



Roj: **STS 6656/2013 - ECLI:ES:TS:2013:6656**

Id Cendoj: **28079140012013100952**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2013**

Nº de Recurso: **2071/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 15114/2012,**
STS 6656/2013

SENTENCIA

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Luis Olalla Gajete, en nombre y representación de D. Hermenegildo , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de fecha 31 de mayo de 2012 dictada en el recurso de suplicación número 622/12 formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Málaga de fecha 8 de noviembre de 2011 , dictada en virtud de demanda formulada por D. Hermenegildo frente a la empresa Transhotel Palmeras, **S.A.** sobre extinción de contrato.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido la empresa Transhotel Palmeras, **S.A.** representado por el letrado D. Antonio Muñoz Perea.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de noviembre de 2011, el Juzgado de lo Social número 1 de Málaga, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos estimar la demanda interpuesta por el actor contra la empresa "TRANSHOTEL PALMERAS, **S.A.**, declarar extinguida la relación laboral que unía al actor con la empresa y condenar a ésta al pago de 94.789 euros".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: El actor ha prestado servicios para la empresa demandada con antigüedad de 1.7.74, categoría profesional de jefe de partida y un salario diario, incluida prorata de pagas extraordinarias, de 2.257,17 euros. SEGUNDO: En la fecha de presentación de la demanda se adeudaban los meses de Julio, Agosto y Paga Extra de Verano, nóminas que fueron abonadas, junto con Septiembre en Octubre. TERCERO: Las fechas de los ingresos de las nóminas constan en los extractos bancarios y órdenes de transferencia que constan unidas a los autos y damos por reproducidas. CUARTO: El trabajador fue objeto de despido objetivo con efectos de 20.12.10, que fue declarado improcedente por sentencia de 3.5.11 . En cumplimiento de la sentencia el trabajador fue readmitido el 6 de julio. QUINTO: El actor está de baja desde el 11.7.11. SEXTO: El 22.9.11 se llegó a un Acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores que consta unida a los autos y damos por reproducido. SÉPTIMO: Se ha celebrado acto de conciliación sin avenencia entre las partes".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la empresa TRANSHOTEL PALMERAS, **S.A.**, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga sentencia con fecha 1 de mayo de 2012 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "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 uno de Málaga de fecha 8 de noviembre de 2011, recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por D. Hermenegildo 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".

CUARTO.- El letrado D. Luis Olalla Gajete, en nombre y representación de D. Hermenegildo, mediante escrito presentado el 4 de julio de 2012, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 22 de diciembre de 2008 (recurso nº 294/08).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la procedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de julio de 2013, por providencia de la misma fecha fue suspendido por necesidades del servicio y señalándose de nuevo para el 28 de noviembre de 2013, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que debemos resolver es si concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia, en aplicación del artículo 50.1,b) del ET, para estimar la demanda de extinción del contrato realizada por el trabajador demandante y ahora recurrente. De acuerdo con los hechos probados de la sentencia de instancia confirmados por la sentencia recurrida, que es del TSJ de Andalucía (Málaga), de fecha 31/5/2012, la empresa demandada, TRANSHOTEL, adeudaba al trabajador, en el momento de presentar éste la demanda (6 de septiembre de 2011), los meses de Julio, Agosto y Paga Extra de Verano; pero se añade que "las fechas de los ingresos de las nóminas constan en los extractos bancarios y órdenes de transferencia que constan unidas a los autos y damos por reproducidas". Pues bien, del cotejo de estos documentos bancarios resulta que los retrasos en el pago se remontan al menos hasta el año 2009 y que, como afirmaba la sentencia de instancia en su FD Primero "desde la nómina de enero de 2010 se están produciendo retrasos de más de un mes en el abono de las mismas, en once meses", como efectivamente consta en los citados documentos bancarios. Se debe añadir que también consta en los hechos probados que el trabajador fue objeto de un despido objetivo el 20/10/2010, que fue declarado improcedente por sentencia de 3/5/2011; y que inmediatamente después, tras pagar con retraso mayo y junio de 2011, se dejaron de abonar julio, agosto y paga extra de verano, que no fueron pagadas hasta octubre de 2011 después de presentada la demanda de extinción por el trabajador. Por todos estos retrasos continuados la sentencia de instancia estimó la demanda. Pero, recurrida en suplicación por la empresa, la sentencia citada del TSJ la revocó, argumentando -en su FD Quinto- que "en la fecha de presentación de la demanda se adeudaban los meses de Julio, Agosto y Paga Extra de Verano, nóminas que fueron abonadas, junto con Septiembre, en Octubre" y que -sin hacer mención a los anteriores y continuados retrasos - "tales impagos no revisten la gravedad e importancia exigida", añadiendo que "la alegada y constatada falta y retrasos de pago de salarios aparecen suficientemente justificadas por tales circunstancias de situación anómala de la empresa y por el acuerdo al que llegaron en 22/9/2011 entre la empresa y la representación de los trabajadores". En dicho Acuerdo -que es de fecha posterior a la de la presentación de la demanda de extinción por el trabajador- se alude, en efecto, a la mala situación económica de la empresa y, para hacerle frente, se acuerdan determinadas medidas: transformación de contratos fijos ordinarios en fijos discontinuos de nueve meses, bajas incentivadas de trabajadores y prejubilaciones de 5 trabajadores; pero no hay mención alguna a aceptar los trabajadores el pago con retraso de los salarios.

SEGUNDO.- El trabajador ha formalizado recurso de casación para la unificación de doctrina aportando como sentencia contradictoria la de esta Sala Cuarta del TS de 22/12/2008 (RCUD 294/2008). Procede comprobar si concurren los requisitos de igualdad sustancial en los hechos, pretensiones y fundamentos exigidos por el artículo 219.1 de la LRJS para la procedibilidad de este recurso. Y, efectivamente, tal como afirma el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, así es. Se trata de un trabajador que pretende la extinción de su contrato al amparo del artículo 50.1,b) del ET (misma pretensión y mismo fundamento, pues), por hechos sustancialmente iguales: retraso sistemático en el pago de los salarios desde diciembre de 2004 hasta el 30 de enero de 2007, siendo "el promedio de retrasos en ese tiempo de 11,20 días, aunque normalmente el pago del salario se llevaba a cabo en torno al día 12 del mes siguiente" (como observa el FD Primero de la sentencia citada): es decir, unos retrasos inferiores al de caso de autos, lo que refuerza la contradicción; el día del juicio ya no se adeudaba ninguna cantidad, lo que coincide con el caso de autos; la empresa también pasaba dificultades económicas, hasta el punto de que estaba en concurso de acreedores, circunstancia ésta que no se da en el caso de autos, lo que de nuevo refuerza la contradicción; y, en fin, también había llegado la empresa a un acuerdo con los trabajadores pero en dicho acuerdo se incluyó "abonar con retraso los salarios,



debido a la situación de concurso, pacto que se comunicó al demandante a través de su madre" (porque el demandante estaba de baja por enfermedad), lo que no ocurre en el caso de autos, diferencia que, de nuevo, hace que la contradicción se produzca *a fortiori*, habida cuenta de que la sentencia de contraste, revocando la de suplicación, estima la demanda del trabajador y declara resuelto el contrato de trabajo que le unía a la demandada, con la indemnización legalmente establecida. Se cumplen pues los requisitos exigidos por el art. 219 LRJS .

TERCERO.- Entrando, pues, en el fondo del asunto, es claro que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste que, en definitiva, no hace sino aplicar doctrina muy consolidada de esta Sala Cuarta a partir de la STS de 24/3/1992 (RCUD 413/1991) según la cual, tras rectificar doctrina más antigua, se afirma que el criterio para apreciar la gravedad del incumplimiento del deber de abonar puntualmente los salarios (art. 4.2,f del ET) es de naturaleza objetiva, al margen de cualquier elemento de culpabilidad subjetiva del empresario incumplidor. Y así, dice la sentencia de contraste: *"la extinción del contrato por la causa del artículo 50 no se produce por el dato de que el incumplimiento empresarial sea culpable, sino que la culpabilidad no es requisito para generarlo", precisándose que "si el empresario puede amparar sus dificultades económicas, a efectos de la suspensión o de la extinción del contrato de toda o de parte de su plantilla, en el seguimiento del expediente administrativo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , no puede eludir el deber principal que le incumbe [pagar puntualmente los salarios] con base en la difícil situación económica por la que atraviesa". De ahí se concluye que "es indiferente dentro del artículo 50, que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial". Este criterio ha sido reiterado en las sentencias posteriores de 29 de diciembre de 1.994 (recurso 1169/94), 25 de noviembre de 1.995 (recurso 756/1995) – aunque en este caso el retraso de tres meses no tenía gravedad y continuidad suficientes para la extinción–, 28 de septiembre de 1.998 (recurso 930/1998) y 25 de enero de 1999 (recurso 4275/1997), especificándose en esta última que para determinar tal «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 «ex» artículos 4.2 f) y 29.1 del Estatuto de los Trabajadores , 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)". La sentencia de 5 de abril de 2001 señala incluso que ni siquiera la iniciación por la empresa de un expediente de regulación de empleo es susceptible de enervar la acción resolutoria fundada en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores , argumentado que ninguna previsión existe en este sentido en nuestro ordenamiento y que confiere esta acción sin ninguna limitación" .*

Y añade la sentencia de contraste: *" Siguiendo entonces esa doctrina jurisprudencial y aplicándola al caso de autos 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 " . Ni que decir tiene que, por las razones antes expuestas -al resaltar los elementos a *fortiori* de la contradicción- en el caso de autos concurren esos factores de gravedad objetiva en mayor medida aún que en la sentencia de contraste.*

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 interpuesto por D. Luis Olalla Gajete, en nombre y representación de D. Hermenegildo , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de fecha 31 de mayo de 2012 dictada en el recurso de suplicación número 622/12 formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Málaga de fecha 8 de noviembre de 2011 , dictada en virtud de demanda formulada por D. Hermenegildo frente a la empresa Transhotel Palmeras, **S.A.** sobre extinción de contrato. Revocamos la sentencia recurrida y, resolviendo en suplicación, estimamos la demanda. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga ,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. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.