



Roj: **STSJ M 12144/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:12144**

Id Cendoj: **28079340052015100750**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **19/10/2015**

Nº de Recurso: **212/2015**

Nº de Resolución: **727/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ALICIA CATALA PELLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 212/15-LO

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34016050

**NIG** : 28.079.00.4-2013/0040701

**Procedimiento Recurso de Suplicación 212/2015**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 05 de Madrid Procedimiento Ordinario 894/2013

**Materia** : Reclamación de Cantidad

**Sentencia número: 727**

**Ilmos. Sres**

D. /Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D. /Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

D. /Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a diecinueve de octubre de dos mil quince habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación 212/2015, formalizado por el/la LETRADO D. /Dña. CRISTINA GONZALEZ PACHÓN en nombre y representación de D. /Dña. María Luisa , contra la sentencia de fecha 2 de octubre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 05 de Madrid en sus autos número 894/2013, seguidos a instancia de D. /Dña. María Luisa frente a COMECOMO HOSTELERIA SL, DELMER HOSTELERIA SL, RESTAURANTES NUEVA ERA SL, habiendo sido citado el FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), en



reclamación de Cantidad, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D. /Dña. ALICIA CATALA PELLON, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- D<sup>a</sup> María Luisa ha venido prestando sus servicios para DELMER HOSTELERÍA SL desde el 21 de mayo de 2.007, con una categoría profesional de Auxiliar de Limpieza. Ha percibido un salario base de 754,38 , plus transporte en cuantía de 133,18 y p.p. extra de 125,74 . El centro de trabajo se encontraba en la calle Santiago de Compostela 94 de Madrid, restaurante Sierra y Mar.

SEGUNDO.- El 16 de abril de 2.013 la empresa entrega a la trabajadora comunicación de despido por causas objetivas sin abonar la indemnización.

TERCERO.- El convenio colectivo de Hostelería, actividades turísticas de la Comunidad de Madrid encuadra la categoría de auxiliar de limpieza dentro del grupo V. No consta la categoría del centro de trabajo de la actora.

CUARTO.- Para el nivel salarial V, en el año 2.012 y en establecimiento de categoría C se fija un salario de 830,26 más plus transporte de 146,125 y p.p. extra de 138,33 para 2.012. Para el año 2.013, salario base de 854,49 , p.p. extra de 142,41 y plus transporte 150,41 .

QUINTO.- La actora tiene devengada y no percibida en concepto de diferencias salariales las siguientes sumas.

De junio 2.012 a diciembre 2.012.- 709,8 a razón de 101,4 de diferencia mensual

De enero 2.013 a marzo de 2.013.- 402 a razón de 134 de diferencia mensual

Salario abril 2.013.- 84,85

Vacaciones.- 45,30

TOTAL.- 1.241,95

SEXTO.- La indemnización legal de veinte días de salario por año trabajado partiendo del salario convenio asciende a 3.932,22 .

SÉPTIMO.- El 8 de mayo de 2.013 la actora suscribe contrato con la empresa RESTAURANTES NUEVA ERA SL como camarera y en el centro de trabajo sito en Getafe.

OCTAVO.- DELMER HOSTELERÍA SL inicia sus operaciones el 19 de febrero de 1.998. Tiene su domicilio social en la Calle Santiago de Compostela nº 94 de Madrid. Su objeto social es la explotación de bar restaurante, hostelería y tiene como socio único a RESTAURANTE NUEVA ERA SL. Su Administrador Único es D. Apolonio .

NOVENO.- RESTAURANTES NUEVA ERA SL inicia su operaciones el 23 de noviembre de 1.993. Su domicilio social se encuentra en la calle hierro 3, Polígono Industrial Las viñas de humanes, Madrid. Tiene por objeto social la explotación, comercialización, distribución y mantenimiento de máquinas recreativas, salones recreativos tipos A y B, así como actividades culturales y de ocio relacionadas con los equipos mencionados de hostelería en general. Actividades de ocio y tiempo libre. Explotación de hoteles, publicidad, venta y reparación de automóviles. Sus administradores solidarios son D. Apolonio y D. Felicísimo .

DÉCIMO.- COMECOMO HOSTELERÍA SL inicia sus operaciones el 11 de septiembre de 2.012. Tiene su domicilio social en la Calle Cisma nº 15 de Cubas de la Sagra, Madrid. Su objeto social es la construcción, instalaciones y mantenimiento. Comercio al por mayor y al por menor. Distribución comercial. Importación y exportación. Su socio y Administrador único es D. Apolonio .

UNDÉCIMO.- RESTAURANTES NUEVA ERA explota en la actualidad el centro de trabajo de la actora en la calle Santiago de Compostela 94.

DUODÉCIMO.- Las tres codemandadas comparten trabajadores recibiendo instrucciones relativas a menús y proveedores de RESTAURANTES NUEVA ERA SL.



DÉCIMOTERCERO.- El 5 de julio de 2.013 se celebró ante el SMAC acto de conciliación instado el 19 de junio".

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> María Luisa contra DELMER HOSTELERÍA SL, RESTAURANTES NUEVA ERA SL y COMECOMO HOSTELERÍA SL, con citación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL debo condenar a las demandadas a que conjunta y solidariamente abonen a la trabajadora la suma de 1.241,95".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D. /Dña. María Luisa, formalizándolo posteriormente; tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 10/03/2015, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 14/10/2015 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La demanda rectora de las presentes actuaciones, pretendía la condena de las empresas Delmer Hostelería SL, Restaurantes Nueva Era SL y Comecomo Hostelería SL, al pago de cierta cantidad en concepto de diferencias salariales adeudadas, finiquito y en concepto de «adeudo indemnización».

La sentencia de instancia, ha razonado que, efectivamente, las tres empresas codemandadas conforman un grupo a efectos laborales por las « evidentes relaciones societarias, según se desprende de los informes del Registro Mercantil » que aprecia entre las mismas y por la concurrencia de una « unidad de dirección ... según se aprecia por los correos además de una confusión de plantillas desde el momento en el que los trabajadores pasan de una a otra. De hecho la trabajadora, pocas fechas después de ser despedida de Delmer pasa a prestar sus servicios en Nueva Era SL ...».

Y de la existencia de ese grupo a efectos laborales, la resolución recurrida extrae dos consecuencias que razona del siguiente modo: «... Por un lado implica la responsabilidad solidaria en el pago de las sumas adeudadas a la demandante, pero por otro implica que, aún cuando se le entregó una carta de despido, el vínculo laboral continuó con el mismo empleador que era no sólo Delmer, sino las tres empresas, por lo que no procede conceder ninguna indemnización por extinción de contrato puesto que la relación siguió viva con las codemandadas...».

Dicho pronunciamiento, ha sido recurrido en suplicación únicamente por la representación Letrada de tres de los cinco demandantes iniciales, formulando recurso que se instrumenta a través de dos motivos, con arreglo a los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que no ha sido impugnado.

**SEGUNDO .-** La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2014, Recurso nº 182/2013, aún en el ámbito del recurso de casación, pero con una doctrina que las Salas debemos aplicar cuando analizamos el apartado b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de esta jurisdicción, recuerda lo siguiente «... Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite ... es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia ( SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91 -;... 28/05/13 -rco 5/12 -; y 03/07/13 -rco 88/12 -).

Más en concreto, la variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental, porque el art. 207 LRJS sólo acepta -en la casación laboral común u ordinaria- el motivo de "error en la apreciación de la prueba "que esté" basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador"» (recientes, SSTS 19/04/11 -rco 16/09 -; 22/06/11 -rco 153/10 -; y 18/06/12 -rco 221/10 -); y que en esta línea hemos rechazado que la modificación fáctica pueda ampararse en la prueba testifical, tal como palmariamente se desprende de la redacción literal -antes transcrita- del art. 207.d) LRJS y hemos manifestado reiteradamente desde las antiguas SSTS de 29/12/60 y 01/02/61 (así, SSTS 13/05/08 -rco 107/07 -; y 18/06/13



-rco 108/12 ) ...» pero precisando que: «... a) Aunque la prueba testifical no puede ser objeto de análisis en este extraordinario recurso, pese a todo, en algunos supuestos puede ofrecer «un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas (en tal sentido, SSTS 09/07/12 -rco 162/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -); b) pese a que sea exigencia de toda variación fáctica que la misma determine el cambio de sentido en la parte dispositiva, en ocasiones, cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental ( STS 26/06/12 -rco 19/11 -); y c) la modificación o adición que se pretende no sólo debe cumplir la exigencia positiva de ser relevante a los efectos de la litis, sino también la negativa de no comportar valoraciones jurídicas ( SSTS 27/01/04 -rco 65/02 -; 11/11/09 -rco 38/08 -; y 20/03/12 -rco 18/11 -), pues éstas no tienen cabida entre los HDP y de constar se deben tener por no puestas, siendo así que las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica ( SSTS 07/06/94 -rco 2797/93 -; ... 06/06/12 -rco 166/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -)....».

El motivo primero del recurso, pretende que el ordinal undécimo que en la sentencia dice que Restaurantes Nueva Era, explota en la actualidad el centro de trabajo de la actora en la calle Santiago de Compostela 94, pase a decir lo siguiente:

«El centro de trabajo sito en la calle Santiago de Compostela 94 de Madrid, Restaurante Sierra y Mar, se encuentra en la actualidad cerrado».

No se admite, porque aún aceptando que la impresión web que obra al folio 98 de los autos, pudiera determinar que dentro de los Restaurantes Nueva Era no figura ya, o al menos no lo hacía en el mes de septiembre de 2014, el radicado en la calle Santiago de Compostela nº 94, ninguno de los documentos que se citan permiten extraer esa conclusión con la literosuficiencia que se exige en el recurso de suplicación, pues de los que obran a los folios 42 y 107 a 111, sólo se deriva que la dirección de Delmer Hostelería SL, realizó diversas comunicaciones poniendo en conocimiento de la plantilla que el centro de trabajo sito en la calle Santiago de Compostela nº 94 de Madrid, en abril de 2013, quedaba cerrado y ello no es óbice o como decimos, al menos no resulta con total claridad, como para eliminar el hecho en su versión judicial.

Por todo ello, el motivo decae.

**TERCERO** .- La sentencia de instancia parte de la consideración de que las tres empresas demandadas, en realidad son un grupo y esto significa dos cosas.

En primer lugar, que las tres deben responder solidariamente de las sumas adeudadas a la demandante.

Y en segundo lugar, que esto es así, salvo de la reclamada en concepto de indemnización por extinción de contrato, por cuanto, fue decidida por una de las empresas, pero esto no lleva consigo la desaparición del vínculo contractual que la demandante tenía con las otras dos, si realmente se trataba de un grupo que, de forma unitaria, asumía la posición de empleadora en relación a la trabajadora.

La solución de instancia no convence a la Sala, porque como dice, con acierto la parte recurrente, la extinción del contrato acometida por la empresa, se produjo con todas las consecuencias legales que le son inherentes y si no es razonable o por lo menos no es frecuente exigir a cada entidad que, después de ese despido, se dirijan al trabajador comunicándole su deseo de extinguir igualmente el contrato, tampoco parece lógico, que un trabajador que ha sido despedido por la empresa para la que presta servicios, deba entender que, a consecuencia de un entramado societario y de unas consecuencias legales relacionadas con él y que no tiene por qué conocer, en realidad, no ha sido despedido y puede presentarse ante cualquiera de las entidades para las que trabajó a lo largo de su vida en el grupo, a fin de continuar la prestación de servicios.

Tanto la existencia de grupo (como nuevo empresario global), como la propia continuidad de la relación laboral con cualquier empresa distinta de aquella que le despidió, debieron ser comunicadas a la actora, sin obligarle a demandar su reconocimiento, de conformidad con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y Directiva 2001/23 y no habiendo sucedido de ese modo, la sentencia debe revocarse en este punto, condenándose a todas las empresas para que, de forma conjunta y solidaria, abonen a la trabajadora la cantidad de 3.932,22 euros.

**CUARTO** .- El último de los motivos del recurso pretende que se condene al abono de los intereses moratorios del 10%, sólo prospera en parte.

Efectivamente, conforme a la actual doctrina jurisprudencial que se cita, representada por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2014, Recurso nº 1315/2013 "... tratándose de concretas deudas salariales la solución ofrecida por el legislador -ex art. 29.3 ET - ha de operar también de forma objetiva, sin tener en cuenta ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago, ni que en los concretos periodos económicos



esa cifra -diez por ciento- sea superior o inferior a la inflación. Y ello es así -consideramos-, tanto porque el mandato legal se expresa de forma imperativa y sin condicionamiento alguno [«El interés por mora en el pago del salario será el diez por ciento de lo adeudado»]; cuanto por el importante elemento interpretativo -ya aludido- que significan los trabajos parlamentarios previos «para desentrañar el alcance y sentido de las normas» [ SSTC 108/1986, de 29/Julio, FJ 13 ; 109/1998, de 29/Mayo, FJ 2 ; 15/2000, de 20/Enero, FJ 7 ; y 90/2009, de 20/Abril , FJ 6], en los que claramente se pone de manifiesto -en este sentido, la Enmienda 21, de CD- la intención de mejorar para los trabajadores el régimen civil común de la mora en el incumplimiento de las obligaciones, que contemplaba un interés legal más bajo que la inflación y que además se aplicaba con todas las limitaciones que ofrecía la interpretación tradicional de la regla «in iliquidis»; y muy probablemente se hizo así por atender a los valores en juego -la relevancia vital que el salario tiene para el trabajador- y por considerar que no sólo era aconsejable ofrecer seguridad jurídica, sino de alguna manera limitar controversias que pudieran comprometer el sustento del empleado... " .

Pero esta doctrina según la cual, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aún cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial (seguida entre otras muchas por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015, Recurso nº 547/201 ), sólo determina el éxito del motivo respecto de la cantidad de 1.241,95 euros (dado que es indiferente que la cantidad sea menor que la reclamada y que la sentencia haya estimado parcialmente la demanda en este particular), sin poder aplicarse a los 3.932,22 euros, en que se cuantifica la indemnización según la sentencia, al carecer de naturaleza salarial.

Así lo declaramos en sentencia de esta misma Sección de Sala de 9 de junio de 2014 (RS nº1873/2013 ), razonando lo siguiente: «... Situado el debate en tan estrechos contornos, como punto de partida procede indicar que no es conforme a derecho aplicar a las cantidades reclamadas por el actor en relación con la indemnización debida ni respecto de la falta de preaviso los intereses del 10% del artículo 29 del ET , por cuanto dicho precepto no está previsto para las deudas extrasalariales sino para las deudas salariales exclusivamente, como se deduce de la propia terminología utilizada y del hecho que se halle introducida tal previsión dentro de un precepto destinado a la liquidación y pago del salario; conceptos que se encuentran nítidamente diferenciados en el artículo 26 del mismo cuerpo legal , atribuyéndose a las indemnizaciones por la extinción del contrato de trabajo un carácter extrasalarial -art. 26.2-. Por lo que sin mayor argumentación la denuncia respecto de estos importes debe ser desestimada, habida cuenta que la previsión normativa aducida por el recurrente para estos conceptos -indemnización y preaviso- no resulta de aplicación en ningún caso...».

Por todo lo expuesto, el motivo y con él, el recurso, se estima parcialmente.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada D<sup>a</sup> María Luisa , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Madrid, el 2 de octubre de 2014 , en autos nº 894/2013, seguidos por la recurrente contra DELMER HOSTELERÍA SL, RESTAURANTES NUEVA ERA SL y COMECOMO HOSTELERÍA SL, con citación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y revocándola parcialmente, condenamos de forma conjunta y solidaria a DELMER HOSTELERÍA SL, RESTAURANTES NUEVA ERA SL y COMECOMO HOSTELERÍA SL, a que abonen a la actora la cantidad de 3.932,22 euros, en concepto de indemnización y 124,19 euros, en concepto de interés legal por mora, confirmando la sentencia de instancia en el resto de pronunciamientos que contiene. Sin costas.

Dese a los depósitos y consignaciones, el destino legal.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros,



conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876-0000-00-0212-15 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, 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 ).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. 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. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0212-15.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

### **PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 28/10/15 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.