



Roj: **STS 4034/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4034**

Id Cendoj: **28079140012023100607**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2023**

Nº de Recurso: **3715/2022**

Nº de Resolución: **719/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3715/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 719/2023

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D.ª María Luz García Paredes

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 4 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Gustavo Tarajano Mesa, en nombre y representación de D. Cristobal , contra la sentencia dictada el 28 de abril de 2022 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de suplicación núm. 239/2022, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 11 de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 28 de octubre de 2021, recaída en autos núm. 616/2021, seguidos a su instancia contra Petrecan, S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, sobre resolución de contrato y cantidad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de octubre de 2021 el Juzgado de lo Social núm. 11 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" **1º.-** El actor viene prestando sus servicios por cuenta ajena y bajo la dependencia de la empresa demandada, dedicada a la actividad CONSTRUCCIÓN, con una antigüedad de 21/08/2012, con categoría profesional de Oficial 1ª, un salario diario bruto prorrateado de 101,25 € euros, habiendo trabajado ininterrumpidamente para la demandada desde la fecha indicada, suscribiendo contrato indefinido a tiempo completo y jornada de trabajo de 40 horas semanales, y teniendo su centro de trabajo en Barranco de Fataga, s/n, San Bartolomé de Tirajana (isla de Gran Canaria). El actor percibe sus emolumentos económicos mediante transferencia bancaria, en los cinco primeros días del mes siguiente a cada mes vencido. (no controvertido)



2º.- La demandada, ha venido abonando al actor el salario con los siguientes retrasos desde la mensualidad de diciembre de 2019: Mensualidad de diciembre 2019 se le abona el 06/01/2020 Mensualidad de enero de 2020 se le abona el 06/02/2020 Mensualidad de febrero de 2020 se le abona el 06/04/2020 Mensualidad de marzo de 2020 se le abona el 07/04/2020 Mensualidad de abril de 2020 se le abona el 06/05/2020 Mensualidad de mayo de 2020 se le abona el 08/06/2020 Mensualidad de junio de 2020 se le abona el 07/07/2020 Mensualidad de julio de 2020 se le abona el 10/08/2020 Mensualidad de agosto de 2020 se le abona el 14/09/2020 Mensualidad de septiembre de 2020 se le abona el 09/10/2020 Mensualidad de octubre de 2020 se le abona el 06/11/2020 Mensualidad de noviembre de 2020 se le abona el 16/12/2020 Mensualidad de diciembre de 2020 se le abona el 05/01/2021 Mensualidad de enero de 2021 se le abona el 12/03/2021 Mensualidad de febrero de 2021 se le abona el 19/04/2021 Mensualidad de marzo 2021, una parte se le abona el 27/04/2021, y la otra, el 03/06/2021 Mensualidad de abril de 2021 se le abona el 07/06/2021.

3º.- La demandada adeuda al actor los siguientes conceptos y cantidades: Mensualidad de mayo de 2021: 4.306,31 euros Mensualidad de junio de 2021: 4.372,60 euros 3 días de julio de 2021: 414,40 euros 1 día de agosto de 2021: 132,25 euros.

4º.- El demandante se encuentra afectado por un ERTE desde el 1 de agosto de 2021.

5º.- El demandante no ha ostentado representación sindical de o de los trabajadores alguna.

6º.- Se agotó la vía previa sin avenencia entre las partes".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D. Cristobal contra PETRECAN, S.L. y FOGASA, debiéndose DESESTIMAR LA PRETENSIÓN DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL, pretensión de la que expresamente se absuelve a la demandada, condenando a la empresa demandada a abonar a la parte actora, la cantidad de 9.225,56 euros brutos en concepto de salario, con el abono del interés por mora, condenando al FOGASA a estar y pasar por tales pronunciamientos".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el actor ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, la cual dictó sentencia en fecha 28 de abril de 2022, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Cristobal frente a la sentencia de fecha 28-10-21, del Juzgado de lo Social nº 11 de esta localidad, que confirmamos. Sin costas".

TERCERO.- Por la representación procesal del actor se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 31 de marzo de 2022 (rec. 39/2022). Entiende la parte que la sentencia impugnada infringe el artículo 50.1.B) del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, y no habiéndose personado las partes recurridas, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado por falta de contradicción.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de octubre de 2023, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver es la de determinar si la empresa ha incurrido en incumplimientos de la obligación del pago puntual de salarios, de tal gravedad que justifiquen la acción de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador al amparo del art. 50 ET.

La sentencia de instancia declara probada la existencia de retrasos continuados y algunos impagos de diferentes mensualidades. Rechaza la acción ejercitada por considerar que no revisten la relevancia necesaria para dar lugar a la extinción indemnizada del contrato.

El recurso de suplicación del trabajador es desestimado en sentencia de la Sala Social del TSJ de Canarias/ Las Palmas de Gran Canaria de 28 de abril de 2022, rec. 239/2022, que confirma la de instancia.

2.- El recurso de casación unificadora del demandante denuncia infracción del art. 50.1.b. ET y de la doctrina jurisprudencial que invoca, para sostener que los retrasos en el pago del salario han sido continuados durante varias anualidades, a lo que se suma que la empresa no ha abonado las dos últimas mensualidades.



Hace valer de contraste la sentencia de la misma Sala Social del TSJ de Canarias/Las Palmas de Gran Canarias de 31 de marzo de 2022, rec. 39/2022.

3.- El Ministerio Fiscal informa en favor de desestimar el recurso por falta de contradicción.

SEGUNDO.1.- Debemos resolver si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS, que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

Lo que sin duda cobra singular relevancia en un supuesto como el presente, en el que se trata de valorar las específicas e individualizadas circunstancias concurrentes en cada caso respecto a los incumplimientos empresariales en el pago del salario.

Tratándose en los dos asuntos de una acción de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador al amparo del art. 50 ET con base en los incumplimientos empresariales en el pago puntual del salario, es evidente que la pretensión ejercitada es exactamente la misma, que los fundamentos en los que se sostienen resultan igualmente idénticos, y lo que debemos por lo tanto analizar a efectos de contradicción es la sustancial identidad en los hechos.

2.- En la recurrida el trabajador viene prestando servicios para la empresa desde agosto de 2012, con la categoría profesional de oficial 1ª de la construcción.

Como es de ver en los antecedentes que transcriben en su integridad los hechos probados del caso, la empresa le viene abonando el salario con retraso de manera continuada e ininterrumpida desde el mes de diciembre de 2019 hasta abril de 2021, durante 17 mensualidades. En 8 ocasiones el pago se produce entre el 6 y el 8 del mes siguiente, en 6 ocasiones en los días 9, 10, 12, 14, 16 o 19, en una se abona fraccionado en dos pagos. Y finalmente, a la fecha del juicio se le adeudan los salarios de mayo y junio de 2021 y algunos días de julio y agosto.

En esas circunstancias la sentencia recurrida considera que los incumplimientos de la empresa no son de gravedad suficiente como para justificar la acción extintiva.

3.- En el asunto de la sentencia referencial se trata de otro trabajador de la misma empresa de igual categoría profesional con antigüedad de 2002, al que, de manera muy similar, se le viene abonando el salario con retraso desde el mes de diciembre de 2018 a enero de 2021, resultando impagados los meses de marzo y abril de 2021 y 25 días de mayo.

Como en la propia sentencia se indica "el abono de los salarios del trabajador es de 3,6 días en un período de 25 mensualidades, de manera que en siete meses se incurrió en un retraso de un día, en seis de dos días, en cuatro de tres días, en tres de cuatro días, en dos de cinco días, siendo los retrasos de mayor importancia una mensualidad en la que se incurrió en nueve días, otra en once días, y la mayor en diecisiete días. Además al tiempo de la interposición de la demanda se adeudaban al trabajador dos mensualidades de salario, deuda que a la fecha del juicio ascendía ya a tres mensualidades más 25 días de salario".

La sentencia explica que se acoge al criterio aplicado en una anterior decisión del Tribunal sobre otro trabajador de la misma empresa que había soportado similares retrasos e impagos del salario, y entiende que el incumplimiento empresarial es lo suficientemente grave como para acoger la acción extintiva.

4.- Los datos de las sentencias en comparación demuestran claramente la manifiesta identidad sustancial de los hechos, y no cabe otra conclusión que apreciar la existencia de contradicción.

En ambos supuestos se trata de trabajadores de la misma empresa, que han sufrido una secuencia muy similar en los retrasos e impagos de salarios en el periodo que se inicia a principios de 2019 y se prolonga ininterrumpidamente hasta los primeros meses de 2021.

Las diferencias en los días de retraso son inapreciables y no desvirtúan la existencia de contradicción.

El Ministerio Fiscal apunta la diferencia que por el contrario existe en las mensualidades impagadas para negar la existencia de contradicción.

Pero aquí tampoco es de apreciar una divergencia tan relevante que permita negar la identidad de ambos supuestos.

En el caso de la recurrida se adeudan al trabajador las mensualidades de mayo y junio de 2021, así como algún día suelto de julio y agosto.

En la referencial los meses de marzo y abril de 2021, y 25 días del mes de mayo de 2021.



Tan nimia diferencia resulta manifiestamente insuficiente para justificar la distinta solución aplicada en cada una de las sentencias en comparación, más si cabe, cuando se trata de trabajadores que prestan servicios para la misma empresa y no concurren por lo tanto otras circunstancias adicionales que pudieren ser valoradas como diferenciales a estos efectos.

TERCERO. 1.- La doctrina de esta Sala IV en la materia es uniforme y reiterada desde antiguo.

Por mencionar alguna de las más recientes, baste invocar la STS 9/2023, de 10 de enero (rcud. 2166/2021) y las que en ellas se citan.

Como allí decimos, "para que prospere la causa resolutoria es necesaria la concurrencia del requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial; y, a efectos de determinar tal gravedad, debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2 f) y 29.1 ET", ponderando el alcance del incumplimiento de acuerdo con criterios de orden temporal (retrasos continuados y persistentes en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado), por lo que "concorre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos" (STS/4ª de 20 mayo -rcud. 1037/2012-, 16 julio -rcud. 2275/2012- y 3 diciembre 2013 -rcud. 540/2013-).

A lo que añadimos que, para la concurrencia de esa causa extintiva debe aplicarse un criterio objetivo en la valoración de la conducta de la empresa, sin que sea preceptiva la culpabilidad en el incumplimiento del empresario, ni pueda entenderse justificado ese incumplimiento por la situación económica que atraviese.

En orden a su ejemplificación se recordaban en aquella sentencia distintos pronunciamientos "que entendieron que concurría causa suficiente para la resolución del contrato con fundamento en el art. 50.1 b) ET en casos de demora en el pago como los siguientes: dilaciones de entre 10 y 15 días durante el periodo de febrero 2003 a diciembre 2007 (STS/4ª de 10 junio 2009 -rcud. 2461/2008-); abono en el mes de febrero de 2008 de parte de las nóminas correspondiente a los tres últimos meses de 2007 (STS/4ª de 9 diciembre 2010 -rcud. 3762/2009-); la demora de entre 18 y 26 días en cinco mensualidades (STS/4ª de 20 mayo 2013 -rcud. 1037/2012-); los retrasos continuados de entre uno y dos meses durante un periodo superior al año (STS/4ª de 19 noviembre 2013 -rcud. 2800/2012-); el retraso que afecta a cinco mensualidades, abonadas con demoras de entre 15 días y tres meses (STS/4ª de 19 diciembre 2019 -rcud. 2915/2017-).

También ha afirmado la Sala que el empleador no tiene la facultad unilateral de modular o condicionar el cumplimiento de la obligación de abono puntual del salario, "ni la reiteración de la insatisfacción de la obligación puede resultar en una modificación de la misma. Una cosa es que la acción de reclamación hubiera podido estar sometida a una eventual prescripción -si la conducta incumplidora no persistía ya en el momento de la demanda- y otra distinta deducir de ella un consentimiento tácito de los trabajadores respecto al percibo de sus salarios con constantes retrasos. La facultad de optar por la tutela que regula el art. 50.1 b) ET no se halla sometida a ninguna otra condición de la reclamación previa del cumplimiento de la obligación de pago del salario (STS/4ª de 10 junio 2009 -rcud. 2461/2008-).

En todo caso, no resulta exigible al trabajador que asuma y se adapte al retraso sólo porque este se reitere en el tiempo de manera previsible.

Finalmente cabe rememorar aquellos pronunciamientos en los que hemos negado que la situación de concurso de la empresa o la acreditación de sus dificultades económicas enerven la acción frente a su incumplimiento. (SSTS/4ª de 3 diciembre 2012 (rcud. 612/2012), 20 mayo 2013 (rcud. 1037/2012) y 3 diciembre 2013 (rcud. 141/2013), relacionadas en la de 10.09.2020).

2.- Conforme a esos criterios, la antedicha sentencia entiende que procede la extinción del contrato por la gravedad de los incumplimientos empresariales, que en aquel caso consisten que durante el período de abril de 2019 a marzo de 2020 el trabajador percibe la retribución con un retraso promedio de 10,5 días, y que el abono del salario de abril de 2019 se efectuó en dos pagos, el 20 de mayo y 31 de mayo de 2019".

En atención a esos datos razona que el empleador no ha cumplido durante un año con el deber esencial de pagar puntualmente el salario, y que finalmente abona de manera fraccionada con un mayor retraso el correspondiente al mes de abril de 2019.

3.- La aplicación a este supuesto de ese mismo parámetro de valoración de la gravedad del incumplimiento empresarial conduce igualmente a acoger la acción resolutoria.

En el presente asunto con mayor motivo si cabe, porque aquí concurren retrasos e impagos de superior relevancia a los que se produjeron en aquel precedente, sin que sea de apreciar ningún elemento de juicio que pudiere atenuar de alguna forma la actuación de la empresa.



Como hemos avanzado, la empleadora ha venido pagando con retraso el salario de manera prolongada y consecutiva desde el mes de diciembre de 2019 hasta abril de 2021, esto es, durante un año y cinco meses, a lo que se suma además el total impago de las mensualidades de mayo y junio de 2021.

Tan prolongado cúmulo de retrasos e impagos supera manifiestamente el canon que hemos aplicado en los precedentes citados con anterioridad, en orden a calificar la gravedad del incumplimiento empresarial.

CUARTO. Conforme a lo razonado y oído el Ministerio Fiscal, debemos estimar el recurso, casar y anular la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación en el sentido de acoger el recurso de tal clase formulado por el demandante, y revocar en parte la sentencia de instancia para estimar en su integridad la demanda. Declarar extinguido el contrato de trabajo y condenar a la empresa al pago de una indemnización de 33 días por año de servicio, en razón de un salario diario de 101,25 €, con una antigüedad de 21 de agosto de 2012 y hasta la fecha de esta sentencia, por cuanto no consta que la relación laboral pudiere haberse extinguido en un momento anterior, de lo que resulta la suma de 37.310,62 euros. Sin costas.

FALLO

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

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Cristobal , contra la sentencia dictada el 28 de abril de 2022 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de suplicación núm. 239/2022, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 11 de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 28 de octubre de 2021, recaída en autos núm. 616/2021, seguidos a su instancia contra Petreacan, S.L. y el Fondo de Garantía Salarial.
2. Casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar el recurso de suplicación formulado por el demandante, declarar extinguido el contrato de trabajo y condenar a la empresa al pago de la indemnización de 37.310, 62 euros. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.