



Roj: **STSJ CL 809/2014 - ECLI: ES:TSJCL:2014:809**

Id Cendoj: **47186340012014100271**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **26/02/2014**

Nº de Recurso: **101/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE MANUEL RIESCO IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL**

**VALLADOLID**

SENTENCIA: 00298/2014

**T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIALVALLADOLID**

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983413204-208

Fax:983.25.42.04

**NIG:** 47186 44 4 2013 0002371

402250

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0000101 /2014 JM

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DEMANDA 0000573 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de VALLADOLID

**Recurrente/s:** Eladio

**Abogado/a:** JOSE LUIS ALVAREZ RODRIGUEZ

**Recurrido/s:** ADMINISTRADORES EMPRESA: Rosana Y Sixto , FOGASA FOGASA , COMERCIAL BHG S.A.

**Abogado/a:** M<sup>a</sup> TERESA LOPEZ GARCIA, , JUAN FRANCISCO VIDAL ANTOLIN , , , ,

Il<sup>l</sup>mos. Sres.:

D. Emilio Alvarez Anllo

Presidente de la Sección

D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Escuadra Bueno

*D.José Manuel Riesco Iglesias /*

En Valladolid a Veintiséis de Febrero de dos mil catorce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Il<sup>l</sup>mos. Sres. anteriormente citados, ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. **101/2014**, interpuesto por D. Eladio contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm.3 de Valladolid, de fecha 5 de Noviembre de 2013 , (Autos núm. 573/2013), dictada a virtud de demanda promovida por D. Eladio contra la empresa COMERCIAL BHG S.A. contra los Administradores de la empresa D<sup>a</sup> Rosana y D. Sixto y FOGASA, sobre DESPIDO, EXTINCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO Y RECLAMACION DE CANTIDAD.



Ha actuado como Ponente el Iltrmo. Sr. DON José Manuel Riesco Iglesias.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 30-04-2013 se presentó en el Juzgado de lo Social núm. 3 de Valladolid demanda formulada por la parte actora, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó Sentencia en los términos que consta en su parte dispositiva.

**SEGUNDO.-** En referida Sentencia y como Hechos Probados figuran los siguientes:

" **PRIMERO.-** Que la actora trabaja para la demandada con una antigüedad de 26-2-2007, con categoría de oficial de primera y un salario mensual con prorrata de pagas extras de 1.773,01 .

**SEGUNDO.-** Que desde el mes de enero de 2013 el actor no ha recibido la totalidad de la contraprestación económica a que tiene derecho, adeudándosele a fecha de hoy la cantidad de .

**TERCERO.-** Que el día 15 de mayo de 2013 la actora recibió carta de despido con efectos 31-5-2013 en la que se alega la cesación total de la actividad de la empresa a consecuencia de la situación económica de la misma, reconociendo la correspondiente indemnización y alegando la absoluta falta de liquidez parra abonarla (carta que obra al folio 87 de la actuaciones y cuyo contenido se da por reproducido).

**CUARTO.-** Que han quedado acreditadas las causas alegadas por la demandada en la carta de despido y su imposibilidad de poner a disposición del actor la indemnización correspondiente.

**QUINTO.-** Que la empresa cuenta con menos de 25 trabajadores y la actora no ostenta cargo de representación sindical alguno.

**SEXTO.-** Que los días 27-3-2013 y 20-6-2013 se celebraron ante el SMAC los preceptivos actos de conciliación respecto de la extinción y respecto del despido, que terminaron con el resultado de "intentado sin efecto".-

**TERCERO.-** Interpuesto recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la parte actora, si fue impugnado por los Administradores de la empresa Comercial BHG SA D<sup>a</sup> Sixto y D. Sixto (parte codemandada), y elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente acordándose la participación a las partes de tal designación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Con el amparo de la letra a) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , el Letrado del demandante formula un primer motivo de recurso que tiene como finalidad reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión.

En el escrito de impugnación la Letrada de la empresa recurrida apunta una primera razón para desestimar este motivo inicial, cual es que el recurrente no cita ningún precepto legal o garantía que hayan resultado infringidos en la sentencia impugnada. Así es, solo en el último párrafo de este motivo inicial el recurrente menciona el artículo 24.1 de la Constitución Española para afirmar con carácter general que el mismo prohíbe la indefensión material. Esta referencia genérica al precepto constitucional es notoriamente insuficiente para justificar la nulidad de las actuaciones que, como es sabido, constituye un remedio excepcional, reservado para aquellos supuestos en los que se hayan vulnerado normas procesales que hayan causado indefensión a la parte ( artículo 193.a de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social ).

Sin olvidar lo anterior y con la finalidad de agotar toda la argumentación, analizaremos siquiera sea brevemente las alegaciones contenidas en el motivo. Refiere el recurrente los diversos medios de prueba que propuso en las demandas acumuladas -cita expresamente el interrogatorio de los Administradores de la sociedad y la documental- y que, en su opinión, no fueron practicadas en el acto del juicio (aunque uno de los Administradores sí compareció y fue interrogado en el juicio correspondiente a la demanda 371/13 a cuya grabación se remiten los presentes autos), debiendo el Magistrado haber tenido por ciertos los hechos de la demanda y los que pretendía acreditar con la documentación no incorporada a las actuaciones por la empresa. Lo primero que hay que resaltar es que los artículos de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, no citados por el recurrente, que regulan esta materia son los artículos 91.2 y 94.2 . En el primero de esos preceptos procesales se concede al juez o tribunal la facultad, que no obligación, de considerar reconocidos como ciertos en la sentencia los hechos a que se refieran las preguntas no contestadas por el no comparecido a la prueba de interrogatorio, siempre que éste hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte; y en el segundo, una facultad similar se le reconoce al juzgador si la parte requerida no presentase sin causa justificada los documentos que tuviese



en su poder y que le fuesen requeridos por la contraria. Ninguno de los dos preceptos impone, por tanto, al juez o tribunal la decisión de tener por ciertos los hechos de la demanda o los que puedan resultar de los documentos no aportados, ni la Sala puede decidirlo ahora, puesto que la valoración de la prueba es exclusiva del juzgador de instancia, de conformidad con el artículo 97.2 del texto procesal laboral, pudiendo la Sala revisar tal valoración solo en los supuestos legalmente previstos.

A mayor abundamiento, no consta en la sucinta grabación (menos de un minuto puesto que se remite al juicio celebrado en los autos núm. 371/13 del mismo Juzgado de lo Social) la correspondiente protesta en tiempo y forma del hoy recurrente, requisito ineludible exigido por el artículo 191.3.d) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, para subsanar una falta esencial del procedimiento. Así lo ha dicho esta Sala en múltiples sentencias al afirmar que para que proceda la nulidad de actuaciones, al tratarse de un remedio excepcional, ha de haberse formulado la oportuna protesta en tiempo y forma, en el momento en que la parte tuvo conocimiento del quebrantamiento procesal denunciado, sin que sea posible hacerlo en un momento posterior si no se realizó en el momento procesal oportuno (sentencia, entre otras, de 25 de abril de 2006, rec. 570/06)

Todo ello conduce a la desestimación de este motivo inicial del recurso.

**SEGUNDO.**- En el motivo segundo, con fundamento en el artículo 193.c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurrente argumenta sobre la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por las demandadas y estimada en la sentencia de instancia. El recurrente, como bien señala la recurrida en su escrito de impugnación, se limita a repetir las alegaciones de las demandas, sin incluir razonamientos nuevos a propósito de la argumentación desarrollada por el Magistrado de Valladolid. Es más, ni siquiera cita como infringido el artículo 86.ter de la LOPJ en el que se apoya el Magistrado para argumentar en el fundamento de derecho segundo la estimación de la excepción indicada.

En el núm. 2, letra a), del mencionado precepto se atribuye a los juzgados de lo mercantil el conocimiento de todas aquellas cuestiones que dentro del orden jurisdiccional civil se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas. Y entre ellas se encuentra el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores que también pueden ejercitar los acreedores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos (artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital), de la que, atendiendo al artículo antes citado de la LOPJ, deberían conocer los juzgados de lo mercantil.

Si entendiésemos que lo que pretende el recurrente es que se aplique la doctrina del levantamiento del velo con la consiguiente responsabilidad de los socios por confusión patrimonial, esto es, por la intercomunicación del patrimonio mercantil y de los socios, hasta el punto de que los bienes de la sociedad y los privados forman una masa conjunta, hemos de afirmar que no existen datos en los hechos probados que lo acrediten. Ninguna referencia encontramos a lo largo del texto de la sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 de Valladolid que nos permita ni siquiera sospechar que por parte de los Administradores de la sociedad se ha realizado alguna conducta que implique tal confusión patrimonial. Ni el recurrente ha pedido a través del cauce procesal adecuado de la letra b) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, la modificación del relato de hechos probados con el fin de proporcionar a la Sala una base fáctica de la que pudiese resultar el posible levantamiento del velo y la consiguiente responsabilidad solidaria de los Administradores sociales. Por todo ello, este motivo de recurso no podrá prosperar.

**TERCERO.**- En el motivo tercero del recurso, con el mismo amparo procesal que el anterior, el recurrente mezcla tres cuestiones heterogéneas: a) la inveracidad de las causas alegadas por la empresa para proceder a su despido; b) los actos fraudulentos de los administradores sociales de la demandada; y c) la falta de motivación suficiente de la carta de despido.

a) La primera de las cuestiones que plantea el recurrente choca frontalmente con el contenido del hecho probado cuarto, en el que el Magistrado declara expresamente que han quedado acreditadas las causas alegadas por la demandada en la carta de despido y su imposibilidad de poner a disposición del actor la indemnización correspondiente. Y, asimismo, con el contenido del último párrafo del fundamento de derecho tercero, en el cual el Magistrado expone las razones que le llevan a tal conclusión, en especial, la valoración de la prueba documental y de la testifical del contable de la empresa. Al no haber instado el recurrente la modificación del citado hecho probado la Sala debe tenerlo por cierto en cuanto indiscutido y tácitamente aceptado por aquél, con la lógica conclusión de que también nosotros hemos de aceptar que la empresa ha probado la realidad de las causas que motivaron el despido de aquél. Esta conclusión determina la procedencia del despido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual la decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que



se fundamentó la decisión extintiva; sin perjuicio de lo que más adelante se dirá sobre la corrección formal de la comunicación escrita.

b) Respecto a los actos fraudulentos de los Administradores sociales nos remitimos a lo dicho en el anterior fundamento de derecho, añadiendo ahora que el silencio u omisión de la sentencia podría dar lugar, en su caso, a una incongruencia omisiva que en ningún momento se plantea formalmente en el recurso.

c) Por último, el recurrente se refiere a la falta de motivación suficiente de la carta de despido, alegando al respecto que la misma le produce indefensión al omitirse los datos económicos y la situación económica concreta de la empresa, remitiéndose al conocimiento que el trabajador tiene de la misma por el hecho de haber reclamado el pago de los salarios.

Por su parte, la recurrida niega la alegada falta de motivación y aduce, a su vez, que de la documental que se acompañaba en la carta de despido y de las cuentas que acompañó al acto del juicio resulta acreditado, por un lado, que la sociedad venía presentando una situación de pérdidas continuadas y, por otro, que carecía de liquidez en el momento de efectuar los despidos.

Los requisitos formales del despido por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción vienen contemplados en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores y, concretamente, el que aquí se discute es el previsto en la letra a) del núm. 1, consistente en la comunicación escrita al trabajador expresando la causa. La carta, requisito *ad solemnitatem*, responde, sustancialmente, a una triple finalidad: garantizar la adecuada defensa del trabajador posibilitándole la presentación de las pruebas que considere oportunas; determinar los motivos de una posible oposición; y fijar los límites de la controversia judicial. Estas finalidades las cumple la carta remitida por la empresa al demandante-recurrente. En la carta, que encontramos al folio 87, la empresa hace saber al trabajador que la decisión del despido obedece a la cesación total de la actividad empresarial por la situación económica en la que está inmersa, que hace ya inviable la continuación de su actividad, adjuntándole la información financiera consistente en las cuentas de resultados comparativos de los ejercicios 2011, 2012 y primer trimestre del 2013. Con estos datos el trabajador disponía de información suficiente para articular su defensa y quedó, asimismo, delimitado el objeto de la controversia judicial, la cual versó, precisamente, sobre las causas alegadas por la empresa en la comunicación, que el Magistrado consideró acreditadas. En suma, consideramos que el contenido de la carta de comunicación de la extinción del contrato de trabajo remitida por la empresa al actor es adecuada y suficiente a los efectos pretendidos por el artículo 53.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.

**CUARTO.-** En el cuarto y último motivo de los recursos el Letrado del recurrente argumenta contra la tesis de la sentencia de Valladolid, según la cual como ya está desestimada la acción de despido la relación laboral no se encuentra vigente y, por lo tanto, no se examina la petición de extinción, pues no cabe hacer declaración alguna de extinción contractual al haberse extinguido con el despido la relación laboral. Cita en apoyo de su argumentación varias sentencias del Tribunal Supremo y de Tribunales Superiores de Justicia, entre ellas algunas de esta misma Sala, para afirmar que cuando se produce el despido, el 15 de mayo de 2013 con efectos del 31 de ese mismo mes, la empresa le adeudaba 5 mensualidades completas; que, por ello, la acción extintiva no es fraudulenta; que la finalidad del despido comunicado por la empresa es privar de efectos a la meritada acción extintiva; y, en definitiva, que el juzgador de instancia debió pronunciarse sobre la tan citada acción del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.

Por su parte, la recurrida insiste en la tesis de la sentencia impugnada achacándole al recurrente que falta a la verdad al manifestar que al momento de interponer la demanda de extinción se le adeudaban cinco nóminas, cuando solo reclamaba dos; también alega que al momento de la celebración del juicio la relación laboral ya no se encontraba viva, requisito esencial para poder entrar a conocer sobre la existencia o no de causa justa para extinguir la relación laboral el trabajador; y, por último, niega la recurrida que la única finalidad del despido de la totalidad de la plantilla fuese enervar la acción de extinción interpuesta por el actor, resultando evidente que una decisión empresarial tan importante como la de cesar en su actividad exige un análisis y estudio superior a dos semanas, tiempo de antelación con la que conoció la interposición de la demanda de extinción.

En la sentencia de esta misma Sala de 25 de marzo de 2013 (rec. 2228/12) ofrecimos una pauta general, quizá la única que puede mantenerse en estos supuestos, consistente en que normalmente y, en principio, la existencia de un despido, con la subsiguiente sustanciación del correspondiente proceso de despido, simultáneo o concurrente con un pleito de resolución del contrato de trabajo fundada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, no puede impedir la tramitación de este litigio de resolución de contrato, ni que la sentencia que en él se dicte decida sobre tal resolución de acuerdo con lo que dispone este artículo 50, pues esta regla o conclusión se deduce del artículo 24.1 de la Constitución Española, del artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 32 de la Ley 36/2011; ahora bien, la existencia de un despido concurrente puede impedir que el artículo 50 se aplique para resolver



la resolución contractual instada en determinados casos, siempre que concurren claras y fundadas razones para ello, principalmente en aquellos supuestos en que el despido produce la consecuencia de la carencia o falta de acción en el proceso sobre extinción del contrato basada en el repetido art. 50 del Estatuto de los Trabajadores .

Más en el presente caso no se aprecia, de ningún modo, que existan claras y fundadas razones que impidan que la resolución contractual de autos pueda ser examinada y decidida a la luz del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores , siendo evidente que no puede hablarse aquí, en absoluto, de falta de acción. Es cierto que por el Tribunal Supremo se recuerda, en relación con la demanda extintiva a instancia del trabajador, que *"el éxito de la acción basada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores exige que el contrato esté vivo en el momento de dictarse la sentencia, como ha puesto de manifiesto la constante doctrina de esta Sala contenida en sentencias, entre otras, de 22 de octubre y 26 de noviembre de 1986 (RJ 1986\5878 y RJ 1986\6516), 12 de julio de 1989 ( RJ 1989\5461 ), 18 de julio de 1990 ( RJ 1990\6425 ) o el auto de 11 de marzo de 1998 ( RJ 1998\2561).."* y que *"ha de tenerse en cuenta el carácter constitutivo que la sentencia tiene en estos supuestos en los que, de prosperar la acción, se declara extinguido el contrato en la misma fecha en la que se dicta"* ( sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000, rec. 2180/1999 ). Pero esta doctrina merece ser atemperada conforme a las particularidades específicas del caso, porque de lo contrario, y en supuestos como este, la acción basada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores , anterior a la de impugnación del despido, nunca podría ser resuelta en el proceso. En este punto debemos considerar la aplicación del artículo 32 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social . El recurrente sostiene a este respecto que no existe identidad causal de la primera acción de extinción del contrato a su instancia y la posterior acción de despido, lo que permite el análisis de la acción extintiva. Pues bien, aunque se considere la extinción y el despido objetivo expresión de una misma crisis y que se está en presencia de un mismo conflicto, la aplicación aún en su caso del artículo 32 determina no sólo que se efectúe la acumulación, sino también que se debatan y resuelvan ambas acciones, determinándose el orden de resolución y teniendo en cuenta la influencia que en la segunda que se resuelva deba tener la solución que hubiera sido adoptada en la primera ( sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2007, rec. 604/2006 ) pues *"se trata de evitar actuaciones torticeras que persigan, a través de ejercer la acción resolutoria, eludir las consecuencias de un despido que se prevé inminente o a buscar la enervación de tal acción resolutoria mediante la imposición del despido"* ( sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1996, rec. 2205/1996 ); siendo en este caso que la actuación de la empresa permaneciendo inactiva frente a la reclamación del trabajador durante dos meses desde la fecha de la conciliación previa de la acción extintiva, y procediendo al despido objetivo posterior parece claramente dirigida a enervar la acción resolutoria de aquél, limitando la cuantía indemnizatoria, lo que no es admisible. Lo contrario, dijimos en la sentencia de 13 de noviembre de 2013 , supondría dar cobertura a situaciones claramente abusivas por parte de las empresas, permitiendo el impago de salarios a los empleados y dilatando la aplicación de medidas correctoras ante situaciones de crisis económica, con la certeza de que podrán limitar la cuantía indemnizatoria y enervar la acción de extinción, efectuando antes del acto del juicio despidos por causas objetivas. Según esta doctrina el juego de las acciones de resolución a instancia del trabajador y del despido objetivo, no puede servir para evitar la aplicación que de una u otra acción pueda inferirse. En el caso que nos ocupa ciertamente el despido se produce tras instarse la extinción y podría pensarse que el empresario trata de enervar la acción, pero ello no implica que dicha acción deba prosperar de forma automática, pues previamente habrá de analizarse si concurre el requisito de gravedad objetiva en los impagos producidos. Pues bien, en este caso, para la Sala es evidente que antes del despido por causas objetivas ya se había hecho cierta y real la causa para extinguir el contrato a instancia del actor. Conviene recordar la jurisprudencia de la Sala Cuarta que, por ejemplo, en la sentencia de 26 de julio de 2012 puso de relieve que *la evolución de la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en materia de calificación de los incumplimientos empresariales de la obligación de pago puntual de la retribución ha experimentado una tendencia marcada hacia la objetivación de tales incumplimientos. Esta línea jurisprudencial ha quedado recogida en numerosas resoluciones de la que es señalado exponente la sentencia de 10 de junio de 2009 (rcud 2461/2008 ), que resume y puntualiza la doctrina precedente de la Sala, seguida luego literalmente en sentencia de 9 de diciembre de 2010 (rcud 3762/2009 ). La referida doctrina jurisprudencial se puede resumir en los siguientes puntos: 1) no es exigible para la concurrencia de la causa de resolución del artículo 50.1.b) ET la culpabilidad en el incumplimiento del empresario; 2) para que prospere la causa resolutoria basada en "la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado" se exige exclusivamente el requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial; y 3) este criterio objetivo de valoración del retraso continuado, reiterado o persistente en el pago de la retribución no es de apreciar cuando el retraso no supera los tres meses ( TS 25-9-1995; rcud 756/1995 )"*

Atendiendo a todas estas circunstancias la Sala discrepando del criterio del Magistrado de instancia entiende que debe hacer un pronunciamiento positivo respecto de la aplicación del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores . De no ser así, resultaría que el trabajador demandante, perjudicado por un incumplimiento empresarial grave y prolongado de impago de salarios vería que la compensación económica reglamentaria



consistente en una indemnización de 45 días por año de servicio ex artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, se ha traducido en otra inferior de 20 días por año por disponerlo así el artículo 53.1.b) del mismo cuerpo legal, por haber sido despedido con fundamento en causas objetivas intrínsecamente conectadas más que venía arrastrando desde mucho tiempo antes, siendo que una situación económica adversa, ponderable a efectos de posibilitar la modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo, no es aducible, sin embargo, para excluir la aplicación de la causa resolutoria ex artículo 50.1 b) del Estatuto, ya que dicha situación no afecta al esencial deber de abonar puntualmente los salarios.

Este deber ha sido incumplido notoriamente por la empresa, ya que adeudaba al trabajador dos mensualidades en el momento en que presentó la papeleta de conciliación previa al ejercicio de la acción extintiva (el 8 de marzo de 2013), cinco en la fecha de efectividad del despido (comunicado el 15 de mayo con efectos del 31 de ese mes) y diez en el día en el que se celebró el juicio, fecha que ha de tenerse en cuenta según la jurisprudencia de la Sala Cuarta (sentencia de 3 de diciembre de 2013, rec. 540/13), en cuyo momento la deuda total alcanzaba los 10.129,65, según se dice en el fundamento de derecho quinto (en el hecho probado segundo se omite la cantidad por un error mecanográfico). Afirma el Tribunal Supremo en la misma sentencia que el artículo 50.b) del Estatuto de los Trabajadores establece que procederá la extinción del contrato a instancias del trabajador por retrasos en el pago de salarios y la doctrina de la Sala, que sintetizan las sentencias de 10 de junio de 2009 y de 9 de diciembre de 2010, reiteradas por las más recientes de 20 de mayo de y 16 de julio de 2013, establece que para que prospere la causa resolutoria basada en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado», es necesaria ... la concurrencia del requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial" y que a efectos de "determinar tal gravedad debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex artículos 4.2.f) y 29.1 del Estatuto de los Trabajadores", ponderando el alcance del incumplimiento de acuerdo con criterios de orden temporal ("retrasos continuados y persistentes en el tiempo") y cuantitativo ("montante de lo adeudado"), por lo que "concorre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos". La Sala señala también en las sentencias citadas que se trata de un incumplimiento objetivo, al margen de la culpabilidad del empleador.

La gravedad que justifica el efecto extintivo del incumplimiento ha de apreciarse en el presente caso, pues el impago es relevante en términos cuantitativos, teniendo en cuenta la retribución del trabajador y el impago total por parte de la empresa que, como dijimos antes, alcanzaba los cinco meses en el momento del despido, periodo superior a las tres mensualidades y una paga extraordinaria que la Sala Cuarta consideró suficiente para la extinción en la sentencia antes referida.

**QUINTO** .- Las consecuencias de la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador vienen establecidas en el artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores, las cuales consisten en que aquél tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente. Ahora bien, habiéndose desestimado la demanda de despido, por pronunciamiento firme, la indemnización ha de calcularse a la fecha del despido (31 de mayo de 2013), como ya dijimos en un supuesto similar en la sentencia de esta misma Sala de fecha 26 de junio de 2013 (rec. 971/13), con las matizaciones consecuencia de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en cuya disposición transitoria quinta se establece que la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso. El salario es de 1.773,01 euros mensuales, según se dice en el hecho probado primero, por lo que partiendo de ese dato el cálculo de la indemnización por el período hasta el 12 de febrero de 2012 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012), teniendo en cuenta la antigüedad del 26 de febrero de 2007 arroja la cantidad de 13.115,25, a la que debe añadirse a razón de 33 días por año la indemnización de cuatro meses por prorrateo hasta la fecha de extinción, lo que supone 2.564,76.

Por lo expuesto, y

**EN NO MBRE DEL REY**

**FALLAMOS**



**ESTIMAMOS** el recurso de suplicación interpuesto por la indicada representación letrada de **DON Eladio** contra la sentencia del Juzgado de lo Social N° 3 de Valladolid, de fecha 5 de noviembre de 2013, dictada en los autos núm. 573/13, seguidos sobre **RESOLUCION DE CONTRATO, RECLAMACION DE CANTIDAD Y DESPIDO** a instancia del indicado recurrente contra la empresa **COMERCIAL BHG, S.A., sus Administradores Solidarios DOÑA Rosana y DON Sixto, y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL** y, en consecuencia, con confirmación de la sentencia de instancia en cuanto declara la procedencia del despido, declaramos la resolución del contrato de trabajo a instancias del trabajador con fecha de efectos 31 de mayo de 2013 y condenamos a la empresa a abonarle al recurrente como consecuencia de dicha extinción una indemnización igual a la del despido improcedente por importe, s.e.u.o., de **15.680,01 (quince mil seiscientos ochenta euros con un céntimo)**; manteniendo los demás pronunciamientos del fallo respecto a la condena a la empresa al abono de la cantidad de **10.129,65 (diez mil ciento veintinueve euros con sesenta y cinco céntimos)**, incrementada con el 10% de recargo por mora, en cómputo anual, y respecto a la absolución de los Administradores Solidarios y del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

#### **SE ADVIERTE QUE:**

Contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de esta notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **600,00 euros** en la cuenta núm. 2031 0000 66 **101/2014** abierta a nombre de la Sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Español de Crédito (BANESTO), acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Firme que sea esta sentencia, devuélvanse los autos junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

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

**PUBLICACION.-** En la misma fecha fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy fé.