



Roj: **STS 4516/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4516**

Id Cendoj: **28079140012018101022**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2018**

Nº de Recurso: **3764/2016**

Nº de Resolución: **1019/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 8237/2016,**
STS 4516/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3764/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1019/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 5 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad Management & Global Technologies Consulting S.L. representado y asistido por el letrado D. Gabriel Vázquez Durán contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 268/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid, en autos nº 1206/2014, seguidos a instancias de D. Moises contra Management & Global Technologies Consulting S.L. sobre extinción de contrato y cantidad.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Moises representado y asistido por el letrado D. José Ignacio García-Nieto Fernández.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de noviembre de 2015, el Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:



"En virtud de lo expuesto en esta sentencia, decido estimar parcialmente la demanda interpuesta por D. Moises contra MANAGEMENT & GLOBAL TECHNOLOGIES CONSULTING S.L y en virtud de la estimación parcial:

- Declarar resuelto el contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento grave de la empleadora, condenando a la demandada a abonarle una indemnización de 45/33 días de salario por año de servicio hasta el límite del 11 de septiembre de 2014, que se traduce en 105.161,95 euros. Procederá la compensación de la cantidad ya abonada al demandante en concepto de indemnización al momento de la entrega de la carta y su deducción de la indemnización fijada en esta sentencia.
- Declarar procedente el despido objetivo efectuado por la demandada el 11 de septiembre de 2014.
- Estimar parcialmente la demanda de reclamación de cantidad promovida por D. Moises contra MANAGEMENT & GLOBAL TECHNOLOGIES CONSULTING S.L, condenando a la empleadora demandada a abonar al actor 6576,42 euros en concepto de deudas salariales, así como al pago de intereses de demora del 10% anual sobre esta cuantía desde la fecha de presentación de la papeleta de conciliación el 7 de octubre de 2014."

Con fecha 24 de noviembre de 2015, se dicto auto de aclaración de la anterior sentencia, en cuya parte dispositiva consta:

"SE ACUERDA SUBSANAR el defecto advertido en el Hecho Probado Primero y el Fallo de la Sentencia de fecha 13/11/2015, consistente en el sentido de hacer constar que la fecha de antigüedad es la de 17/01/2011 y no la que por error se hacía constar de 17/01/2001 y la cantidad correspondiente a indemnización la de 24.032,41 euros y no que por error se hacía constar de 105.161,95 euros. Manteniéndose dicha resolución en los restantes términos."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- El demandante, Moises, prestó servicios como trabajador para la empresa GLOKAL CONSULTING S.L. (en adelante, GLOKAL) en las circunstancias siguientes: contrato indefinido a tiempo completo, antigüedad 17-1-2001, categoría profesional de director general y salario de 180,19 euros diarios brutos por todos los conceptos y con prorrata de pagas extraordinarias. El 25 de junio de 2013, el Juzgado de lo Mercantil nº7 de Madrid declaró a la sociedad GLOKAL en concurso de acreedores.

SEGUNDO.- El 1 de abril de 2014, en cumplimiento del Auto del Juzgado de lo mercantil 7 de Madrid de 26 de marzo de 2014, la demandada MANAGEMENT & GLOBAL CONSULTING TECHNOLOGIES S.L. (en adelante, MGT), adquirió la unidad productiva de GLOKAL y, en virtud de la adquisición, se subrogó como empleadora en todos los contratos de trabajo que GLOKAL mantenía a 1 de abril de 2014. Entre ellos se hallaba el del demandante.

TERCERO. Ambas empresas se dedican principalmente a la consultoría de negocio y tecnología.

CUARTO. Las funciones que el actor desempeñaba en GLOKAL eran las propias de su categoría profesional de director general y además asumía tareas gerenciales. Una vez incorporado a MGT, sólo realizaba funciones propias de gerente, en concreto, labores comerciales de búsqueda de clientes, selección de clientes y negociación de condiciones y tarifas con los clientes. Las labores de dirección de la unidad productiva de la empresa fueron asumidas por los socios propietarios de MGT. No obstante, Moises, como trabajador de MGT, siguió conservando el cargo nominal de director.

QUINTO.- Debido a la modificación de sus funciones en la empresa, el 8 de septiembre de 2014 el actor interpuso en el SMAC papeleta de conciliación por extinción del contrato por voluntad del trabajador, fundada en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo con menoscabo de la dignidad del trabajador.

SEXTO. El 11 de septiembre de 2014 la empresa demandada la empresa le comunicó al trabajador que extinguía su contrato de trabajo con efectos desde ese mismo día, debido a causas objetivas de carácter organizativo. La causa invocada fue la alteración de los sistemas y métodos de trabajo del personal de la empresa. En el momento de despedirlo, MGT puso a disposición de Moises una indemnización de 20 días de servicio por cada año trabajado.

SÉPTIMO. El 12 de septiembre de 2014 la empresa demandada recibió del SMAC la notificación de la papeleta interpuesta por el trabajador el 8 de septiembre de 2014 y la citación para celebrar el acto de conciliación. No se ha acreditado que la empresa tuviera conocimiento de la papeleta interpuesta antes de extinguir el contrato del trabajador, ni que, antes de despedirlo, conociera por algún medio la intención del trabajador de interponer esta papeleta.

OCTAVO. Tras el despido del trabajador demandante, la empresa ha reestructurado el sistema jerárquico y de trabajo en la unidad productiva de GLOKAL, de manera que, como ya se ha expuesto, las labores de



dirección general y coordinación de los departamentos han sido asumidas por los dos socios propietarios y administradores de MGT (Urbano y Victorio); y las labores gerenciales, comerciales y de relación con clientes han sido asumidos por los gerentes. Se ha suprimido la Dirección Adjunta que existía en GLOKAL a cargo de Socorro y que constituía un puesto de trabajo intermedio entre el director general de GLOKAL, o sea e actor, y los gerentes.

NOVENO. Después de que el contrato laboral de Moises fuera extinguido, MGT contrató a Violeta . No ha quedado acreditado que esta trabajadora desempeñe en MGT un puesto de trabajo con funciones o responsabilidades equivalentes a las que tuviera el actor en GLOKAL primero y después en MGT. La empresa MGT no ha contratado a ningún trabajador para el puesto de Moises .

DÉCIMO. No se ha acreditado que GLOKAL proporcionara al trabajador demandante un coche de empresa y una plaza de aparcamiento en concepto de salario en especie.

UNDÉCIMO. Desde que MGT se convirtiera en empleadora del demandante, le ha abonado un salario diario de 176,70 euros en lugar de los 180,19 euros que recibía en GLOKAL.

DUODÉCIMO. A fecha de esta sentencia, la empresa demandada adeuda al trabajador demandante las siguientes cantidades:

- 386,13 euros en concepto de diferencias salariales de la nómina del mes de abril; - 418,8 (104,7 x 4) euros en concepto de diferencias salariales las cuatro nóminas de los meses de mayo a agosto de 2014. 104,7 euros es el resultado de multiplicar por 30 la diferencia entre el salario diario del actor en GLOKAL (180,19) y el que MGT le pagaba (176,7).

- 1982,09 euros en concepto de los once días de salario del mes de septiembre de 2014 (11 x 180,19).

- 2.702,85 euros en concepto de indemnización por falta de preaviso (15 x 180,19).

- 1.086,55 euros en concepto de liquidación por vacaciones devengadas y no disfrutadas (6,03 x 180,19).

El total de lo debido asciende a 6576,42 euros. No consta que la empresa haya satisfecho estas cantidades al trabajador.

DECIMOTERCERO.- El demandante no ha ostentado la condición de representante legal ni sindical de los trabajadores.

DECIMOCUARTO. La parte actora interpuso en el SMAC papeleta de conciliación por extinción del contrato por voluntad del trabajador el 8-9-2014; papeleta de impugnación de despido nulo y subsidiariamente improcedente el 19-9-2014; papeleta de reclamación de cantidad el 7-10-2014. Ha sido intentada la conciliación de todas ellas con resultado de sin efecto."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, las respectivas representaciones letradas de D. Moises y de la empresa Management & Global Technologies Consulting, S.L. formularon recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 30 de junio de 2016 , en la que consta el siguiente fallo:

1º.- Estimar en parte el recurso de suplicación formulado por la representación letrada de D. Moises frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid, de fecha trece de noviembre de dos mil quince y el auto que la aclara de fecha 24-11-2015, y con revocación en parte de la sentencia de instancia debemos declarar y declaramos la improcedencia del despido del demandante y así su derecho a que la indemnización acordada en la instancia lo sea hasta la fecha de la presente sentencia, manteniendo los restantes pronunciamientos de aquella resolución.

2º.- Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa MANAGEMENT & GLOBAL TECHNOLOGIES CONSULTING S.L. contra la mencionada sentencia de instancia y el auto que la aclara.

3º.- Se condena en costas a la parte demandada que deberá abonar al Sr. Letrado impugnante del recurso, en concepto de honorarios, la cantidad de 400 euros.

4º.- Dese el destino legal a la consignación y depósitos constituidos una vez se afirme la presente resolución."

Con fecha 28 de julio de 2016, se dictó auto de aclaración de la anterior sentencia, en el que se acuerda:

"Estimar el recurso de aclaración interpuesto por la representación letrada de la mercantil MANAGEMENT & GLOBAL TECHNOLOGIES CONSULTING S.L. y completar el fallo de la sentencia dictada el 30.06.2016 en el sentido de introducir la expresión: "que asciende a la cantidad de 35.046,95 euros.""



CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la representación letrada de Management & Global Technologies Consulting, S.L 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 la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Granada, de fecha 16 de julio de 2015, rec. suplicación 1191/2015 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que procede la estimación del presente recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 9 de octubre de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de junio de 2016 (Rec. 268/2016), que estimó el recurso de suplicación del trabajador y desestimó el de la empresa declarando el despido improcedente con derecho a la indemnización acordada en la instancia lo sea hasta la fecha de la misma sentencia.

Consta acreditado que el actor ostentaba la categoría de director general en la empresa GLOKAL que, declarada en concurso de acreedores, fue adquirida por la empresa MGT. Sus funciones en la primera empresa eran las propias de director general a las que se unían tareas de gerencia. Tras la subrogación, en abril de 2014, el trabajador únicamente realizaba tareas propias de gerencia, pues las labores de dirección fueron asumidas por los socios propietarios de la empresa. El 8 septiembre de 2014 el actor interpone papeleta de conciliación por extinción del contrato por voluntad del trabajador debido a la modificación de sus funciones en la empresa, fundada en una modificación sustancial de condiciones de trabajo con menoscabo de su dignidad. El 11 de septiembre de 2014 la empresa demandada comunica al trabajador su despido por causas objetivas de carácter organizativo y puso a su disposición la indemnización de 20 días de servicio por año trabajado. Al día siguiente recibió la notificación de la papeleta de conciliación. No se ha acreditado que la empresa tuviera conocimiento de la interposición de dicha papeleta antes de extinguir el contrato del trabajador ni que conociera de la intención del trabajador al respecto. Tras el despido, la empresa ha reestructurado el sistema jerárquico y de trabajo de la unidad productiva de GLOKAL. La dirección la han asumido los socios de MGT y las tareas de gerencia los gerentes. Se ha suprimido el cargo de dirección adjunto que era un puesto intermedio entre el director general de GLOKAL, esto es, el actor, y los gerentes. Aunque se contrató con posterioridad a una trabajadora, no ha quedado acreditado que ésta desempeñe funciones equivalentes a las del actor. Los hechos hacen referencia a las cantidades adeudadas por MGT al trabajador y a las tres papeletas de conciliación interpuestas por éste, el 8 de septiembre de 2014, sobre extinción de la relación laboral, el 19 de septiembre siguiente contra el despido y el 7 de octubre siguiente en reclamación de cantidad.

2.- La sentencia de instancia declaró resuelto el contrato del trabajador por incumplimiento grave de la empleadora, condenando a satisfacer la indemnización correspondiente hasta el 11 de septiembre de 2014 (24.032, 41 euros), pues declaró igualmente la procedencia del despido del trabajador producida en dicha fecha y estimó parcialmente la demanda en reclamación de cantidad.

3.- La Sala de suplicación parte del artículo 32 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y considera, en lo que a efectos casacionales interesa, que existe conexión entre la demanda de extinción del trabajador y el despido. Señala que concurren las causas para declarar extinguida la relación laboral del trabajador conforme a lo previsto en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y respecto del despido, indica que el mismo es improcedente, con base en los siguientes razonamientos: En abril de 2014 concurrió una modificación sustancial y fue en aquel momento en el que el empleador pudo invocar la concurrencia de las causas organizativas para proceder a la modificación, pero no lo hizo, de manera que el despido posterior ha de calificarse de improcedente. Interpreta la sala que la modificación operada por la vía de hecho no puede convalidar la decisión de despido objetivo llevada a cabo por el empleador con sustento en la misma causa organizativa que precisamente debió haber sido el presupuesto o base de la modificación sustancial de condiciones de trabajo del demandante. Y, como se ha anticipado, declara la improcedencia del despido y el derecho del trabajador a la indemnización por despido improcedente calculado a la fecha de la propia sentencia de suplicación.

SEGUNDO.- 1.- Contra la referida sentencia interpone recurso de casación para la unificación de doctrina la empresa MANAGEMENT & GLOBAL TECHNOLOGIES CONSULTING S.L., que designa como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de 16 de julio de 2015 (Rec. 1191/2015), que desestimó el recurso del trabajador y confirmó la de instancia que estimó parcialmente las demandas acumuladas interpuestas por el actor contra la empresa, de extinción de la



relación laboral a instancias del trabajador y de despido y de cantidad, y declaró la extinción de la relación laboral existente entre los mismos a la fecha de dicha sentencia, condenando a la empresa al abono de una indemnización correspondiente al despido improcedente.

En dicha sentencia el trabajador con antigüedad de 1 de abril de 1997, con la categoría profesional de dependiente, fue despedido por la empresa demandada en fecha 1 de febrero de 2012, con efectos del día 4. Dicho despido se pretendía justificar por la demandada sobre la base de una situación económica negativa, derivada de la disminución de ventas, mantenimiento de gastos fijos y entrada de pérdidas contables que obligaba a una reestructuración de la plantilla. En fecha 29 de junio de 2012 fue declarado improcedente. Por la empresa se optó entonces por la readmisión del trabajador, a partir de entonces el salario se abonó con retraso, a veces, incluso superando el mes. La empresa comunica en febrero de 2013 al trabajador que, con efectos del día 1 de marzo de 2013, se le reduciría el salario, pasando a percibir el salario que le corresponde según el convenio colectivo de aplicación.

Por el Juzgado de lo Social se declaró en sentencia de fecha 13 de enero de 2014 que dicha reducción salarial era injustificada, por no haberse seguido los trámites del artículo 41 del estatuto de los trabajadores, dejándose la misma sin efecto. El trabajador interpuso demanda de fecha 19 de julio de 2013 sobre extinción del contrato a instancias del trabajador por impago de salario. A la fecha de la demanda extintiva la demandada adeudaba al actor cinco mensualidades de salario y dos pagas extraordinarias. A la fecha del posterior despido, se adeudaban también los meses de julio, agosto y septiembre de 2013, la parte proporcional de las pagas extras de septiembre y navidad de dicho año, así como por compensación de vacaciones no disfrutadas. El día 30 de agosto de 2013 la demandada comunica un nuevo despido al trabajador por causas objetivas. La empresa despidió a cuatro trabajadores que conciliaron el despido en las que se avinieron a extinguir su relación laboral y económica, con el abono por la empresa del 60% de la indemnización, remitiendo al trabajador al FOGASA para el cobro del 40% restante. La empresa demandada tenía concedidos aplazamientos para el pago de sus deudas, por la Agencia Tributaria y la TGSS y presentó en el año 2011 una declaración del impuesto de sociedades en la que declaraba pérdidas por importe de 169.068,61 euros y en el año 2012, por importe de 231.188,38 euros.

La sala de suplicación tras un estudio de la jurisprudencia en torno a la acumulación de procesos el artículo 32 de la ley reguladora de la Jurisdicción Social confirma, como se ha dicho, la sentencia de instancia que declaró la extinción de la relación laboral existente entre los mismos a la fecha de dicha sentencia, condenando a la empresa al abono de una indemnización correspondiente al despido improcedente.

2.- Con independencia de algunas diferencias que concurren entre los supuestos comparados, pues en la sentencia de contraste existen dos sentencias previas que declaran la improcedencia de un previo despido y de la reducción de salarios que no tienen lugar en la recurrida, nos encontramos en ambos casos ante supuestos de demandas extintivas por voluntad del trabajador y despidos posteriores por causas objetivas. En ambos casos, además, la demanda extintiva y el despido tienen la misma causa, en la recurrida una modificación de funciones- causa organizativa y en la de contraste un retraso en el abono de los salarios- causa económica. Por otra parte, parece, que en ambos casos también, y siguiendo las pautas que la sentencia de contraste marca para proceder a la interpretación del artículo 32 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la causa del despido es posterior a la causa de la demanda extintiva. Y, por último, en ambos casos se declara procedente dicha demanda extintiva y se declara improcedente el despido. Pues bien, ante la identidad de las situaciones, la sentencia recurrida considera que el trabajador tiene derecho a la indemnización por despido improcedente calculado hasta la fecha de la sentencia de suplicación, mientras la de contraste entiende que la indemnización ha de calcularse hasta la sentencia de instancia que estimó la demanda de extinción de la relación laboral. En consecuencia, ha de estimarse con concurren los requisitos exigidos por el art. 219 LRJS.

TERCERO.- 1.- Denuncia el recurrente la infracción del art. 50 del ET, en relación con el art. 32 de la LRJS. Argumenta el recurrente que con independencia de que los hechos que motivan el despido sean previos o posteriores a la demanda de extinción, "si la demanda de extinción prospera, y el despido es declarado improcedente, procedería la indemnización calculada a la fecha de la sentencia de extinción", pero en ningún caso a la fecha de la declaración de improcedencia del despido.

Conforme al art. 32 de la LRJS, relativo a la acumulación de procesos relativos a la extinción del contrato de trabajo:

"1. Cuando el trabajador formule por separado demandas por alguna de las causas previstas en el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y por despido, la demanda que se promueva posteriormente se acumulará a la primera de oficio o a petición de cualquiera de las partes, debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio. A estos efectos, el trabajador deberá hacer constar en la segunda demanda la pendencia del primer proceso y el juzgado que conoce del asunto.



En este supuesto, cuando las acciones ejercitadas están fundadas en las mismas causas o en una misma situación de conflicto, la sentencia deberá analizar conjuntamente ambas acciones y las conductas subyacentes, dando respuesta en primer lugar a la acción que considere que está en la base de la situación de conflicto y resolviendo después la segunda, con los pronunciamientos indemnizatorios que procedan. Si las causas de una u otra acción son independientes, la sentencia debe dar prioridad al análisis y resolución de la acción que haya nacido antes, atendido el hecho constitutivo de la misma, si bien su estimación no impedirá el examen, y decisión en su caso, de la otra acción.(...)".

Analizando una cuestión similar, señala nuestra STS/IV de 21 de septiembre de 2016 (rcud. 221/2015)

"A) En nuestra sentencia de 27 de febrero de 2012 , y concretamente en los fundamentos tercero y cuarto de la misma, razonábamos así : *"TERCERO.-En efecto, la acumulación de ambas acciones prevista en el art. 32 de la LPL , como señaló nuestra sentencia de 23 de diciembre de 1996 (rcud 2205/96) , tiene, entre otras, la finalidad de evitar actuaciones que persigan, bien por parte del trabajador eludir a través del ejercicio de la acción resolutoria las consecuencias de un despido que se prevé inminente, o bien por parte de la empresa buscar la enervación de la posible acción resolutoria mediante una rápida decisión de despido. Nuestras sentencias de 25 de enero de 2007 (rcud 2851/05) , dictada en Sala General, y la posterior de 10 de julio de 2007 (rcud 604/06) señalan que dicho precepto "obliga no sólo a acumular, sino también a debatir las dos demandas y a resolverlas, para evitar tener que reproducir un nuevo pleito que chocaría con la previsión de acumulación del precepto, si se resolviera solo la primera y el signo del recurso fuera contrario a la decisión de instancia". Pero comoquiera que el precepto procesal deja sin concretar cual de las dos acciones ejercitadas, la resolutoria o la de despido, debe resolverse primero así como la incidencia que sobre la segunda acción produzca lo resuelto sobre la primera, es necesario establecer pautas o criterios generales de carácter orientativo, pues, como ya advirtió nuestra citada sentencia de 23 de diciembre de 1996 , "la interpretación teleológica del citado art. 32 de la Ley de Procedimiento Laboral dificulta en extremo acudir a reglas dogmáticas y aporísticas que fijen criterios sobre cual de ambas acciones, -la resolutoria o la impugnatoria del despido- ha de obtener primera respuesta*

Tales criterios de resolución deben ser diferentes, distinguiendo los supuestos en que las causas de las dos acciones sean las mismas de aquellos otros en que el incumplimiento empresarial alegado para fundar la voluntad resolutoria del trabajador nada tenga que ver con la falta que se impute a éste en la carta de despido, es decir, cuando las causas de una y otra acción sean independientes.

Cuando las dos acciones que se ejercitan están fundadas en las mismas causas o en una misma situación de conflicto, la sentencia antes citada de 23-12-96 estableció que la sentencia de instancia debe analizar conjuntamente ambas acciones y las conductas subyacentes; pero que ello no excluye, como precisa el artículo 106.1 LPL , que deban quedar indemnes las garantías que, respecto a alegaciones, prueba y conclusiones, se hallan establecidas para el proceso de despido; ni quiere decir que haya de decidirse las dos acciones a la vez, sino que la sentencia debe dar repuesta en primer lugar a la que acción que considere que está en la base de la situación del conflicto y luego habrá de pronunciarse también sobre la segunda acción y emitir el pronunciamiento correspondiente para determinar las indemnizaciones, en caso de que éstas procedan.

Por el contrario, cuando las causas de una y otra acción son independientes, esta Sala IV consideró, en la ya comentada sentencia de 23-12-96 , que era posible el análisis autónomo de una y otra conducta y, por tanto, la fijación del orden a seguir en la respuesta a las indicadas acciones. Y señaló que, normalmente, ello conduciría a resolver en primer término la acción resolutoria, en tanto que ejercida con anterioridad a que se hubiera producido el despido, y luego la acción de despido, produciendo consecuencias el eventual éxito de la primera, en la condena que se impusiera de ser también acogida la segunda.

Aquella sentencia optó por tanto, como destacó la de Sala General de 25 de enero de 2007 (rcud. 2851/2005) , por el criterio cronológico procesal no excluyente, que, como vemos, no prescinde de la doble solución. Matizó con ello el criterio de las sentencias de 4-2-1986 y 30-4-1990 citadas por la sentencia referencial que parecían apuntar al criterio cronológico procesal excluyente.

CUARTO.- Sin embargo, como dice nuestra sentencia de 27 de noviembre de 2008 (rcud 3399/07) , al resumir las matizaciones jurisprudenciales hechas por esta Sala respecto de los indicados criterios generales a seguir, señala: "la sentencia de 23-12-96 ha sido rectificada a su vez, por las mas recientes antes citadas, de 25 de enero de 2007, (rcud. 2851/2005) y 10 de julio de 2007 (rcud. 604/2006) que han establecido un criterio general distinto cuando se está en presencia de "causas independientes una de otra", que era lo que ocurría en los casos que ambas examinaron. En tales casos, no debe aplicarse el criterio cronológico procesal no excluyente del que habló la sentencia de 23-12-96 , sino que a la hora de resolver que acción debe decidirse antes, hay que seguir un criterio cronológico sustantivo no excluyente, que de prioridad al análisis y resolución de la acción que haya nacido antes, atendiendo al hecho constitutivo de la misma, si bien su éxito no impedirá el examen, y decisión en su caso, de la otra acción. Con ello se evitan decisiones procesales de la parte demandante tendentes, mediante el simple



mecanismo de dilatar breves días la reacción frente al despido, a dar prioridad a la acción de extinción por el mero hecho de ejercitarla antes". Y añade: " Conviene señalar, para despejar toda posible duda, que ese criterio general cronológico sustantivo no excluyente, es el que aplicó la sentencia de 25 de enero de 2.007 . Es cierto, no obstante, que al darse entonces la circunstancia de que la acción de extinción contractual, además de asentarse en una causa anterior a la del despido, había sido también ejercitada con anterioridad a la acción de despido, la sentencia alude en primer lugar a "que la acción resolutoria se presentó primero" con lo que pudiera entenderse, desde una lectura aislada de dicha frase, que se estaba dando prioridad a esa circunstancia. Pero que no es así lo demuestra que la sentencia aplicó el criterio cronológico sustantivo al ratificar la decisión judicial de examinar en primer lugar la acción de resolución de contrato, que era la que, en aquel caso, había nacido antes. Y razonó luego, confirmando con ello que es siempre necesario un pronunciamiento sobre las dos acciones, que como quiera que la acción de extinción produce efectos ex nunc (es decir, es declarativa y produce efectos solo desde la fecha de la sentencia que la estima) los demandantes además del derecho a percibir la indemnización prevista en la Ley, y dado el perjuicio sufrido por culpa del empresario que les había impedido continuar trabajando como consecuencia del despido declarado en la sentencia improcedente, tenían derecho también a que se les reparase aquel perjuicio, mediante la condena al pago de salarios de tramitación, desde la fecha del despido hasta la de la sentencia de instancia.

Ese mismo criterio fue también el expresamente aplicado en la posterior sentencia de 10 de julio de 2007 (rcud. 604/2006) al resolver un supuesto en que también las causas de las acciones ejercitadas eran distintas e independientes; aunque luego aludiera en el último párrafo de su fundamento jurídico segundo, sin duda por error de redacción, a la "acción formulada" cuando quiso decir, sin duda alguna, "acción nacida", como se desprende claramente de lo razonado en los anteriores párrafos del mismo fundamento jurídico".

B) En el presente caso no hay duda de que se trata de acciones fundadas en una misma situación de conflicto, puesto que la acción resolutoria de los trabajadores se formula con base en la alegación de incumplimientos en el pago de los salarios y el despido objetivo acordado por la empresa se fundamenta en sus dificultades económicas. Ahora bien, yerra la sentencia recurrida cuando, tras señalar que los retrasos en el abono de los salarios y pagas extras derivan sin duda de la situación económica negativa de la empresa, y establecer como conclusión de ello que las acciones de extinción contractual y de despido están estrechamente vinculadas, declarando la procedencia del despido por la situación económica de la empresa, niega la legitimidad de la acción de extinción contractual instada por los trabajadores, porque dicha acción fue formulada después de que la empresa les hubiera notificado su intención de iniciar un procedimiento de despido colectivo el día 11-10-2013, con la finalidad -dice- de conseguir una mayor indemnización que la que les correspondería por el despido objetivo.

Ahora bien, lo cierto es, sin embargo, y en primer lugar, que -como ya hemos señalado- las papeletas de conciliación instando la extinción contractual se presentaron no después sino antes de la comunicación empresarial de la iniciación de un procedimiento de despido colectivo, concretamente, las papeletas se presentaron el día 8 de octubre y la iniciación del procedimiento de despido se produjo el día 11 de octubre, tres días después. Pero, es que además, y en cualquier caso, "La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado", es una causa que, de concurrir, legitima al trabajador para solicitar la extinción del contrato, conforme dispone el artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores , sin que el precepto establezca ningún otro requisito o condición con respecto a la situación empresarial, razón ésta por lo que la Sala, a partir de la sentencia de 24/03/1992 (rcud 413/1991) viene adoptando, en interpretación de dicha causa, una palmaria línea objetiva.

Así, en esta línea interpretativa, la sentencia de 19 de enero de 2015 (rcud. 569/2014) , tras recordar que "En diversas ocasiones hemos advertido que para determinar la gravedad del incumplimiento, debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario, partiendo de un criterio objetivo independiente de la culpabilidad de la empresa (continuación y persistencia en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado). En tal sentido, por ejemplo, pueden verse las SSTs de 24 de septiembre de 2013 (rec. 3850/2011) ; 2 diciembre 2013 (rec. 846/2013) ; 3 diciembre 2013 (rec. 141/2013) y 5 diciembre 2013 (rec. 141/2013) , donde se explica el abandono del criterios culpabilista sostenido en alguna ocasión" , "sin que pueda hacerse valer en contra la aquiescencia del trabajador por el largo tiempo transcurrido sin reclamar. Por ejemplo, véanse las SSTs de 10 de junio 2009 (rec. 246/2008) ; 16 julio 2013 (rec. 2275/2012) ; 19 noviembre 2013 (rec. 2800/2012) y 3 diciembre 2013 (rec. 540/2013)", concluye en que, "De este modo, 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".

Es precisamente esta interpretación objetiva, la que ha llevado a esta Sala, entre otras en las sentencias de 5 de abril de 2001 (rcud. 2194/2000) y de 3 de diciembre de 2012 (rcud. 612/2012), a señalar *"que la situación de dificultades económicas apreciada en la tramitación de un ERE o de la situación de concurso posterior a la presentación de las demandas de resolución de los contratos [...] no es óbice para el planteamiento de la correspondiente demanda para el ejercicio de las acciones resolutorias".(...)*".

La sentencia afirma que la declaración de procedencia del despido no enerva la acción de extinción contractual por la falta de pago o retraso continuados en el abono del salario pactado, cuando concurre el requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial, en un supuesto en que ante inminente despido objetivo que tuvo lugar el 19/11/2013, cuatro días antes insta acción de extinción del art. 50 ET .

En el presente caso, el Juzgado de lo Social resolvió en primer lugar la demanda extintiva, y declaró resuelto el contrato en su sentencia de 13/11/2015 , procediendo posteriormente en la misma sentencia a resolver acerca del despido que se declara procedente, y es la Sala de suplicación la que estimando en parte el recurso del trabajador declara la improcedencia del despido en sentencia de 30/06/2016 .

Entiende la Sala, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, que la buena doctrina se contiene en la sentencia de contraste, que señala que la indemnización habrá de calcularse partiendo de la fecha de la sentencia que declara la extinción, en base no solo a lo dispuesto en el art. 32 LRJS , sino de la propia doctrina de esta Sala IV/ TS, con cita entre otras de la de fecha 21 de septiembre de 2016 (rcud. 221/2015) -en lo sustancial reproducida con anterioridad- y que analiza un supuesto similar al presente. Así lo entendió la sentencia de instancia, al señalar que declarado el despido procedente, la indemnización que en virtud del art. 50.2 ET corresponde al trabajador debe ser limitada al día 11 de septiembre de 2014, día en que el mismo fue despedido, fijando la indemnización, según Auto aclaratorio de 24 de noviembre de 2015, en 24.032, 41 euros, puesto que la extinción produce efectos *ex nunc* y la sentencia recurrida confirmó el pronunciamiento extintivo de instancia.

No comparte pues la Sala, como queda dicho, la solución dada por la sentencia recurrida en tanto que calcula el importe de la indemnización partiendo de la fecha en que por primera vez se declara la improcedencia del despido, por no ser acorde a lo dispuesto en el art. 56.1. ET referido al momento del cese efectuado en el trabajo.

Existiendo una extinción vía art. 50 ET , el momento final del cálculo lo determina la sentencia que estima tal pretensión.

Limitado el recurso a combatir la indemnización fijada en la sentencia recurrida, el recurso ha de estimarse, revocando en parte la sentencia recurrida en este único extremo, y resolviendo el debate en suplicación, desestimar en parte el recurso de tal naturaleza formulado por el trabajador, manteniendo la indemnización fijada por la sentencia de instancia de 24.032, 41 euros.

CUARTO.- Por cuanto precede, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa Management & Global Technologies Consulting SL, revocando en parte la sentencia recurrida en este único extremo, y resolviendo el debate en suplicación, desestimar en parte el recurso de tal naturaleza formulado por el trabajador, manteniendo la indemnización fijada por la sentencia de instancia de 24.032, 41 euros, manteniendo los restantes pronunciamientos. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS , no procede la condena en costas ni en esta alzada ni en suplicación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Management & Global Technologies Consulting SL y, en consecuencia, casamos y anulamos en parte la sentencia dictada el 30 de junio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 268/2016 , y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimamos en parte el recurso de dicha clase interpuesto por D. Moises , contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid de fecha 13 de noviembre de 2015 (autos 1206/2014), en el único extremo de mantener la indemnización fijada por la sentencia de instancia de 24.032, 41 euros, confirmando los restantes pronunciamientos que contiene la sentencia recurrida.



2º.- Sin costas en esta alzada ni en suplicación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ