

Juzgado de lo Social N.º. 1 de Oviedo, Sentencia 162/2018 de 19 Mar. 2018, Rec. 101/2018

Ponente: Muiña Valledor, María del Pilar.

Nº de Sentencia: 162/2018

Nº de Recurso: 101/2018

Jurisdicción: SOCIAL

Un contrato de apoyo a emprendedores que no se ajusta a la legalidad se convierte en ordinario

CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES. Fraude de ley. Extinción de la relación laboral por no superación del periodo de prueba. La trabajadora fue contratada como ayudante de camarero, pero en realidad no existía ninguno al que ayudar o auxiliar, por lo que debe ser la de camarero, teniendo en cuenta la naturaleza del negocio. El contenido del contrato no se ajustaba a la legalidad, ni en cuanto a la categoría profesional, ni en cuanto a la jornada pactada, por lo que se está ante un fraude de ley, que convierte ese contrato en ordinario, sin que puedan utilizarse los privilegios que aquél otorgaba.

El J.S. núm. 1 de Oviedo estima la demanda y declara la improcedencia del despido condenando a la comunidad de bienes y socios comuneros a las consecuencias derivadas de tal declaración.

JDO. DE LO SOCIAL N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00162/2018

Autos: Demanda 101/18

SENTENCIA

En la ciudad de Oviedo, a diecinueve de marzo del año dos mil dieciocho.

Vistos por D^a María del Pilar Muiña Valledor, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social N.º 1 de Oviedo, los presentes autos seguidos con el número 101/18 siendo demandante D^a Teodora representada por el letrado D. Evaristo Pérez Bango y demandados DIRECCION000 C.B., D^a Carina y D. Teofilo representados por el letrado D. Rubén González Álvarez y el Fondo de garantía salarial que no comparece y que versan sobre despido

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día quince de febrero del año dos mil dieciocho se presentó la demanda rectora de los autos de referencia, en la que, tras la alegación de los hechos y fundamentos que se estimaron oportunos se suplica que se dicte sentencia en la que se declare la improcedencia del despido de la demandante, y en consecuencia, se condene a las empresas demandadas a que procedan a su inmediata readmisión en el mismo puesto de trabajo del que fue despedida con fecha 19 de enero de 2.018, con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión, o bien la indemnicen en la cuantía legalmente establecida.

SEGUNDO.- En el acto del juicio celebrado el día de la fecha, el demandado se opuso a las pretensiones de contrario por las razones que constan en las actuaciones, recibándose el juicio a prueba y practicándose documental,

interrogatorio y testifical, informando nuevamente las partes en apoyo de sus pretensiones.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Teodora , cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, suscribió el día 24 de mayo de 2.017 un contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, para prestar servicios a partir del día 24 de mayo de 2.017 con la categoría profesional de ayudante de camarero, con una jornada semanal de 20 horas, a desarrollar de lunes a domingo de 16 a 20 horas, descansando los sábados y los domingos. En la cláusula cuarta del mismo se establecía "La duración del presente contrato será indefinida, iniciándose la relación laboral en fecha 24 de mayo de 2.017 y se establece un período de prueba de doce meses". Es de aplicación a la relación laboral el Convenio colectivo de hostelería del Principado de Asturias. Percibía una retribución neta mensual de 1.000 euros.

SEGUNDO.- No obstante el horario que figura en el contrato, la actora prestaba servicios, con carácter general, de 15 horas a cierre, que de lunes a jueves se producía sobre las 22,30 ó 23 horas y los viernes, como mínimo, hasta las 24 horas. Descansaba sábados y domingos. Era la única trabajadora que estaba en el establecimiento. El convenio colectivo de aplicación establece un salario bruto diario, para una jornada a tiempo completo, y categoría profesional de camarero, nivel 6 de convenio, de 46,09 euros. Ese salario, para la categoría profesional de ayudante de camarero, nivel 8 y jornada completa, es de 43,50 euros.

TERCERO.- El día 19 de enero de 2.018, la actora manda un wasap a la empresaria a las 15,20 horas comunicando que su tío había fallecido. Al no recibir respuesta la llamó por teléfono para ver si podía ir a atender al bar pues se encontraba con una crisis de ansiedad. Al no hacerlo, cerró el establecimiento, y acudió al centro de salud, del que salió a las 17,37 horas. Ese mismo día, a las 23,40 horas, la actora le remite un nuevo wasap adjuntándole el justificante de asistencia sanitaria y explicándole porque motivo había tenido que cerrar el establecimiento. El domingo 21 de enero, a las 22,13 horas, la actora le pregunta "al final que vas a hacer voy a trabajar o como hacemos", que fue respondido en los siguientes términos "La decisión que tomaste el viernes ya está en marcha, cuando el asesor tenga todo listo te aviso".

CUARTO.- El día 22 de enero la actora le comunica que se ha asesorado legalmente y que, dado que no existe comunicación de despido, va a reincorporarse a su puesto, comunicándole la empresaria que no lo haga, que tiene la documentación en el bar y que la recoja, manifestándole, además, que no se necesita hoja de despido porque el cese de la relación laboral lo fue por no superar el periodo de prueba.

Cuando la actora acudió al bar se le entregó una copia del finiquito, en el que figuraba el importe de las vacaciones, que ascendía a 38,26 euros netos, que le fueron hechos efectivos por transferencia bancaria el día 15 de febrero de 2.019 y una comunicación, que no firmó, en los siguientes términos "Estimada Sra. Teodora :

Hallándose el contrato de trabajo, concertado entre usted y esta empresa el día 24 de mayo de 2.017, en su fase de período de prueba y antes de la finalización del mismo, lamentamos comunicarle su rescisión con efectos del día 19 de enero de 2.018 al no haber sido superada satisfactoriamente la prueba pactada.

Con el presente escrito le adjuntamos la pertinente propuesta de liquidación o finiquito, teniendo a su entera disposición desde este mismo momento las cantidades que le corresponden por derecho.

Sírvase firmar la copia de la presente para nuestra constancia y archivo".

QUINTO.- La actora no es ni ha sido representante de los trabajadores.

SEXTO.- Intentado acto de conciliación el día 8 de febrero de 2.018 finalizó con el resultado de sin avenencia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Entiende la actora que fue objeto de un despido el día 19 de enero del año en curso, cuando, tras sufrir una crisis de ansiedad, como consecuencia del fallecimiento de su tío, precisó acudir al centro de salud, por lo que cerró el bar que estaba atendiendo. A los dos días pregunta a la empresa si al día siguiente va a trabajar y ésta le comunica que los trámites ya se iniciaron el día 19 de enero, ante su decisión, por lo que al día siguiente se le entregará la comunicación, comunicación que si le facilitó la empresa, como se desprende del hecho de que aporte la

copia del finiquito, que ésta no firmó, habiéndole ya manifestado la empresaria que no era precisa carta de despido pues se trataba de una extinción por no superación del período de prueba. La empresa alega que no existe ese despido pues se trata de un contrato indefinido de apoyo para los emprendedores en que el periodo de prueba es de un año.

SEGUNDO.- Pues bien, planteados en tales términos el debate, debemos examinar si nos encontramos, como mantiene la empresa, ante una extinción por no superación del periodo de prueba. Efectivamente, *el contrato suscrito lo fue en su condición de indefinido y de apoyo para los emprendedores, que tiene establecido un período de prueba de un año*, que el Tribunal Constitucional ha declarado ajustado a ésta última norma. Si ese contrato estuviese correctamente celebrado, efectivamente estaríamos ante una válida extinción contractual, pues, durante ese período, tanto el empresario como el propio trabajador pueden poner fin a la relación laboral sin la existencia de causa alguna. Pero, el examen de la prueba testifical practicada, demuestra que *el contenido de ese contrato no se ajustaba a la legalidad, ni en cuanto a la categoría profesional, ni en cuanto a la jornada pactada, por lo que nos encontramos ante un fraude de ley, que convierte ese contrato en ordinario, sin que puedan utilizarse los privilegios que aquél otorgaba*. Y ello porque, tal como se deduce tanto de la declaración de los tres testigos que depusieron en el acto del juicio, como de la propia declaración de la empresaria, el bar es atendido únicamente por una persona, bien por la empresaria, lo que realiza generalmente por la mañana, bien por la tarde, en cuyo caso es atendido por la actora, de ahí que cuando el día 19 de enero sufrió la crisis de ansiedad tuvo que cerrar el establecimiento para acudir al médico, pues no existía ningún otro empleado en el centro. Por tanto, *si la prestación de servicios se realiza sola y se trata de la atención de un bar o cafetería, la categoría no puede ser la de ayudante de camarero, pues no existe ningún camarero al que ayudar o auxiliar, sino que debe ser la de camarero, incluido, teniendo en cuenta la naturaleza del negocio, en el nivel de convenio 6*.

Y, en cuanto a la jornada de trabajo, *mantiene la empresaria que realiza un horario de 6 a 10 de la tarde, lo que ni siquiera coincide con el contrato*, que fija un horario de 4 a 8 de la tarde. Y, si bien es cierto que la empresa aporta el registro diario de jornada, dónde consta firmado por la trabajadora, pues no se ha impugnado, que realiza una jornada diaria de cuatro horas, sin embargo, ello no supone, sin más, que esa sea la jornada real trabajada. Debe tenerse en cuenta, por un lado, que si bien es cierto que en las nóminas se recoge el salario a tiempo parcial, sin embargo, la propia demandante *reconoce en la demanda que cobra un salario neto de 1.000 euros mensuales, que no se corresponde con una jornada a tiempo parcial, categoría de ayudante de camarera, de ahí que sus retribuciones no se le abonen por transferencia*, a diferencia de lo que ocurrió con el finiquito, que sí que se le abonó por ese medio. Que la demandante realiza esa jornada que se inicia a las tres y finaliza a las diez y media o cierre se desprende de la declaración de los dos testigos que aporta. Así la Sra. Milagrosa reconoce que todos los días toma el café en el establecimiento entre las tres y las cuatro, junto a su esposo, y siempre les atiende Tatiana y Balbino reconoce que acude por semana a última hora, entre las 8 o las 9 y siempre está la demandante y que permanece hasta que cierra el local, siendo ella, incluso la que se encarga de cerrar la persiana. La testigo que aporta la empresa sólo declara que por la mañana está Carina, la empresaria, pero reconoce que no acude nunca a las 3 de la tarde y que cuando acude entre las 7 y las 8, cuando su hijo sale del judo, es la demandante la que se encuentra en el local. Es decir, de la declaración de estos testigos se puede concluir, aún cuando no haya quedado acreditado que trabaja los sábados, pues en este punto la declaración de Balbino, que dice que la ve en la cocina, no es concluyente, pues se trata de algún día aislado, pues normalmente no acude los fines de semana, igual que la Sra. Milagrosa, que la actora se encontraba vinculada a tiempo completo.

Como se señaló, *el hecho de fijar una jornada inferior y una categoría distinta a la desempeñada, en perjuicio de la trabajadora, supone un fraude de ley, que implica que el contrato se considere celebrado por tiempo indefinido a jornada completa y ordinario, lo que impide que entre en juego el periodo de prueba de un año, por lo que, resultando inaplicable él mismo, nos encontramos ante un despido que debe ser calificado de improcedente*. A la misma conclusión se llegaría aún cuando se admitiera la validez del contrato celebrado, pues, en éste caso, es la empresa la que el día 21 de enero comunica a la actora que ya no va a trabajar más en el establecimiento, *comunicación que se realiza vía wasap, sin comunicar ninguna causa por escrito, incumpliendo pues los requisitos que establece el artículo 55 del Estatuto de los trabajadores*, siendo en ese momento cuando se produce el despido, sin que en ese momento no se haga ninguna mención a que se trata de una extinción por no superación de prueba, sino que se le dice que no vuelva a trabajar por la decisión que adoptó el día 19, no siendo hasta el día 22 cuando se le comunica, por primera vez, y por medio de wasap, que no es preciso la entrega de carta de despido pues se

trata de una no superación de período de prueba, pero, como se señaló, el despido ya se había producido antes, cuando se impidió a la demandante continuar realizando su actividad sin ninguna explicación. Los efectos que produce ese despido son los establecidos en el artículo 56 del Estatuto de los trabajadores, esto es, que corresponda a la empresa optar entre readmitir a la trabajadora, en cuyo caso deberá abonarle los salarios de tramitación, o abonarle una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, conforme al salario correspondiente a la categoría profesional de camarero y jornada a tiempo completo, cuyo importe asciende a 1.013,98 euros.

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

FALLO

Que estimando la demanda formulada por D^a Teodora contra la empresa DIRECCION000 C.B., D. Teofilo, D^a Carina y el Fondo de garantía salarial debo declarar y declaro despido improcedente la extinción del contrato de la actora efectuada por la empresa demandada DIRECCION000 C.B., D. Teofilo y D^a Carina con fecha 19 de enero del año 2.018 y, en consecuencia, condeno a la empresa demandada DIRECCION000 C.B., D. Teofilo y D^a Carina a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia opten entre readmitir a la trabajadora o abonarle una indemnización de mil trece euros con noventa y ocho céntimos (1.013,98 euros) y en el caso de que se opte por la readmisión con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia a razón de un salario 46,09 euros, con la advertencia que, de no optar expresamente, se entenderá que procede la readmisión y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Fondo de garantía salarial en los supuestos y límites legalmente establecidos.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, recurso de suplicación que ha de ser anunciado en los cinco días siguientes a la notificación de la misma. Adviértase igualmente al 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 euros en la cuenta abierta en Banco de Santander a nombre de este Juzgado con el número 3358/0000/65 y número de procedimiento 0101/18 acreditándolo mediante la presentación del justificante de ingreso en el momento del anuncio 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 Banco de Santander a nombre de este juzgado, con el nº 3358/0000/65 y número de procedimiento 0101/18 la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándose los a este Juzgado con el anuncio de recurso. En todo caso el recurrente deberá designar letrado o graduado social colegiado para la tramitación del recurso al momento de anunciarlo.

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

PUBLICACION.- Fue leída y publicada la anterior sentencia por el Magistrado-Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Doy fe.