



Roj: **STSJ M 2127/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:2127**

Id Cendoj: **28079340062017100159**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/02/2017**

Nº de Recurso: **1055/2016**

Nº de Resolución: **162/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34001360

NIG : 28.079.00.4-2016/0008296

ROLLO Nº: RSU 1055/2016

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION

MATERIA: RESOLUCION DE CONTRATO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 192/2016

RECURRENTE/S: D^a Tania

RECURRIDO/S: D. Dimas Y GABINETE JURIDICO PADROS SLU

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a 20 de febrero de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE** , **DON BENEDICTO CEA AYALA** , **DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 162

En el recurso de suplicación nº **1055/2016** interpuesto por el Letrado D. JAVIER NAVARRO MARMOL en nombre y representación de **D^a Tania** contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **3** de los de MADRID, de fecha **17 DE OCTUBRE DE 2016** , ha sido Ponente la Ilma. Sra. **DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **192/2016** del Juzgado de lo Social nº **3** de los de Madrid, se presentó demanda por D^a Tania contra **D. Dimas Y GABINETE JURIDICO PADROS SLU** en reclamación de



RESOLUCION DE CONTRATO, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **17 DE OCTUBRE DE 2016** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Procede estimar en parte la demanda interpuesta por la demandante Sra. Tania contra la empresa demandada Gabinete Jurídico Padrós S.L.U. y persona física demandada D. Dimas en reclamación acumulada de EXTINCIÓN de contrato y cantidad y despido; declarar EXTINGUIDA LA RELACIÓN LABORAL que mediaba entre las partes en la fecha de esta resolución y condenar a la empresa demandada Gabinete Jurídico Padrós SLU a que abone a la actora en concepto de indemnización la cantidad de 52.213,74 euros, más los salarios de tramitación devengados desde el despido 29-2-2016 hasta la fecha de esta sentencia a razón de un salario día de 47,05 euros. Con absolucón de la persona física demandada de las pretensiones formuladas en su contra".

Posteriormente se dictó auto de aclaración con fecha 27 de octubre de 2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Procede aclarar el Fundamento de Derecho y Fallo de la Sentencia en el sentido de añadir "Procede estimar la demanda en reclamación de cantidad y condenar a la empresa demandada Gabinete Jurídico Padrós, SLU a abonar a la actora la cantidad de 9.884,46 euros brutos, en concepto de salarios correspondiente a las mensualidades de abril de 2015 a enero de 2016, más la extra de Verano y Navidad de 2015 más el 10% de interés por mora".

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

PRIMERO.- La demandante Sra. D^a Tania con DNI NUM000 prestó servicios para la empresa demandada Gabinete Jurídico Padrós SLU con antigüedad reconocida (por subrogación) de 20-6-1990, categoría profesional de oficial administrativo y percibiendo un salario mensual de 1.411,56 euros brutos con inclusión de prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- Según consta en informe de vida laboral la trabajadora prestó servicios desde el 20-6-1990 hasta el 6-1-2014 para el empleador demandado Sr. D. Dimas , y a partir de 7-1-2014 para el Gabinete Jurídico Padrós S.L. (folio 148).

TERCERO.- La trabajadora el 27-4-2005 solicitó al empresario físico demandado reducción de jornada por cuidado de menor, situación en la que continúa, según manifestó en juicio su hijo es menor de 12 años.

CUARTO.- Con motivo de la jubilación del Sr. D. Dimas en noviembre de 2013, la trabajadora pasó a prestar servicios para la empresa codemandada Gabinete Jurídico Padrós SLU, quien se subrogó en los derechos y obligaciones de la trabajadora.

QUINTO.- La empresa codemandada comenzó sus actividades el 1-1-2000 con domicilio en la calle Ríos Rosas 44 de Madrid, siendo actualmente administrador único de dicha sociedad D. Bartolomé (hijo del codemandado, inicialmente fueron administradores solidarios el codemandado y su hija Sra. Asunción .

SEXTO.- En el año 2014 y 2015 la trabajadora mediante transferencia bancaria percibió de la mercantil codemandada Gabinete Jurídico Padrós SLU la cantidad de 13.200 euros , en las fechas que se especifican en el ordinal cuarto de la demanda, con el "Concepto de Abonos Efectuados" (según consta en las transferencias bancarias aportadas a autos 123 y 124).

SEPTIMO.- La trabajadora no percibió los salarios correspondientes a las mensualidades de abril 2015 a enero 2016 más la extra de verano y navidad 2015.

OCTAVO.- La trabajadora reclama a las empresas demandadas la cantidad de 10.734,39 euros brutos o 9.884,46 euros netos en concepto de salarios correspondientes a las mensualidades de abril 2015 a enero 2016 más la extra de verano y navidad 2015.

NOVENO.- El Sr. Dimas sigue asesorando jurídicamente a preguntas que le realizan particulares, como despacho Dimas , según consta en autos.

DÉCIMO.- Con fecha 8-2-2016 el demandante presentó papeleta de conciliación en reclamación de extinción de contrato de trabajo y cantidad, celebrándose dicho acto el 25-2-2016 con el resultado de celebrado y sin avenencia.

UNDÉCIMO.- La empresa demandada el día 11-2-2016 entregó a la trabajadora carta de despido en el que le comunica la extinción de su contrato de trabajo procediendo a la amortización de su puesto de trabajo con efectos de 29-2-2016, carta a la que me remito y que consta obrante en el folio 45.

En dicha carta la empresa manifiesta que "tratará de poner a su disposición el importe de la indemnización que asciende a 16.938,72.



DECIMOTERCERO.- La trabajadora la indemnización que asciende a 16.938,72.

DUODÉCIMO.- La empresa no entregó a la trabajadora la indemnización no es representante legal ni sindical de los trabajadores ni lo ha sido en el año anterior al despido.

DECIMOCUARTO.- La trabajadora el 4-3-2016 presentó papeleta de conciliación ante el SMAC en reclamación por despido, celebrándose dicho acto el 28-3- 2016 con el resultado de celebrado sin avenencia".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 15 de febrero de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sra. Tania presentó ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Madrid demanda de extinción de contrato por incumplimiento empresarial derivado de impago de salarios y reclamación de cantidad. Posteriormente planteó también demanda de despido, impugnando la extinción contractual acordada por la indicada persona jurídica con fundamento en causa económica contemplada en el art. 52 c) ET . En ambas demandas fueron codemandados D. Dimas y "Gabinete Jurídico Padrós SLU", pidiendo la condena solidaria de ambos. Una vez acumuladas, por sentencia de 17 de octubre de 2016 se estimó la pretensión referida a la extinción contractual derivada del art. 50.1 b) ET , como también la de despido, que se declaró improcedente, condenando sólo a la persona física codemandada a abonar a la actora indemnización más salarios de tramitación devengados desde el despido a la fecha de la sentencia.

La parte actora ha recurrido esa decisión.

SEGUNDO.- Conjuntamente invoca la Sra. Tania los apdos. b) y c) del art. 193 LRJS para pedir la revisión del relato fáctico y la infracción del art. 44 ET .

La indicada revisión se concreta en la propuesta de un texto que parece afecta al primer hecho declarado probado, proponiendo la siguiente redacción:

"La demandante Sra. D^a Tania con DNI NUM000 , prestó sus servicios inicial y exclusivamente para Don Dimas , desde el día 20 de junio de 1990 y de forma indistinta para ambos codemandados, D. Dimas y la empresa Gabinete Jurídico Padrós SLU, desde el 1 de enero de 2000 (fecha de su constitución -folio 30 ramo de prueba de la actora) con antigüedad reconocida también de 20-6-1990, compartiendo ambos empleadores desde el día 1 de enero de 2000, el mismo centro de trabajo, sito en la calle Ríos Rosas de Madrid y con el desempeño de la misma actividad de despacho de abogados y con la misma categoría laboral de secretaria".

En apoyo de este texto se invoca:

El cuarto, quinto y noveno hechos declarados probados, de los que se dice resulta que la jubilación del Sr. Dimas en noviembre de 2013 lo fue sólo respecto a la actividad que desempeñaba por cuenta ajena en una notaría, continuando trabajando como abogado en la empresa "Gabinete Jurídico Padrós SLU" ya que uno y otro compartían sede social en el mismo domicilio.

Diversos folios de la prueba de la parte actora, donde obra la impresión de la información que consta en Internet referida a que el "Despacho Dimas " presta sus servicios en c/ Ríos Rosas 44.

Es lo cierto que de la citada prueba lo que resulta es que el Sr. Dimas ha seguido prestando servicios de asesoramiento jurídico en la misma sede que "Gabinete Jurídico Padrós SL", tal y como consta ya en el noveno hecho declarado probado, y de este dato dejamos constancia en los términos indicados (sede de esta actividad), sin poder considerar que ello implica prestación indiferenciada de servicios, puesto que esto es una cuestión jurídica que no cabe incluir en el relato fáctico.

TERCERO.- Se plantea que la sentencia de instancia ha aplicado erróneamente el art. 44.1 ET , al haber apreciado una subrogación empresarial en la relación laboral de la Sra. Tania , por parte de la codemandada persona jurídica, que en realidad no ha tenido lugar, puesto que, producida la jubilación del Sr. Dimas en noviembre de 2013 en la actividad que prestaba como trabajador por cuenta ajena, ha continuado desarrollando actividad de asesoramiento jurídico en el gabinete sito en la calle Ríos Rosas nº 44 de Madrid, donde la recurrente ha seguido prestando servicios para él, sin que la titularidad de dicha relación laboral se haya transmitido a la persona jurídica codemandada, al margen de los servicios que también prestaba la recurrente para dicha sociedad. Cita en apoyo de esta petición diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre las cuales, las de 9-6-87 y 24-7-89 , alegando que ambas van referidas a supuestos en que una persona física aparenta ser sucedida como empresaria por una persona jurídica sin que esa sucesión de produzca en realidad.



La continuación de actividad propia de abogado por parte del Sr Dimas en la misma sede del "Gabinete Jurídico Padrós SLU" después de noviembre de 2013, donde prestaba servicios la recurrente, se evidencia por los propios datos del original del noveno hecho declarado probado y los que hemos añadido en sede de revisión del relato fáctico y con tales antecedentes no cabe apreciar que el contrato de trabajo de la Sra. Tania con el Sr Dimas se extinguiera a raíz de la jubilación de este último en la actividad que prestaba por cuenta ajena.

Así resulta de la jurisprudencia, no solo de las sentencias citadas en recurso sino también de las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2001 (RCUD 1106/2000) y 14 de febrero de 2001 (RCUD 987/2000), al reproducir ambas la doctrina de Sala General de la sentencia de 25 de abril de 2000 (RCUD 2118/1999), según la cual: *"... la extinción del contrato de trabajo por causa de jubilación que previene el art. 49-1 g), mencionado, exige no sólo que haya tenido lugar la jubilación del empresario, sino además que se haya producido como consecuencia de tal jubilación el cierre o cese de la actividad de la empresa. Esta exigencia no es, en modo alguno, exclusiva de la extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario, sino que se aplica también a los otros supuestos de extinción previstos en dicho precepto cuando el empresario es una persona física, es decir, a los supuestos de muerte o incapacidad del mismo. Esto es así, por cuanto que estas causas no justifican por sí solas la extinción de los contratos de trabajo, dado que tal justificación requiere que las mismas ocasionen, a su vez, el cese del negocio. Si éste continúa después de la jubilación, bien sea por haber sido transmitido a otra persona o entidad, bien por nombrar el jubilado a un gerente o encargado que lo dirija o explote, conservando él la propiedad del mismo, bien por seguir llevando él la dirección de la empresa, es obvio que no puede entrar en acción el art. 49-1-g), y por ende no pueden ser válidamente extinguidos los contratos de trabajo. Por ello el mandato contenido en este artículo se establece «sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores»; lo cual está poniendo en evidencia que si se efectúa la transmisión de la empresa de acuerdo con este art. 44, los contratos de trabajo perviven. Siendo claro que lo mismo ocurre cuando la empresa continúa después de la jubilación, sin necesidad de que se haya transmitido a otro empresario".*

En el presente caso, cabe apreciar que el Sr Dimas ha mantenido su condición de empresario de la Sra. Tania tras su jubilación en la actividad que desarrollaba por cuenta ajena, continuando desarrollando la que ejercía por cuenta propia en la misma sede social de dicha persona jurídica, sin que por ello quepa confundir la personalidad de una y otra. Se trata de un supuesto de doble empleador, y no cabe entender que en la relación laboral de la recurrente con el Sr. Dimas se haya subrogado la otra codemandada. Por consiguiente la condena de esta persona física y la responsabilidad de la condena fijada en instancia alcanza de forma solidaria a ambos codemandados.

CUARTO. - En último término el recurso plantea que la juzgadora de instancia no se ha pronunciado sobre la petición referida a la condena al abono del salario devengado desde el 1 de febrero de 2016 hasta el día del despido producido el día 29, a pesar de haber sido planteada esta reclamación en el escrito de aclaración de sentencia presentado el 25 de octubre de 2016. Tal revisión se dice debe dar lugar a la nulidad de sentencia, por incongruencia omisiva regulada en el art. 218.1 LGC, o, en su defecto, a la condena directa por parte de este Tribunal al abono de 985,10 euros más 10% de mora por el concepto indicado.

El criterio expuesto por la juzgadora de instancia en el auto de 25 de octubre de 2016, por el que resolvió la indicada solicitud de aclaración de sentencia a fin de ampliar la condena a los 29 días de salario correspondientes al mes de febrero de 2016, fue el siguiente: *no procede dicha aclaración "ya que no fue reclamada ante el SMAC ni en esta demanda, como ya se le dijo al letrado que asistía al actor en el acto del juicio, y más cuando en ningún momento los codemandados manifestaron su conformidad ante dicha petición".*

La parte recurrente alega que en el suplico en demanda ya manifestó que solicitaba la condena referida al pago de cantidad por los salarios indicados *"más el importe de los conceptos salariales, saldo y finiquito que se vayan devengando y que resultaran impagados en el momento de extinción de la relación laboral"*, por lo que en tal expresión debe entenderse comprendida la reclamación referida al salario de febrero de 2016 hasta el momento en que se acordó el despido de la trabajadora.

A criterio de este Tribunal la petición referida al salario de febrero de 2016 es conforme a Derecho. Al respecto hemos de considerar que la papeleta de conciliación extraprocésal fue presentada el 8 de febrero de 2016 y en ese momento ni se había completado el devengo del salario de ese mes ni se había producido el despido de la Sra. Tania, lo cual justifica que no se hiciese la correspondiente reclamación salarial, si bien esto no impide apreciar que puede entenderse comprendida en la indicada fórmula del suplico de demanda, especialmente considerando que si no lo entendiéramos así, resultaría necesario entablar un nuevo pleito para reclamar los días de salario devengados en dicho mes y esto es precisamente lo que se quiere evitar con la actual regulación del art. 26.3, párrafo primero, cuyo inciso final prevé que, en caso de acumulación de demandas de despido y extinción de contrato derivada de la acción prevista en el art. 50 ET, *"la reclamación salarial podrá acumularse a la acción solicitando la extinción indemnizada del vínculo, pudiendo, en su caso, ampliarse para incluir las cantidades posteriormente devengadas"*.



En el caso presente, el hecho de que la demanda de extinción contractual ya incluyese expresamente una reclamación de dinero concreta referida a las cantidades devengadas hasta la extinción contractual permite entender que en esa petición se incluía el salario correspondiente a febrero de 2016, cuyo pago era debido y no se ha realizado

QUINTO .- No procede la imposición de costas, dado que el art. 233.1 LRJS solo prevé esta medida respecto a la parte vencida que no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

SEXTO.- Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina (art. 218 LRJS).

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a Tania contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de MADRID, de fecha **17 DE OCTUBRE DE 2016** en virtud de demanda formulada por dicha recurrente contra D. Dimas y "GABINETE JURIDICO PADROS SLU", en demandas acumuladas de **DESPIDO** y de **RESOLUCION DE CONTRATO**.

En su consecuencia:

1º Ampliamos la condena al pago de cantidad acordado en instancia en 985,10 euros correspondientes al salario de febrero de 2016.

2º Ampliamos la condena impuesta a "GABINETE JURIDICO PADROS SLU" a D. Dimas declarando la responsabilidad solidaria de ambos en las deudas que nacen del presente proceso.

3º Mantenemos el resto de pronunciamientos de instancia.

4º Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **1055/2016** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Ángel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 1055/2016), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S .).

Si el recurrente fuese Entidad Gestora hubiere sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al preparar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Si la condena consistiere en constituir el capital coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de ésta habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por esta su importe, lo que se comunicará por esta Sala.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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