ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MALAGA
Avenida Manuel Agustín Heredia nº 2ª planta

N.I.G.: 2906744420210000921
Negociado: **JL**
Recurso: Recursos de Suplicación 938/2022
Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 6 DE MALAGA
Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 71/2021
Recurrente: [redacted]
Representante: [redacted]
Recurrido: HIGHGEAR ESPAÑA SL, EL CORTE INGLES SA, MINISTERIO FISCAL, FOGASA y VICENTE CACERES RUIZ
Representante:FRANCISCO ARANDA MARTINEZ y RICARDO ANTONIO CARDENAS ORTIZLETRADO DE FOGASA - MALAGA

Sentencia Nº 1610/22

ILTMO. SR. D. D. MANUEL MARTIN HERNÁNDEZ CARRILLO, PRESIDENTE
ILTMO. SR. D. JOSÉ LUÍS BARRAGÁN MORALES,
ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES

S E N T E N C I A

En la ciudad de Málaga, a diecinueve de octubre de dos mil veintidós.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, compuesta por los magistrados arriba relacionados, en nombre del Rey, y en virtud de las atribuciones jurisdiccionales conferidas, emanadas del Pueblo Español, dicta la siguiente sentencia en el recurso de suplicación referido, interpuesto contra la del Juzgado de lo Social número seis de Málaga, de 16 de diciembre de 2021, aclarada por auto de 28 de enero de 2022, en el que han intervenido como recurrente [redacted] dirigida técnicamente por la letrada doña [redacted], y como recurridos [redacted], dirigido técnicamente por el letrado don Ricardo Antonio Cárdenas Ortiz, e HIGGEAR ESPAÑA S.L.

Ha sido Ponente José Luis Barragán Morales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 20 de enero de 2021 don [redacted] presentó demanda contra [redacted] Highgear España S.L. y El Corte Inglés S.A.,, en la que suplicaba que su despido fuese declarado nulo con las consecuencias legales inherentes a esa declaración y la condena al abono de la correspondiente indemnización por daños morales, o, subsidiariamente, improcedente, con las consecuencias legales inherentes a esas declaraciones, y se declarase la existencia de cesión ilegal con las consecuencias derivadas de dicha declaración y el abono de las diferencias salariales legalmente establecidas.

Es copia auténtica de documento electrónico

SEGUNDO: La demanda se turnó al Juzgado de lo Social número seis de Málaga, incoándose el correspondiente proceso de despido con el número 71-21, en el que una vez admitida a trámite por decreto de 24 de junio de 2021, se dio intervención a Ministerio Fiscal y Fondo de Garantía Salarial, y se celebraron los actos de conciliación y juicio, tras una primera suspensión, el 2 de diciembre de 2021.

TERCERO: El 16 de diciembre de 2021 se dictó sentencia, aclarada por auto de 28 de enero de 2022, cuyo fallo era del tenor siguiente: < Que estimando en su práctica totalidad la demanda interpuesta por don [redacted] asistido de hombre bueno don Juan Carlos Pérez Romero, contra [redacted] no comparecida, Higgear España S.L., no comparecida, en los que ha sido citado el Ministerio Fiscal, no comparecido, y el Fondo de Garantía Salarial, no comparecido, se efectúan los siguientes pronunciamientos: 1.- Debo declarar y declaro vulnerado por las dos empresas demandadas el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva art. 24.1 (garantía de indemnidad) y debo declarar y declaro nulo el despido producido el 01/12/2020. 2.- Se ordena el cese inmediato de las demandadas en dicha conducta contraria a los derechos fundamentales y, en consecuencia, se proceda a la inmediata reincorporación del actor a su puesto de trabajo, como indefinido a jornada de 36 horas semanales, con salario diario bruto de 40,35 euros, con antigüedad desde el 04/09/2019, con abono de los salarios de tramitación devengados desde el despido hasta el reingreso, a razón de 40,35 euros diarios. 3.- Se declara la existencia de cesión ilegal de trabajadores. En consecuencia el trabajador actor, sometido al tráfico prohibido, tendrá el derecho a optar si adquiere la fijeza en una u otra empresa, la cedente o la cesionaria. El actor deberá realizar su opción dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, mediante escrito dirigido al Juzgado. 4.- Se condena solidariamente a las dos empresas demandadas al abono de las cantidades salariales adeudadas, por importe de 12.389,19 euros, más los intereses de mora del artículo 29.3 ET que ascienden a 1.238,91 euros>.

CUARTO: En dicha sentencia se declararon probados los hechos siguientes:

Primero.- [redacted], con domicilio en la provincia de Málaga, inició su relación laboral con la empresa Highgear España S.L. (CIF nº B87559365) el 04/09/2019, con categoría de lavador, y a jornada laboral de 36 horas semanales, prestadas de lunes a sábado. No obstante su contrato de duración determinada a tiempo parcial eventual por circunstancias de la producción, reza que realiza 20 horas semanales. El salario correspondiente a efectos de despido es de 40,35 euros brutos diarios, incluida la prorrata de las pagas extraordinarias. Hechos no discutidos. Vida laboral. Contratos aportados por el actor. Último documento del ramo del actor consistente en registros horarios de jornada.

Segundo.- El 04/03/2020 se produjo una sucesión empresarial, pasando el contrato del actor a indefinido a tiempo parcial ordinario, con la empresa [redacted], contratado al 50% de la jornada (20 horas semanales) cuando venía realizando

Es copia auténtica de documento electrónico

36 horas semanales. Esta empresa dispuso un ERTE que entró en vigor el 23/03/2020. Hechos no discutidos.

Tercero.- El 30/11/2020 el trabajador recibió una notificación de la empresa, mediante el sistema de mensajería instantánea Whatsapp, indicándole que se debe incorporar el día 26/11/2020. El trabajador se niega a firmar el documento que le remite la empresa por dicha vía, por ser de fecha anterior, no pudiéndose reincorporar con efectos retroactivos. La interlocutora de la empresa le dice firme el papel y se incorpore al día siguiente "en el Hipercor de Bahía a las 10, estarás de 10-13:00, de lunes a jueves y el viernes y sábado de 10-14:00". El trabajador manifiesta que ese no es el horario que venía realizando antes del ERTE y que no está conforme con el mismo. Además le comenta que, después de haber llamado en repetidas ocasiones consultando por la fecha de reincorporación al puesto de trabajo sin ningún resultado positivo hasta dicho día, la empresa ha tenido contratados a nuevos trabajadores (que no estaban contratados a fecha del ERTE) realizando las mismas tareas que el actor realizaba y en el mismo puesto de trabajo. Que entendía justo seguir con la jornada de 36 horas semanales que venía realizando y que lo comunicaría a las autoridades competentes.

Cuarto.- El día 01/12/2020 a las 00:28 horas presentó papeleta de conciliación ante el CMAC reclamando sus derechos laborales y cantidades adeudadas hasta esa fecha, así como las respectivas cotizaciones, y denunciando la modificación sustancial de las condiciones de trabajo dispuestas de forma unilateral por la empresa y el haber contratado a trabajadores nuevos para hacer su labor. El mismo día 01/12/2020 acude a su centro de trabajo pero no se le permite acceder al mismo por el personal de El Corte Inglés, lo comunica por Whatsapp a la señora con quien hablaba en nombre de la empresa, para que le autorice el acceso. A las 11:07 le responde que "no esperes porque todavía no lo han hecho. Tenías que haberme preguntado antes de ir". A las 12:18 h recibe por la misma vía comunicación de terminación de contrato por despido por bajo rendimiento en el trabajo, con fecha de efectos de 01/12/2020. Igualmente se dice que se pone a su disposición la correspondiente liquidación e indemnización, que a día de la demanda aún no se le ha presentado ni abonado. Hechos no debatidos. Documento número 5 del ramo del actor.

Quinto.- El 09/12/2020 la empresa envía a Manuel Hernández Gomera para quedar con el actor, entregarle un recibo de saldo y finiquito por el que renunciaba el actor a todos sus derechos laborales y cantidades, con certificado de empresa donde se hacen constar unas cotizaciones que no son las que le corresponden, reconociéndole que el despido es improcedente, que el actor se negó a firmar. Hechos no debatidos.

Sexto.- La empresa adeuda al actor las siguientes cantidades: 6.188,51 €, por diferencias salariales entre lo que debió haber cobrado en concepto de nóminas a lo largo de la relación laboral y lo cobrado; 2.568,89 €, por diferencias salariales entre lo que debió haber cobrado en concepto de prestación por desempleo durante el ERTE y lo que efectivamente cobró; 1.210,60 €, en concepto de vacaciones no disfrutadas ni retribuidas; 2.421,19 €, en concepto de pagas extraordinarias adeudadas; 605,30 €, en concepto de preaviso no efectuado por el despido.

Es copia auténtica de documento electrónico

Séptimo.- Resulta de aplicación el Convenio Colectivo de trabajo para garajes, aparcamientos, lavado y engrase de la provincia de Málaga.

Octavo.- El actor, en el desempeño de su trabajo (limpieza y lavado de vehículos) desde el 04/09/2019 ha prestado sus servicios laborales en establecimiento centro de lavado sito en El Corte Inglés "Hipercor de Bahía" en Málaga, usando uniforme con logo de El Corte Inglés. El responsable de personal de El Corte Inglés le asigna número de vendedor y emite orden de acreditación en su favor, incluyendo sus datos personales en sus ficheros de datos. El personal de El Corte Inglés autoriza el acceso del trabajador a sus instalaciones, revisan lo que lleva consigo al trabajo, tienen potestad sancionadora y de despido, suministran y controlan el material informático y las bases de datos, así como la caja diaria, hacen controles de funcionamiento de los trabajadores y del lugar de trabajo, disponen dónde colocar el material de desecho. Al acudir cada día a su puesto de trabajo el actor debe pasar una doble identificación (1º con DNI y firma en hoja de entrada indicando la hora, y luego por el sistema de entrada de El Corte Inglés). En el terminal de punto de venta propiedad de El Corte Inglés introduce el nombre de usuario proporcionado por El Corte Inglés y su contraseña, también proporcionada por el mismo, en el software propiedad de El Corte Inglés en el que se introducen igualmente los datos de las operaciones, facturas y albaranes realizados y se integra la base de datos de clientes y trabajadores de El Corte Inglés. En los cobros que el actor debe efectuar a los clientes se usa el metálico y la tarjeta bancaria, tarjeta de compra de El Corte Inglés o cheque regalo de El Corte Inglés. Cuando el actor trabaja de turno de tarde, al finalizar, introduce los datos de identificación proporcionados por El Corte Inglés, solicita el cierre de caja, se imprime un comprobante del mismo, el actor hace recuento de dinero y cierra caja, enviando la información y documentación a través de los chats de Whatsapp habilitados para ello por Highgear inicialmente y Sensiotec Capital posteriormente. Tras ello acude personal de El Corte Inglés (jefe de personal) a recoger los documentos y a introducir parte del dinero en un sobre en el que se hacen constar dichos datos (cierre de caja). A la hora de facturar se diferencia entre personal de El Corte Inglés y otros, a fin de poder beneficiarse los primeros de los descuentos para el personal en el pago del servicio.

Noveno.- El actor no ha ostentado la condición de delegado de personal o miembro del Comité de Empresa.

Décimo.- El 20/12/2020 el actor presentó papeleta de conciliación ante el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Málaga, no habiendo sido posible la celebración del acto por el estado de alarma decretado por el gobierno.

Décimo Primero.- La demanda se interpuso el 19/01/2021.

QUINTO: El 10 de febrero de 2022 [redacted] anunció recurso de suplicación y, tras presentar el escrito de interposición, que fue impugnado por el demandante, se elevaron las actuaciones a esta Sala.

Es copia auténtica de documento electrónico

SEXTO: El 26 de mayo de 2022 se recibieron dichas actuaciones, se designó ponente, y se señaló la deliberación, votación y fallo del asunto para el diecinueve de octubre de 2022.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: En la demanda, modificada en el acto del juicio, y dirigida frente a [redacted] e Highgear España S.L., se reclamaba la declaración de nulidad del despido del demandante con las consecuencias legales inherentes a esa declaración y la condena al abono de la correspondiente indemnización por daños morales, o, subsidiariamente, improcedente, con las consecuencias legales inherentes a esas declaraciones, y se declarase la existencia de cesión ilegal con las consecuencias derivadas de dicha declaración y el abono de las diferencias salariales legalmente establecidas. La sentencia del Juzgado de lo Social ha declarado nulo el despido del demandante con las consecuencias legales inherentes a esa declaración, apreciando la existencia de cesión ilegal, condenando además, solidariamente, a las demandadas a abonar al demandante, en concepto de diferencias salariales, 12.389,19 euros más 1.238,91 euros, en concepto de mora. En el recurso de suplicación se solicita la declaración de nulidad de la sentencia, retrotrayendo las actuaciones al momento de celebración del juicio y, subsidiariamente, la desestimación de la demanda, por indebida acumulación de acciones o, más subsidiariamente, por falta de prueba de los argumentos contenidos en la misma.

SEGUNDO: Al amparo del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurso postula la nulidad de actuaciones desde el acto del juicio porque en el mismo se vulneró el derecho de la empresa a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en relación con el artículo 24 de la Constitución, en relación a su vez con los artículos 53.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 277 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que ninguno de los tres domicilios facilitados por el demandante eran correctos, y en la notificación efectuada en Alpedrete no se dejó aviso de correos. Con amparo en el artículo 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia infracción del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en relación con el artículo 24 de la Constitución, al haber intervenido en el acto del juicio un "hombre bueno", figura no prevista procesalmente para tal acto, poniendo de manifiesto además que en la demanda se ejercitaba la acción de cesión ilegal exclusivamente frente El Corte Inglés S.A., y que el salario fijado en sentencia es muy superior al percibido por el demandante.

[redacted] impugna el recurso de suplicación alegando que en el mismo se reconoce que el Juzgado procedió a intentar citar a la recurrente en los tres domicilios facilitados por él, citando en apoyo de su tesis las sentencia 5/2004, 85/2006 y 61/2007 del Tribunal Constitucional. En cualquier caso, pone de manifiesto que el artículo 18 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social permite conferir poder a cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Es copia auténtica de documento electrónico

TERCERO: Para resolver el primero de los dos motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la Sala parte de los siguientes presupuestos fácticos:

1.- En la demanda se hacía constar que [redacted] tenía su domicilio social en Móstoles (Madrid), c/ Pintor Rosales 2.1.A, y que el centro de trabajo estaba sito en el centro comercial El Corte Inglés, sito en Avenida de Andalucía 4 y 6, en Málaga 29007, o en centro comercial El Corte Inglés Bahía Málaga, sito en c/ Hamlet, en Málaga 29006 (folio 2).

2.- El acuse de recibo de la carta certificada remitida por el Juzgado para notificar a [redacted] en el centro comercial El Corte Inglés, sito en Avenida de Andalucía 4 y 6, en Málaga 29007, fue devuelto por Correos haciendo constar el 14 de julio de 2021, a las 13,11 horas, que la demandada era desconocida en esa dirección.

3.- El acuse de recibo de la carta certificada remitida por el Juzgado para notificar a Sensiotec Capital S.L. en el domicilio de Móstoles (Madrid), c/ Pintor Rosales 2.1.A, fue devuelto por Correos haciendo constar el 27 de julio de 2021 que no pudo ser entregada por hallarse ausente en horas de reparto.

3.- El Juzgado hizo gestiones para averiguar el domicilio social de [redacted] llegando a su conocimiento que se encontraba en Alpedrete (Madrid), c/ Puerta de abajo 18 bis, nave 3, remitiendo carta certificada con acuse de recibo, que no puso ser entregada el 13 de septiembre de 2021 al encontrarse ausente en horas de reparto.

4.- Ante ello, el Juzgado remitió edicto al Tablón Judicial Edictal Único de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, constando como fecha prevista de publicación la de 31 de agosto de 2021.

Lo primero que cabe afirmar es que el domicilio aportado por el demandante del centro de trabajo de la empresa recurrente, en los dos centros comerciales El Corte Inglés, de Málaga, era incompleta, ya que no especificó en la demanda que se encontraba en la planta baja de dicho centro comercial y, en consecuencia, no puede considerarse correctamente efectuada la notificación llevada a cabo en dichos dos centros comerciales.

El Juzgado actuó correctamente al intentar notificar la demanda a la empresa recurrente en el domicilio social de la misma, tanto el que figuraba en la demanda, en Móstoles (Madrid), como en el que obtuvo a través del Registro Mercantil, en Alpedrete (Madrid). Ahora bien dichas dos notificaciones no pueden considerarse correctamente efectuadas porque solo consta que Correos intentó notificar las mismas y no pudo hacerlo por hallarse ausente en hora de reparto en los dos indicados domicilios, sin que conste que se dejase aviso para que pasase a recoger lo que pretendía notificársele.

Es copia auténtica de documento electrónico

El hallarse ausente en horas de reparto no puede considerarse equivalente a la falta de conocimiento del domicilio del demandado, es más, aquella circunstancia acredita que ese era el domicilio, con lo que procedente habría sido dejar aviso del correo certificado, o intentar localizar por teléfono a la empresa recurrente, circunstancias ambas que no consta hayan ocurrido en el presente supuesto.

Por ello, la remisión de edictos para el emplazamiento de la recurrente tuvo lugar antes de poder acreditar la imposibilidad de notificación de la demanda en el domicilio social de la misma, lo que determinó que el juicio se celebrase sin audiencia de la empresa recurrente, con lo que se infringió el artículo 59 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

En este sentido, los órganos judiciales tienen un especial deber de diligencia en las notificaciones y emplazamientos, debiendo realizar todas las actuaciones que aseguren en la medida de lo posible la recepción de las comunicaciones procesales por sus destinatarios. De aquí deriva, lógicamente, que el modo normal de llevarlas a cabo debe ser el emplazamiento, citación o notificación personal. Y que el emplazamiento edictal solo puede ser utilizado cuando se hayan agotado previamente todas las posibilidades de notificación del destinatario, lo que no ha ocurrido en el supuesto enjuiciado.

La estimación del primero de los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social lleva consigo la declaración de nulidad de la sentencia recurrida, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la celebración del juicio, al objeto de que por el Juzgado se proceda a citar nuevamente a juicio a demandante y demandadas, siempre que el demandante no hubiere desistido de la demanda formulada contra ellas.

TERCERO: La estimación del recurso de suplicación lleva consigo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que no se haga especial imposición de las costas procesales devengadas en el mismo.

FALLO

I.- Se **estima** el recurso de suplicación interpuesto por [redacted] y se declara la nulidad de la sentencia del Juzgado de lo Social número seis de Málaga, de 16 de diciembre de 2021, aclarada por auto de 28 de enero de 2022, dictada en el procedimiento 71-21, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la celebración del juicio, al objeto de que por el Juzgado se proceda a señalar nuevamente el juicio, al que deberán ser correctamente citados el demandante y las empresas demandadas, que no hayan sido tenidas por desistidas.

Es copia auténtica de documento electrónico

II.- Una vez firme esta resolución devuélvanse a la empresa recurrente las cantidades depositadas para recurrir.

III.- Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se preparará dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, mediante escrito firmado por letrado y dirigido a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."

Es copia auténtica de documento electrónico