



Roj: **STS 4358/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4358**

Id Cendoj: **28079140012013100590**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/07/2013**

Nº de Recurso: **2275/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 3935/2012,**
STS 4358/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Julio de dos mil trece.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Graduado Social D. Jesús Javier González de los Ríos, en nombre y representación de D^a Camila , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), de fecha 27 de junio de 2012, recaída en el recurso de suplicación nº 894/2012 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Palencia, dictada el 15 de febrero de 2012 , en los autos de juicio nº 706/2011, iniciados en virtud de demanda presentada por Doña Camila contra Lesmespan, S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, sobre Despido.

No han comparecido los recurridos.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Rosa María Viroles Piñol, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de febrero de 2012, el Juzgado de lo Social nº 2 de Palencia, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"Desestimo la demanda interpuesta por Doña Camila contra la empresa LESMESPAN, S.L., a quien absuelvo de las pretensiones deducidas en su contra en este proceso."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"**PRIMERO.-** La demandante, Doña Camila , con DNI nº NUM000 , viene prestando servicios para la empresa LESMESPAN S.L., con una antigüedad de 19-2-2001, categoría profesional de Camarero, y percibiendo un salario mensual de 1.245,27 euros, con inclusión de pagas extras; **SEGUNDO.-** La actora prestó servicios para la empresa Pan Buelna S.L. hasta el 31-12-2010. A partir del 1-1-2011 se subrogó en el contrato de la actora la empresa LESMESPAN S.L. con los mismos derechos y obligaciones; **TERCERO.-** Desde el 1-2-2005 la relación laboral entre las partes se rige por el Convenio Provincial de Industrias de Hostelería de Palencia; **CUARTO.-** A partir de octubre de 2010 se le hace constar en la nómina que su categoría es de Dependiente. En el mes de octubre de 2010 se le redujo el salario pero en noviembre de 2010 se volvió a abonar el salario que venía percibiendo; **QUINTO.-** La actora ha percibido el salario en las siguientes fechas: Octubre 2010 (15-11-2010); Noviembre 2010 (20-12-2010); Diciembre 2010 (23-01-2011); Enero 2011 (22-02-2011); Febrero 2011 (25-03-2011); Marzo 2011 (19-04-2011); Abril 2011 (27-05-2011); Mayo 2011 (30-06-2011); Junio 2011 (27-07-2011); Julio 2011 (15-08-2011); Agosto 2011 (19-09-2011); Septiembre (28-10-2011); Octubre 2011 (24-11-2011); Noviembre 2011 (16-12-2011); Diciembre 2011 (30-01-2012); **SEXTO.-** El resto de trabajadores



también perciben con retraso sus nóminas; SÉPTIMO.- La actora ha presentado demanda en reclamación de derecho y cantidad el día 3-11-2011; OCTAVO.- La demandante presentó conciliación previa el 3-11- 2011, celebrándose el acto el 17-11-2011, con el resultado de "intentado sin efecto".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación procesal de Doña Camila formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), dictó sentencia en fecha 27 de junio de 2012 , en la que consta el siguiente fallo:

"Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el Recurso de Suplicación interpuesto por D^a Camila contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Palencia de fecha 15 de febrero de 2012 (Autos nº 706/2011) dictada en virtud de demanda promovida por precitada recurrente contra LESMESPAN S.L. y FOGASA sobre RESOLUCIÓN CONTRATO; y, en consecuencia debemos confirmar y confirmamos el fallo de instancia."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), la representación procesal de D^a Camila , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 22 de diciembre de 2008 (Rcud. 294/2008).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado los recurridos, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar PROCEDENTE el recurso.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 11 de julio de 2013, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La sentencia recurrida, dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (con sede en Valladolid) de 27 de junio de 2012 (Rec. 894/2012), desestimó la demanda de resolución indemnizada del contrato al amparo del art. 50.1.b) del ET interpuesta el 28 de noviembre de 2011. Según resulta del relato fáctico de la sentencia recurrida, la trabajadora demandante viene prestando servicios desde el 19/02/2001, para la empresa demandada Lesmespan, SL, que a partir del 1/1/2011, se hizo cargo del negocio de su antecesora Panbuena, SL, con la categoría profesional de camarero. Dicha empresa, como su antecesora, ha venido incurriendo en retrasos en el pago de los salarios en todos los meses desde octubre de 2010, afectando dicho incumplimiento no sólo a la actora sino también a todos los demás trabajadores de la empresa. La sentencia ahora impugnada desestima el recurso de suplicación interpuesto por la demandante contra la sentencia de instancia que desestimó su demanda de resolución indemnizada de contrato razonando -en lo que a la cuestión casacional planteada interesa-, que el incumplimiento empresarial señalado no alcanza la gravedad suficiente ni en cuanto a los retrasos que, aún reiterados en el tiempo (el periodo considerado por la sentencia es desde octubre de 2010 a diciembre de 2011, a lo que, dice, habría que añadir de enero a abril de 2012, al margen de que la demanda se presentó por el trabajador el 28/11/2011), no han excedido en ningún caso de un mes, oscilando en la mayor parte de los meses entre 10 y 20 días, y que son debidos -según la sentencia- a la situación de crisis que afecta a la hostelería, sin que exista constancia de reclamación por parte de los demás trabajadores de la plantilla; ni en cuanto a las diferencias salariales (impagos) que fueron reclamadas en juicio separado y que el juzgado de lo social en su sentencia de 30 de marzo de 2012, estimó en parte condenando a la demandada a pagar a la actora 334,03 euros, por resultar por resultar escasas o menores a efectos de la gravedad exigida en el art. 50.1 b) ET .

Según se constata en el cuadro recogido en el hecho probado quinto de instancia (inmodificado), la actora en el periodo tomado en consideración en la sentencia recurrida, ha percibido el salario en las siguientes fechas: Octubre 2010 = 15-11-2010 ; Noviembre 2010 = 20-12-2010 ; Diciembre 2010 = 23-01-2011 ; Enero 2011 = 22-02-2011 ; Febrero 2011 = 25-03-2011 ; Marzo 2011 = 19-04-2011 ; Abril 2011 = 27-05-2011 ; Mayo 2011 = 30-06-2011 ; Junio 2011 = 27-07-2011 ; Julio 2011 = 15-08-2011 ; Agosto 2011 = 19-09-2011 ; Septiembre = 28-10-2011 ; Octubre 2011 = 24-11-2011 ; Noviembre 2011 = 16-12-2011 ; Diciembre 2011 = 30- 01-2012 (lo cual supone un promedio de 22,5 días /mes de retraso).

2.- Recurre la trabajadora en casación para la unificación de doctrina y alega como sentencia de contraste la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008 (R. 294/2008), Dicha sentencia, estima el recurso del actor y declara resuelto el contrato de trabajo que lo unía con la demandada. Se acredita en este caso que desde diciembre de 2004 hasta el 30 de enero de 2007 el actor percibió sus salarios con retrasos variables que suponían un promedio de 11,20 días, aunque normalmente se le pagaba en torno al día 12 del mes siguiente. En el momento del juicio oral no se le adeudaba cantidad alguna. Mientras el



trabajador estuvo en situación de incapacidad temporal (desde febrero de 2006) hubo un acuerdo con los trabajadores para abonar con retraso los salarios debido a la situación de concurso de la empresa que se le comunicó a través de su madre. A juicio de la Sala IV los retrasos son continuados, persistentes en el tiempo y cuantitativamente importantes al suponer un promedio de 11,20 días en 336 días.

SEGUNDO.- 1.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010). Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011).

2.- La contradicción entre las sentencias comparadas ha de ser apreciada porque en ambos casos se interesa la resolución del contrato de trabajo con sustento en incumplimientos empresariales de cierta entidad. Así, en la sentencia de contraste la empresa se encuentra en situación de concurso y valora un promedio de 11,20 días en 336 días, para calificar el retraso como grave; mientras que en la sentencia recurrida, aunque no constan acreditadas dificultades económicas en la empresa demandada, la sentencia partiendo de la situación de crisis por la que atraviesa la economía española en general, estima que es un hecho notorio que la crisis afecta al sector de hostelería con lo cual justifica el retraso en el pago de los salarios, habiéndose producido los atrasos que constan en el hecho probado quinto de la sentencia recurrida que suponen un retraso próximo a los 22,5 días /mes (calculado el promedio anual), llegando la sentencia a la conclusión de que no existe la gravedad exigida por el art. 50.1.b) ET. En ambas sentencias la cuestión litigiosa se centra en determinar si los retrasos señalados tienen la suficiente gravedad para justificar la extinción indemnizada del contrato; y partiendo de hechos similares, llegan a soluciones diferentes, por lo que concurre el requisito de contradicción exigido por el art. 219 LRJS en lo que respecta a los retrasos justificados en el pago del salario.

Procede por todo ello, entrar en el examen de los concretos motivos del recurso.

TERCERO.- 1.- Superado el requisito de contradicción, y examinando la cuestión de fondo, denuncia el recurrente la infracción del art. 50.1.b) del ET, en relación con la jurisprudencia que lo interpreta que cita.

Ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con el art. 50 b) del Estatuto de los Trabajadores, procede la extinción del contrato a instancias del trabajador por retrasos en el pago de salarios. Señala la STS/IV de 9 de diciembre de 2010 (rcud. 3762/2009), recordando la de 10 de junio de 2009 (rcud. 2461/2008) que: *"esta Sala viene señalando con reiteración, salvo precedentes temporalmente lejanos en que se ha exigido un incumplimiento grave y culpable, haciendo una paridad con las causas originadoras del despido disciplinario [así, SSTS 03/11/86; y 04/12/86], o en que más matizadamente se ha requerido que el retraso sea grave y culpable, continuado y persistente [STS 20/01/87], este Tribunal entiende que el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modela en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial, y la culpabilidad no solamente no es requisito para generarlo, sino que incluso es indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa (SSTS 24/03/92 -rcud 413/91-; 29/12/94 -rcud 1169/94-; 13/07/98 -rcud 4808/97-; 28/09/98 -rcud 930/98-; 25/01/99 -rcud 4275/97-; y 22/12/08 -rcud 294/08-). En este línea se mantiene que para que prospere la causa resolutoria basada en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado», es necesaria -exclusivamente- la concurrencia del requisito de «gravedad» en el incumplimiento empresarial, y a los 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 arts. 4.2 f) y 29.1 ET, partiendo de un criterio objetivo [independiente de la culpabilidad de la empresa], temporal [continuado y persistente en el tiempo] y cuantitativo [montante de lo adeudado], por lo que concurre 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 (así, SSTS 25/01/99 -rcud 4275/97-; y 26/06/08 -rcud 2196/07-, en obiter dicta).*



En el caso que hoy resolvemos la gravedad resulta evidente. Se producen retrasos en el pago, durante un largo espacio de tiempo. Situación que adquiere una especial gravedad cuando ha de presumirse que el salario es la fuente principal por la que el trabajador satisface sus necesidades.

Lo expuesto indica que, oído el Ministerio Fiscal, proceda la desestimación del recurso con imposición de las costas causadas al recurrente."

Por otro lado, la STS/IV de 22 de diciembre de 2008 (rcud. 294/2008) -citada por las anteriores y designada de contraste -, tras una exposición de la evolución de la jurisprudencia de esta Sala en materia de resolución del contrato de trabajo por la causa prevista en el apartado b) del art. 50 ET , y siguiendo la línea jurisprudencial que en la misma se marca aplicada al caso allí enjuiciado, señala que " nos encontramos con una situación en la que objetivamente y con independencia de que la empresa se encuentra en concurso, existen unos retrasos en el pago de los salarios del trabajador demandante que tienen gravedad suficiente para constituir la causa de extinción del contrato de trabajo postulada al amparo de lo establecido en el artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores , 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.

Como antes se dijo, en esa jurisprudencia unificada, en la que se fija la línea "objetiva" en el análisis del incumplimiento empresarial examinado, se ha negado que las dificultades económicas, la situación de concurso, constituya un factor que module esa situación de impago constatada, hasta el punto de entender, como razona la sentencia recurrida, que esa situación priva del requisito de "gravedad" a la conducta empresarial, solución ésta que, en consecuencia, se muestra como no ajustada a derecho y ha de ser revocada con la estimación del presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

La consecuencia legal prevista en el ámbito de las indemnizaciones ante ese incumplimiento empresarial no puede ser otra que la específicamente prevista en el número 2 del artículo 50, en relación con el 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores , esto es, 45 días por año de antigüedad, con el límite previsto en dicho precepto".

2.- Doctrina de aplicación al supuesto ahora enjuiciado, por razones de seguridad jurídica, al constar acreditado que, como queda dicho, según el cuadro recogido en el hecho probado segundo que comprende del mes de octubre 2010 al mes de diciembre de 2011, la empresa ha venido abonando a la actora el salario con el retraso que allí se constata que da un promedio anual alrededor de 22,5 días /mes de retraso.

Resulta por cuanto antecede evidente en el caso, la gravedad requerida por la doctrina transcrita: Se producen retrasos en el pago, durante un largo espacio de tiempo, superándose con creces los porcentajes fijados en la sentencia designada de contraste, que ha de entenderse contiene la buena doctrina. Situación que adquiere una especial gravedad cuando ha de presumirse que el salario es la fuente principal por la que el trabajador satisface sus necesidades; y sin que a ello obste la notoria existencia de una situación de crisis generalizada en la economía española -a la que se refiere la sentencia recurrida-, pues ello a su vez tiene la consecuencia de agravar la situación económica de la trabajadora.

CUARTO.- En conclusión, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora debe ser estimado, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que interesa que se declare procedente el recurso conforme a la inequívoca doctrina de esta Sala IV del Tribunal Supremo contenida en la sentencia designada de contraste, mantenida y reiterada con posterioridad, debiendo la Sala casar y anular la sentencia recurrida que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la demandante confirmaba la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda, para resolver el recurso de suplicación instado en su día por la demandante recurrente frente a la sentencia de instancia, que ha de ser revocada para estimando el recurso, estimar la demanda interpuesta por la trabajadora y acoger la pretensión de resolver su contrato de trabajo con efectos desde la fecha de esta sentencia y con derecho al percibo de una indemnización (partiendo de un salario diario de 41,51 euros/día y una antigüedad de 19 de febrero de 2001, incontrovertidos) equivalente a 22.602,20 euros, calculada conforme a lo dispuesto en el art. 50 ET , en relación con el art. 56.1 del mismo texto legal , y Disposición Transitoria quinta punto 2 de la Ley 3/ 2012 de 6 de julio . Sin costas.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por la representación de Dña. Camila , frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (con sede en Valladolid), de 27 de junio de 2012 . Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación frente a la sentencia de instancia, estimamos dicho recurso y con revocación de la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Palencia en fecha 15 de febrero de 2012 , estimamos la demanda planteada por la trabajadora Dña. Camila y declaramos resuelto



con efectos desde la fecha de esta sentencia, el contrato de trabajo que unía a la misma con la empresa LESMESPAN, S.L., condenando a la citada empresa a que indemnice a la demandante con la cantidad de 22.602,20 euros, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda alcanzar, en su caso, y en los límites legalmente previstos, al Fondo de Garantía Salarial. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social 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. Rosa Maria Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ