATRO SANTANDER

AUTOS: 817/2009.

PROCEDIMIENTO: DESPIDO.

**SENTENCIA n° 558/09**

EN NOMBRE DE SM. EL REY

En la ciudad de Santander, a 23 de noviembre de dos mil nueve.

Vistos por mí, JOSÉ FÉLIX LAJO GONZÁLEZ, Magistrado del Juzgado de lo Social Número Cuatro de Santander, los presentes autos derivados de demanda en materia de despido registrados bajo el número 817/09, promovidos a instancias de D./Doña Higinio, defendido/a por el/la letrado/a Sr./Sra. Vega Felgueroso, contra la mercantil

ESCENASANT SL., defendido/a por cl/la letrado/a Sr./Sra. Campollo Gómez de Enterría, atendiendo a los siguientes,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La actora formuló demanda ante este Juzgado, en la que tras de alegar los hechos y fundamentos legales en que apoya su pretensión termina suplicando se admita a trámite, y en su día, previa celebración del juicio correspondiente, se dicte sentencia de conformidad con el suplico de la demanda.

SEGUNDO- Admitida a trámite la demanda se acordó dar traslado de la misma y convocar a las partes a la celebración de juicio verbal.

En la fecha señalada compareció la parte actora asistida de Letrado y la parte demandada asistida de letrado.

Abierto el acto de juicio la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, concretando el salario reclamado sin protesta de la contraparte, y solicitando la estimación de la misma previo recibimiento del juicio a prueba.

Por la defensa de la parte demandada se opuso a la demanda sobre la base de las alegaciones recogidas en acta, previo recibimiento juicio a prueba.

Recibido el juicio a prueba la parte actora propuso documental, testifical e interrogatorio; la parte demandada propuso testifical y documental. Las pruebas fueron admitidas, salvo uno de los testigos de la parte actora y la prueba de confesión del representante de la empresa demandada, al considerarse suficientemente acreditados los hechos objeto de esta litis.

En conclusiones las partes ratificaron sus pretensiones, dándose por terminado el acto y quedando las actuaciones concluidas con citación de las partes para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

## **HECHOS PROBADOS**

PRIMERO.- El demandante, D/Doña Higinio, nacional de Paraguay, ha venido prestando servicios laborales para la empresa demandada, con antigüedad desde el 1 de abril de 2008, ostentando la categoría profesional de montador de carpas, y percibiendo un salario de 39 euros brutos diarios con prorrata de pagas extras, incluido el salario en especie consistente en habitación a cargo del empresario.

SEGUNDO.- El demandante no figura dado de alta en la Seguridad Social, y ha visto denegada su solicitud de residencia en España por resolución de la delegación del Gobierno en Cantabria de fecha 20 de mayo de 2009, - folio 51-.

El actor percibía la retribución "en mano", directamente de don Octavio, representante de la empresa, Además vivía en una vivienda sita sobre una nave, que le cedía la empresa.

El actor vestía uniforme azul cuando trabajaba en la empresa demandada.

El actor trabajó para la empresa en el Palacio de Congresos de Santander, bajo la dirección del encargado de la empresa don Santiago en horario de 8.00 a 13.00 horas.

TERCERO.- En fecha 20 de julio de 2009 la empresa le comunicó verbalmente al trabajador la extinción de la relación laboral.

CUARTO.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal o miembro del comité de empresa o delegado sindical.

QUINTO.- Se celebró el acto de conciliación intentada sin avenencia.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La relación de hechos anteriormente declarados como probados se infiere esencialmente la prueba documental y testifical aportada, prueba toda ella valorada conforme a las reglas de la sana crítica, - artículo 97.2 LPL-.

SEGUNDO.- Solicita la parte actora la declaración de improcedencia del despido.

Se alega por la empresa que el actor nunca ha trabajado para ella.

A la parte actora incumbe probar la concurrencia de las notas -voluntariedad, ajenidad, dependencia y remuneración- que permiten detectar la existencia de un contrato de este tipo, pues no debe pasarse por alto que el art. 8.1 del estatuto laboral EDL 1995/13475 no contiene una genuina presunción de laboralidad, como sí establecía en cambio el art. 3 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, durante cuya vigencia bastaba con acreditar, como hecho base, la existencia de una relación entre el dador del trabajo y el prestatario del servicio para que se presumiera la existencia de contrato de trabajos mientras que conforme al art. 8.1 ET se exige probar que existe una prestación de servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, a cambio de una retribución; con lo que, a quien sostiene la existencia

de una relación laboral ya no se le exime - como sí le eximía la legislación laboral anterior- de tener que probar la concurrencia de sus elementos configuradores, al venir éstos integrados en la afirmación base que se ha de acreditar para que juegue esta mal llamada presunción, que en realidad equivale a una definición del contrato de trabajo, por repetición de las notas exigidas en el art. 1.1 del propio estatuto laboral EDL 1995/13475.

El Tribunal Supremo -Sentencia de 26 de enero de 1994 - - indica que debe operar la presunción de laboralidad que consagra el artículo 8.1 del ET EDL 1995/13475, condicionada por tal precepto, a que la prestación de servicios fuera realizada bajo las notas de voluntariedad, ajenidad, dependencia, de manera formal y mediante la retribución correspondiente, es decir, que la retribución -percibida o no- se constituye como elemento de la prestación establecida en el citado artículo.

En el caso de autos consta debidamente que el actor estuvo sujeto a horario, dependencia, y percibiendo retribución de la empresa, con lo que es claro que concurren las notas de laboralidad de la relación, art.1.1 y 8.1 ET.

Ha de darse por acreditada la existencia de la prestación de servicios laborales y la contratación verbal del actor, al margen de la irregularidad consistente en la ausencia de alta en la seguridad social y la falta de permiso de residencia en España.

Así se desprende de la declaración de los testigos D. Jesús Carlos, y don Juan Enrique, quienes aseguraron que el actor estuvo trabajando con ellos en la empresa demandada. La declaración de los testigos, valorada conforme a la sana crítica, - artículo 376 LEC-, merece credibilidad, por la forma en que se produjo y su consistencia, a pesar del serio interrogatorio de la parte demandada.

Pero es que además el propio encargado de la demandada, don Santiago, admitió en su declaración, testifical que "el actor iba por allí". Además el testigo Sr. Santiago se mostró sumamente dubitativo e impreciso, lo que reviste de mayor verosimilitud la tesis de la parte demandante y los testigos por ella propuestos.

El testigo Sr. Santiago reconoció que estuvo trabajando como encargado en el Palacio de Congresos de Santander, en horario de 8.00 a 13.00 horas, justamente el lugar en que los testigos Sres. Jesús Carlos y Juan Enrique aseguran que coincidieron trabajando con el demandante para la empresa demandada.

El testigo Sr. Santiago aseveró también que el demandante vivía en una casa propiedad de la empresa encima de una nave, lo que abunda en la idea de que era un empleado al que también se le retribuía en especie, tal y como se dice en la demanda.

El testigo Sr. Santiago reconoció igualmente que el uniforme de la empresa es azul. Si a ello unimos las fotografías aportadas por la parte actora, - folios 43 a 48 de las actuaciones-, y las conclusiones del informe privado obrante al folio 42, - cuya autenticidad no ha sido impugnada expresamente-, ha de colegirse la realidad de la relación laboral invocada en la demanda.

El testigo Sr. Juan Enrique aseguró firmemente que vio al responsable de la empresa, Sr. Octavio abonar los salarios en mano al demandante, por lo que se dan los requisitos exigibles para considerar dicha relación como laboral.

En virtud de la testifical debe tenerse por acreditada igualmente la extinción de la relación laboral de forma verbal el día 20 de julio de 2009, sin sujeción a la forma prescrita por el artículo 55.1 ET., por lo que el despido ha de calificarse de improcedente, - artículo 55.4 ET-.

TERCERO.- Sentado lo anterior y el carácter improcedente del despido, con los efectos legales de tal pronunciamiento (Art. 108.1 y 110.1 y 113 LPL en relación con el artículo 56.1 ET), procede condenar a la parte demandada a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización consistente en 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de 42 mensualidades; lo que en este caso supone la cantidad de

2.316'6 euros (45 x 39 euros de salario diario x 1'32 años de antigüedad, correspondientes a 485 días). La antigüedad se ha redondeado, considerando trabajado íntegramente el mes de julio de 2009, como postula el TS en su sentencia de fecha 30 de junio de 2008.

Asimismo, debe condenarse a la parte demandada, en todo caso, a abonar al demandante los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 20 de julio de 2009, hasta la notificación de esta sentencia, o la readmisión a razón de 39 euros al día (artículos 56.1 y 2,57.1 del Estatuto de los Trabajadores).

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

## **FALLO**

Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda formulada por D/D<sup>a</sup>. Higinio contra ESCENASANT SL., y, en consecuencia, cabe hacer el siguiente pronunciamiento:

1) Que DEBO DECLARAR Y DECLARO el DESPIDO causado a la parte adora el día 20 de julio de 2009 como IMPROCEDENTE.

2) Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a ESCENASANT SL., a que, a su elección, readmita en su puesto de trabajo al demandante en idénticas condiciones a las que regían antes del despido, o le abone la suma de 2.316'6 euros en concepto de indemnización, opción que deberá ejercitarse en el plazo de cinco días, desde la notificación de esta sentencia, por escrito o comparecencia en la Secretaría de este Juzgado de lo Social, entendiéndose que de no hacerlo se opta por la readmisión; condenando asimismo y en todo caso al pago de los salarios dejados de percibir por el actor desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la presente resolución o de la readmisión, a razón de 39 euros/día.

Notifíquese esta sentencia a las partes personadas, haciéndoles saber que contra ella cabe recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, debiendo ser anunciado tal propósito mediante comparecencia o por escrito ante este Juzgado en el plazo de 5 días siguientes a la notificación de esta sentencia. La empresa condenada deberá acreditar al mismo tiempo haber consignado el importe de la indemnización y en su caso, salarios de tramitación en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado abierta en el BANCO BANESTO al nº 3855000065081709, pudiendo sustituirse por aseguramiento mediante aval bancario, constando la responsabilidad solidaria del avalista; asimismo deberá ingresar la cantidad de 150,25 Euros en la misma cuenta y en impreso separado del importe de la condena.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Juzgado, Doy fe.