



Roj: **STS 6545/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:6545**

Id Cendoj: **28079140012013100891**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/12/2013**

Nº de Recurso: **846/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 16111/2012,**
STS 6545/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Juan Luis Olalla Gajate en nombre y representación de DON Vidal contra la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en recurso de suplicación nº 1413/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Málaga, en autos núm. 694/2011, seguidos a instancias de DON Vidal contra TRANSHOTEL PALMERAS S.A. sobre EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR.

Ha comparecido en concepto de recurrido TRANSHOTEL PALMERAS S.A. representado por el Letrado Don Antonio Muñoz Perea.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de diciembre de 2011 el Juzgado de lo Social nº 13 de Málaga dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º** .- El actor ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada, con una antigüedad de 01 de septiembre de 1978, con categoría profesional de camarero, y salario día, con prorrateo de 72,27 euros. **2º** .- Desde al menos dos años el trabajador ha cobrado su salario con un retraso medio de treinta días, durante el año 2011 el actor ha cobrado su nómina con el retraso siguiente:

Enero cobra sólo el 50% el 10.03.11 se cobra el 50% restante.

Febrero cobra sólo el 50% el 20.05.11 se cobra el 50% restante.

Marzo cobra el 15.06.11.

Abril cobra el 50% el 24.06.11, el 50% restante el 14.07.11.

Mayo cobra el 50% el 08.08.11, el 50% restante el 20.07.11.

Junio cobra sólo el 50% el 16.08.11, el 50% restante el 23.08.11

Extra de verano el 15.09.11.

Julio el 50% el 22.09.11, el 50% restante el 03.10.11.



La bolsa de vacaciones la cobra el actor el 03.11.11.

A la fecha del Juicio, la empresa no adeuda suma alguna al actor. **3º.-** El actor, como enlace sindical de CCOO tomó parte en las negociaciones habidas en la empresa, siendo firmante del Acuerdo de 22.09.11. El Acuerdo se alcanzó ante la situación límite de la empresa con un elevado descenso en la productividad, con reflejo en la cuenta de resultados, afectando de forma directa a la economía de la empresa que ya en el ejercicio de 2009 había perdido más de 1.600.600 euros, en 2010 más de 2.000.000 euros, siendo las previsiones para el presente ejercicio también negativas y superiores a las del 2010. En el punto VII, apartado b) del documento referido, la empresa y los trabajadores alcanzan el acuerdo que "la empresa indemnizará a los trabajadores que han optado por esta medida (baja incentivada) con 35 días de salario por año de servicio con un máximo de 25 mensualidades". **4º.-** Se realizó el trámite de conciliación previa, dando como resultado sin avenencia. **5º.-** El actor es enlace sindical por CCOO."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: " Que debo estimar y estimo la demanda de EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DE TRABAJADOR, interpuesta por DON Vidal frente a la empresa TRANSHOTEL PALMERAS S.A., en el sentido de considerar extinguida la relación entre partes a la fecha de la presente resolución, condenando a la empresa demandada a que abone al actor la suma de 91.060,20 euros en concepto de indemnización (topada por el límite de 42 meses), debiendo las partes estar y pasar por la resolución presente."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por TRANSHOTEL PALMERAS S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, la cual dictó sentencia en fecha 22 de noviembre de 2012, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por TRANSHOTEL PALMERAS S.A contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº TRECE de MÁLAGA de fecha 14/12/2011, recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por DON Vidal contra TRANSHOTEL PALMERAS S.A. sobre EXTINCIÓN DE CONTRATO, y, en su consecuencia, revocando la sentencia recurrida, debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta absolviendo al demandado de las pretensiones en la misma contenidas. Una vez firme esta resolución, procédase a la devolución a la recurrente del depósito y de la consignación constituida para recurrir, sin costas."

TERCERO.- Por la representación de DON Vidal se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga el 12 de febrero de 2013. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 22 de diciembre de 2008.

CUARTO.- Con fecha 23 de mayo de 2013 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de noviembre de 2013, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina, consiste en determinar si los retrasos en el cobro de salarios que ha sufrido el recurrente tienen la gravedad suficiente como para justificar la rescisión del contrato que el mismo pidió con base en el art. 50-1-b) del Estatuto de los Trabajadores.

En el caso que contempla la sentencia recurrida el trabajador, delegado sindical de CC.OO., cobró sus salarios con el retraso que deriva del ordinal segundo de los hechos declarados probados que dice: "Desde al menos dos años el trabajador ha cobrado su salario con un retraso medio de treinta días, durante el año 2011 el actor ha cobrado su nómina con el retraso siguiente: Enero cobra sólo el 50% el 10.03.11 se cobra el 50% restante. Febrero cobra sólo el 50% el 20.05.11 se cobra el 50% restante. Marzo cobra el 15.06.11. Abril cobra el 50% el 24.06.11, el 50% restante el 14.07.11. Mayo cobra el 50% el 08.08.11, el 50% restante el 20.07.11. Junio cobra sólo el 50% el 16.08.11, el 50% restante el 23.08.11. Extra de verano el 15.09.11. Julio el 50% el 22.09.11, el 50% restante el 03.10.11. La bolsa de vacaciones la cobra el actor el 03.11.11. A la fecha del Juicio, la empresa no adeuda suma alguna al actor."

Las dificultades por las que atravesaba la empresa dieron lugar a que se celebraran una serie de reuniones de sus representantes con los de los trabajadores en busca de soluciones que pasaban por la reducción de la jornada y de la plantilla, reuniones que se intensificaron en Julio de 2011 y que concluyeron por Acuerdo de



22 de septiembre de 2011, reuniones a las que asistió el actor quien firmó el Acuerdo de 22-9-2011. En ese Acuerdo se convino transformar los contratos fijos ordinarios en fijos discontinuos de nueve meses, cabiendo la posibilidad de percibir una indemnización por la menor jornada y de disfrutar las vacaciones en periodo de inactividad. Además se pactaron prejubilaciones y bajas incentivadas con una indemnización de 35 días de salario por año de servicio con un máximo de 25 mensualidades.

El actor presentó demanda pidiendo la rescisión de su contrato por retrasos en el pago de salarios el 1 de septiembre de 2011, cuando se le adeudaba la extra de verano (cobrada el 15 de septiembre), media paga de julio (cobrada el 22 de septiembre) y la bolsa de vacaciones (cobrada el 3 de noviembre), de forma que el día del juicio, celebrado el 15 de noviembre de 2011, no se le debía nada. La papeleta de conciliación se presentó el 10 de agosto. La sentencia de instancia estimó la demanda, pero la de suplicación, objeto del presente recurso la desestimó.

2. Como sentencia de contraste, a fin de viabilizar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el presente recurso, cita la recurrente la dictada por esta Sala el 22 de diciembre de 2008 (Rcud. 294/08) que estima la demanda del actor y declara resuelto el contrato de trabajo que le unía con la empresa demandada, en situación legal de concurso, condenando a la misma y a los administradores del concurso en su condición de tales al abono de la indemnización correspondiente. El hecho probado segundo, al referirse a los retrasos en el pago de salarios se remite al hecho probado 1.1 de la demanda, pero en su fundamento primero la sentencia de contraste dice que dichos retrasos abarcaron 336 días con un promedio de 11,20 días, y en el fundamento quinto entiende que "... existen unos retrasos en el pago de los salarios del trabajador demandante que tiene gravedad suficiente... puesto que son continuados, persistentes en el tiempo y cuantitativamente importantes, desde el momento en que en 336 días alcanzaron un promedio de retraso de 11,20 días.

3. Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos que requiere el art. 219 de la L.J. S. para la viabilidad del recurso que nos ocupa, porque en ambos casos los retrasos en el pago han sido constantes, incluso más importantes en el caso de la sentencia recurrida, donde se consideró probado un retraso medio de un mes a lo largo de dos años, mientras que en la de contraste se valora un retraso medio de 11'20 días en un periodo de 336 días. Sin embargo la sentencia recurrida ha estimado que los retrasos en el pago estaban fundados y no procedía la rescisión contractual demandada, mientras que la de contraste ha resuelto lo contrario. Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar la doctrina dispar reseñada.

SEGUNDO.- La doctrina relativa a que impagos de salarios deben considerarse lo suficientemente graves, como para justificar la rescisión del contrato de trabajo con base en el artículo 50-1-b) del Estatuto de los Trabajadores, ha sido unificada ya por esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 26 de julio de 2012 (Rcud. 4115/2011), 3 de diciembre de 2012 (Rcud. 612/2012) y 25 de febrero de 2013 (Rcud. 380/2012). En la primera de las sentencias citadas se dice literalmente: *"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)".

La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa lleva a estimar el recurso del trabajador que alega la infracción del precepto citado y de la jurisprudencia reseñada, porque los retrasos, descritos en el fundamento de derecho primero 1 de esta resolución, pueden calificarse de graves por su extensa duración y por subsistir al tiempo de presentarse la demanda, sin que sean acogibles las argumentaciones relativas a la concurrencia de causa que los justificase, pues la culpa de la empresa se ha objetivado y no es preciso que la misma concurra, porque basta con un retraso grave en el pago y las demás circunstancias concurrentes no exoneran de responsabilidad a la empleadora. Procede, por tanto, declarar que la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia de contraste, lo que obliga a casar la sentencia recurrida.

TERCERO.- Al resolver el debate planteado en suplicación surge el problema de que, al articular ese recurso, así como al impugnar el recurso de casación interpuesto por el trabajador, la empresa planteó otro motivo del recurso que justificaba la revocación de la sentencia de instancia y la desestimación de la demanda. En efecto, se alegó la infracción de los artículos 20-2 y 65-2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art.



7-1 del Código Civil por haber abusado el trabajador demandante, al ser delegado sindical, de la información privilegiada que tenía sobre la próxima suscripción de un Acuerdo empresarial que pondría término a las dificultades que tenía la empresa para el pago de las nóminas, Acuerdo, descrito en parte en el ordinal tercero de los hechos declarados probados, que se firmó días después de la presentación de la demanda.

Esta cuestión no puede resolverse por este Tribunal en este recurso extraordinario de unificación de doctrina, cual muestra la literalidad del art. 228-2 de la L.J .S., al disponer que en este recurso se "resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina", expresión que hace referencia a la unidad de doctrina quebrantada, lo que es lógico, habida cuenta que el objeto de este recurso extraordinario es resolver las contradicciones doctrinales existentes entre la sentencia recurrida y la de contraste, pero no otras cuestiones ajenas a la divergencia doctrina que da lugar al recurso. Lo dicho lo corrobora el artículo 215-c) de la L.J .S. que, cuando se trata del recurso ordinario de casación, si permite al Tribunal resolver sobre cuestiones no resueltas por la sentencia recurrida y sobre otras alegaciones de las partes siempre y cuando existan en autos antecedentes suficientes.

Por lo expuesto, dado que estamos ante un recurso extraordinario de casación unificadora y no ante uno de casación ordinaria, procede acordar la devolución de las actuaciones al Tribunal que dictó la sentencia recurrida para que resuelva el otro motivo de suplicación que planteó la empresa, a fin de evitar la indefensión de la misma y la incongruencia omisiva de la resolución final, máxime cuando el ordinal tercero de los hechos declarados probados podría ser insuficiente a los efectos que nos ocupan, salvo que integrara en él el contenido del Acuerdo de 22 de septiembre de 2011, cuestión que escapa al objeto de este recurso y que este Tribunal no puede resolver porque dejaría indefenso al trabajador demandante al que privaría del derecho a impugnar con el oportuno recurso los argumentos fácticos y jurídicos que sobre esta cuestión se diesen "ex novo". En este sentido se ha pronunciado esta Sala en múltiples sentencias como las de 17 de enero , 17 de febrero , 13 de marzo y 30 de abril de 2007 (Rcu. 5385/05 , 5371/05 , 5366/05 y 1888/05).

CUARTO.- Por cuanto antecede, procede casar y anular la sentencia recurrida en el sentido de estimar que los impagos salariales producidos tienen la gravedad suficiente para justificar la extinción del contrato de trabajo del actor a petición suya, acordando a la par que, como en la sentencia recurrida no se resolvieron el resto de las cuestiones planteadas en otros motivos del recurso, procede devolver al Tribunal sentenciador las actuaciones, para que con libertad de criterio dicte una nueva sentencia en la que las resuelva, una vez que ha quedado definitivamente resuelta la calificación del impago salarial como un incumplimiento contractual grave. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que estimando, como estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Juan Luis Olalla Gajate en nombre y representación de DON Vidal contra la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en recurso de suplicación nº 1413/2012 , interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Málaga , en autos núm. 694/2011, seguidos a instancias de DON Vidal contra TRANSHOTEL PALMERAS S.A., debemos casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar que sí se ha producido por el retraso en el pago de salarios un incumplimiento contractual grave de la empresa a los efectos del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores , cuestión que dejamos resuelta a la par que acordamos la devolución de las actuaciones al Tribunal que dictó la sentencia recurrida para que resuelva el resto de las cuestiones planteadas en suplicación y concretamente la relativa a si la conducta del actor es constitutiva de un abuso de derecho y de una deslealtad que impediría la rescisión indemnizada de su contrato. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. **Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana** hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.