



Roj: **STS 2944/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2944**

Id Cendoj: **28079140012020100700**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/09/2020**

Nº de Recurso: **105/2018**

Nº de Resolución: **753/2020**

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

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 105/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 753/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 10 de septiembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Victoriano y D.^a. Esmeralda, representados y asistidos por el Letrado D. Domingo Organero Vélez, contra la sentencia dictada el 26 de octubre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en el recurso de suplicación nº 1245/2017, interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Toledo en autos núm 1110/2016 (acumulados autos 1111/2016), seguidos a instancia de los ahora recurrentes contra Uniarte S.A. y en el que ha sido parte el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

Ha comparecido como parte recurrida Uniarte S.A., representada y asistida por el Letrado D. Fernando Vizcaíno de Sas.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahún.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de mayo de 2017 el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Toledo dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- D. Victoriano, cuyas demás circunstancias personales constan en la demanda, presta servicios para la empresa Uniarte, S.A. desde el 28 de enero de 2000 y categoría de técnico comercial.



D.^a Esmeralda presta servicios para la mercantil Uniarte, S.A. desde el 1 de octubre de 2003 categoría de adjunta dirección.

La relación laboral se rige por el convenio colectivo provincial de la industria de la madera de Toledo.

SEGUNDO.- A los demandantes, así como al resto de los trabajadores de la mercantil, se les ha venido abonando los salarios, que incluían la prorrata de pagas desde el mes de septiembre de 2013 con los retrasos especificados y desglosados en el hecho tercero de cada una de las demandas. Además:

- La nómina de octubre de 2016 se abonó en dos plazos el 14 de noviembre y el 30 de noviembre de 2016.
- La nómina de noviembre de 2016 se abonó en dos plazos el 15 de diciembre y el 22 de diciembre de 2016.
- La nómina de diciembre de 2016 se abonó en dos plazos el 12 de enero y 24 de enero de 2017.
- La nómina de enero de 2017 se abonó en dos plazos el 30 de enero y 17 de febrero de 2017.
- La nómina de febrero de 2017 se abonó en dos plazos el 28 de febrero y 13 de marzo de 2017.
- La nómina de marzo de 2017 se abonó en dos plazos el 3 de abril y 11 de abril de 2017.
- La nómina de abril de 2017 ha sido abonada a los actores y al resto de los trabajadores el 4 de mayo de 2017 en su totalidad.

TERCERO.- Los demandantes hasta el mes de noviembre de 2016 venían percibiendo comisiones por ventas en las cuantías que figuran en las nóminas como documentos nº 76 a 85 de la parte actora (respecto de Victoriano) y documentos nº 118 a 128 de la parte actora (respecto de Esmeralda).

Con fecha 23 de diciembre de 2016 la empresa remite a los actores burofax (doc. 23 y 24 del ramo de prueba de la demandada los cuales se estiman probados y se dan por reproducidos en aras a la brevedad) en el cual se les comunica que tales comisiones percibidas lo han sido de forma indebida y que desde el mes de diciembre de 2016 se regularizarían los conceptos retributivos en los recibos de salario correspondiente sin incluirse en los mismos las comisiones de ventas que se estiman indebidas.

Tras tal decisión por los demandantes se interpone ante la jurisdicción social demandas en materia de reclamación de derecho y cantidad y en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que se hallan "sub iudice" (doc. 114, 115, 203 y 204 de la parte actora a los cuales nos remitimos).

El salario del Sr. Victoriano en la anualidad de 2016 fue de 46.573,46 euros anuales (3.831,12 euros/mes) y en la anualidad de 2017 de 1.873,02 euros/mes con inclusión de prorrata de pagas extras.

El salario de la Sra. Esmeralda en la anualidad de 2016 fue de 34.714,88 euros (2.832,90 euros/mes). Tal demandante causa baja por enfermedad común en noviembre de 2016 y posteriormente baja por maternidad el 7 de marzo de 2017 siendo la base de cotización de tal baja la de la mensualidad anterior a la misma de 3.247,50 euros/mes.

(doc. 76 a 90 y doc 118 a 137 de la parte actora).

CUARTO.- Con fecha 26 de noviembre de 2009 se dicta auto por el Juzgado de lo Mercantil de Toledo declarando a la empresa demandada en concurso de acreedores. Con fecha 5 de diciembre de 2012 se dicta por tal órgano jurisdiccional sentencia aprobando el convenio de acreedores propuesto por la mercantil concursada. Mediante escrito de 29 de julio de 2016 por la mercantil demandada se realiza al amparo de lo dispuesto en la DT 3^a de la Ley 9/2015 de 25 de mayo propuesta de modificación del convenio. (doc. 11 a 13 de la parte demandada).

QUINTO.- En virtud de acuerdo entre empresa y representación de los trabajadores de 26 de diciembre de 2013 se llevó a cabo en la mercantil en la anualidad de 2014 un expediente de regulación temporal de empleo en los términos contenidos en el acta final del período de consulta (doc. 15 de la parte demandada), con suspensión de los contratos de trabajo de la totalidad de empleados durante un máximo de 352 horas al año. Igualmente en virtud de acuerdo entre empresa y representación de los trabajadores de 18 de diciembre de 2013 (doc. 16 de la parte demandada) se acordó la modificación sustancial de los contratos de trabajo referida a la reducción de salarios de todos los trabajadores de la compañía.

En virtud de acuerdo entre empresa y representación de trabajadores de 1 de diciembre de 2014 se llevó a cabo en la mercantil en la anualidad de 2015 un expediente de regulación temporal de empleo en los términos contenidos en el acta final del período de consulta (doc. 17 de la parte demandada), con suspensión de los contratos de trabajo de la totalidad de empleados durante un máximo de 296 horas al año, acordándose igualmente en la misma fecha la modificación sustancial de las condiciones de contrato con las reducciones salariales que figuran en acta final del período de consultas (doc. 18 de la parte demandada).



Con fecha 28 de diciembre de 2015 igualmente existe acuerdo entre mercantil y representación de los trabajadores para la suspensión del contrato de trabajo de la totalidad de plantilla durante un máximo de 272 horas al año durante la anualidad de 2016 (doc. 19 de la parte demandada), acordándose igualmente para el año 2016 la modificación sustancial en las condiciones de contrato que figura en el acta final de período de consulta de la misma (doc. 20 de la parte demandada).

SEXTO.- Por la representación de los trabajadores, durante el período de tiempo en que los retrasos en el abono de los salarios han tenido lugar, se puso en conocimiento del Sr. Candido, perteneciente a la dirección de la empresa, tal hecho a lo que el Sr. Candido les contestaba que se pagaba cuando se podía.

Con fecha 17 de abril de 2017 tiene lugar entre la dirección de la mercantil y los representantes de los trabajadores reunión en la cual la empresa manifiesta que a partir del mes de abril de 2017 la fecha de pago del salario mensual será como máximo la del día cinco del mes siguiente (doc. 21 de la parte demandada), sin que con anterioridad a tal acuerdo exista acuerdo alguno entre representantes de los trabajadores y empresa sobre los retrasos en el pago de salarios.

SÉPTIMO.- La empresa en el momento actual dispone de una plantilla de más de 200 trabajadores, afectando los retrasos en el pago de los salarios indicado en el hecho probado segundo a la totalidad de los trabajadores de la plantilla, habiendo presentado demanda en materia de resolución de contrato por voluntad del trabajador cinco trabajadores.

OCTAVO.- Se intentó el acto de conciliación ante el SMAC el 14 de diciembre de 2016, en virtud de papeleta presentada el 23 de noviembre de 2016, concluyendo el mismo sin avenencia."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Desestimando la demanda de resolución de contrato por voluntad del trabajador, promovida por D. Victoriano y D^a. Esmeralda, frente a la empresa Uniarte, S.A., con intervención de FOGASA, sobre resolución de contrato, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Victoriano y D^a. Esmeralda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la cual dictó sentencia en fecha 26 de octubre de 2017, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Victoriano y D^a. Esmeralda contra sentencia de 15 de mayo de 2017, dictada en el proceso 1110/2016 del Juzgado de lo Social nº 1 de Toledo, sobre (sic) de contrato de trabajo, siendo recurrida la entidad Uniarte, S.A. y el Fogasa; debemos confirmar y confirmamos la citada sentencia, sin expresa declaración sobre costas procesales."

TERCERO.- Por la representación de D. Victoriano y D^a. Esmeralda se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), los recurrentes proponen como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008, (rcud. 294/2008).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 26 de abril de 2018 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

No habiendo presentado escrito de impugnación la parte recurrida, no obstante haber sido emplazada, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal quien emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de septiembre de 2020, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Los dos trabajadores demandantes se alzan en casación para unificación de doctrina frente a la sentencia de la Sala de lo Social de Castilla-La Mancha que confirma la dictada por el Juzgado de instancia. Ésta última desestimó la demanda de extinción de los contratos de trabajo, presentada el 21 de diciembre de 2016.

Queda acreditado que, desde septiembre de 2013, la empresa venía satisfaciendo los salarios mensuales de los trabajadores con retrasos. Dado que la sentencia de instancia ha utilizado la desaconsejable técnica de remitir a la demanda para declarar probados algunos de los hechos alegados, nos vemos obligados a reproducir aquí el dato fáctico sobre el que gira el núcleo de la controversia litigiosa; que no es sino la valoración



y calificación de esa conducta empresarial de demora en el pago del salario. Así, resulta probado (hecho probado Segundo) que los trabajadores percibieron sus retribuciones mensuales del modo siguiente: a) las de septiembre a diciembre de 2013, con una demora constante de un mes; b) a partir de enero de 2014, el salario mensual se les fue abonando en dos pagos, realizados ambos dentro del mes siguiente a su devengo. Este modo de liquidación se mantuvo hasta el mes marzo de 2017 (incluido); constando, finalmente, que la nómina de abril de 2017 se pagó el día 4 de mayo siguiente.

La empresa fue declarada en concurso en 2009 y vio aprobado el convenio con sus acreedores en 2012 -modificado en 2016- (hecho probado Cuarto). Asimismo, consta que la empresa ha llevado hasta tres expedientes temporales de regulación de empleo y el mismo número de procedimientos de modificación sustancial de condiciones (hecho probado Quinto).

2. La sentencia recurrida considera que la demora no es relevante porque no ha comportado pérdida salarial efectiva y pone de relieve que en el mes de abril de 2017 se alcanzó un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores para fijar la fecha de abono salarial en los primeros cinco días del mes siguiente al devengo. De ello colige no cabe apreciar ni gravedad ni trascendencia en el incumplimiento empresarial.

3. El recurso de los trabajadores señala, como sentencia contradictoria, nuestra STS/4ª de 22 diciembre 2008 (rcud. 294/2008).

En ella dábamos respuesta a la pretensión de resolución del contrato de trabajo formulada por el trabajador con base en la existencia de retrasos continuados en el pago del salario. Se trataba de un supuesto en que los retrasos se habían producido durante dos años, con un promedio de 11,20 días de retraso cada mes. También allí se daba la circunstancia de que la empresa estaba en situación de concurso.

Pese a tales identidades, la sentencia de contraste alcanza una solución completamente opuesta a la que luce en la aquí recurrida y califica la situación de suficientemente grave para constituir la causa de extinción del art. 50 b) del Estatuto de los trabajadores (ET). Se da, por tanto, la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS.

SEGUNDO. - 1. El único motivo del recurso de los trabajadores denuncia la infracción del art. 50.1 b) del Estatuto de los trabajadores (ET), así como de los arts. 4.2, 29.1 y 56 del mismo texto legal.

2. El primero de los preceptos invocados configura, como causa justa para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato, "los retrasos continuados en el pago del salario pactado".

La jurisprudencia de esta Sala IV del Tribunal Supremo ha venido poniendo de relieve que los incumplimientos empresariales que facultan al trabajador para instar la resolución indemnizada del contrato, si bien no necesariamente han de obedecer a una conducta deliberada y culpable de la empresa, sí han de poder ser calificados de graves. Así lo recordábamos en la propia sentencia de contraste, consagrando una tendencia marcada hacia la objetivación de tales incumplimientos.

La referida doctrina jurisprudencial se puede resumir en los siguientes puntos: 1) para la concurrencia de la causa de resolución del art. 50.1 b) ET, no es exigible la culpabilidad en el incumplimiento del empresario; 2) se exige exclusivamente el requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial; y 3) este criterio objetivo de valoración del retraso continuado en el pago de la retribución no es de apreciar cuando el retraso no supera los tres meses (STS/4ª de 9 diciembre 2016 -rcud. 743/2015-).

Por tanto, 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-).

Es, pues, necesario determinar si las circunstancias del caso permiten afirmar esa gravedad, para lo que hemos de partir de los elementos fácticos ya consignados.

3. Una mera comparación entre el presente caso y el que se resolvía en la sentencia referencial sirve para avanzar nuestro criterio en favor de la postura de los recurrentes. En el presente caso, los trabajadores no han percibido su salario de forma puntual desde septiembre de 2013. Ello significa que, en el momento de la interposición de la demanda, los retrasos se habían producido de modo continuado durante más de tres años; situación que, además, se agravó desde enero de 2014 al tener que soportar, no sólo que el salario no les fuera



entregado al finalizar el mes trabajado, sino que ese crédito frente a la empresa les fuera satisfecho de modo parcial, lo que aumentaba la demora del completo percibo de cada mensualidad. Tales circunstancias son, sin duda, de peor diagnóstico que las que concurrían en la sentencia de contraste, por lo que difícilmente podría sostenerse que no estemos ante un incumplimiento grave de la obligación esencial de la empresa, establecida en los arts. 4.2 f) y 29.1 ET ("La liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres").

Esta Sala ha venido apreciando que concurre causa suficiente para la resolución del contrato con fundamento en el art. 50.1 b) ET en casos de demora en el pago como las 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-).

4. Afirmada la gravedad del incumplimiento, hemos de recordar también 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. En tal sentido nos pronunciábamos, no sólo en la sentencia de contraste, sino también con posterioridad en las STS/4ª de 3 diciembre 2012 (rcud. 612/2012), 20 mayo 2013 (rcud. 1037/2012) y 3 diciembre 2013 (rcud. 141/2013).

5. Vamos a rechazar también los argumentos que añade la sentencia recurrida para desestimar la demanda; los cuales hacen alusión a la tolerancia de los propios demandantes y a su deber de solidaridad.

6. Ya hemos recordado que el abono del salario, de forma puntual, se erige en una de las obligaciones esenciales del empleador. Ni el cumplimiento de tal obligación es susceptible de ser modulado o condicionado por la decisión unilateral de la empresa (art. 1256 del Código Civil), 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-).

Que los trabajadores hubieren soportado la situación no les priva de su derecho al acceso al presente litigio si, como aquí sucede, se mantiene la actitud incumplidora de la empresa en el momento de interposición de la demanda. Por el contrario, el que la empresa hubiera perpetuado esa conducta, contraria a Derecho, no sirve sino para abundar en la gravedad de la misma; elemento este que es el determinante del interés que este tipo de procedimiento protege al atender a la pretensión de terminación del contrato.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que tales demoras ni siquiera eran idénticas, sino que variaban en el número de días mes a mes.

7. Por último, la Sala de suplicación considera que la acción de los trabajadores no se compadece con el acuerdo alcanzado entre la empresa y los representantes de los trabajadores, al que hemos hecho alusión.

Entendemos que, precisamente, el citado acuerdo ratifica las consideraciones que venimos haciendo. Dicho acuerdo no se alcanza hasta el mes de abril de 2017, lo que evidencia que, hasta dicha fecha, la actitud de la empresa estaba huérfana de todo viso de bilateralidad y confirma, lisa y llanamente, el incumplimiento grave señalado.

Es más, esta Sala ha venido negando que la satisfacción de la obligación con posterioridad a la demanda pueda dejar sin efecto el dato objetivo de la existencia de un incumplimiento empresarial grave, ni "privar de interés tutelable a quien acudió ante los órganos judiciales interesando la resolución de su contrato con base en él" (por todas, STS/4ª de 19 enero 2015 -rcud. 569/2014-). De ello se desprende que tampoco pueda servir a ese efecto un acuerdo colectivo como el que aquí se presenta.

Añadimos, para finalizar, que el acuerdo de abril de 2017 no convalidaba la situación preexistente, ni tampoco amparaba el pago diferido y fraccionado de los salarios en los términos en que habían venido soportando los trabajadores.

TERCERO.- 1. Todo lo dicho nos conduce a la estimación del recurso de los trabajadores, coincidiendo así con el criterio del Ministerio Fiscal.



Por consiguiente, debemos casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar también el recurso de dicha clase interpuesto por los mismos litigantes y, con revocación de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Toledo, estimar la demanda y declarar extinguidos sus contratos de trabajo, condenando a la empresa a indemnizar al Sr. Victoriano en la suma de 44336,69 € y a la Sra. Esmeralda en la suma de 70679,84 €.

2. La indemnización se calcula en atención a lo dispuesto en los arts. 50.2 y 56.1 ET y 110.1 LRJS, teniendo en cuenta que, dada la fecha de inicio de las relaciones laborales de los actores, es aplicable la Disp. Trans. 11ª ET.

Por consiguiente, se toma en cuenta el periodo de prestación de servicios desde las fechas que figuran en el Hecho Probado Primero hasta la de la presente sentencia; así como el último salario acreditado (Hecho Probado Tercero). La indemnización correspondiente al periodo anterior al 12 de febrero de 2012 se calcula a razón de "cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año" (Disp. Trans. 11ª ET). Debido a que los días indemnizatorios del primer periodo no superan los 720, para ninguno de los recurrentes, también debe computarse el periodo de prestación de servicios posterior al 12 de febrero de 2012.

En el segundo periodo opera una indemnización de "treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año" (Disp. Trans. 11ª ET). Las cifras finales se obtienen sumando las indemnizaciones de ambos periodos, con el tope de 720 días.

3. La estimación del recurso comporta que, en todo caso, no se generen costas ni en esta alzada ni en suplicación (art. 235.1 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por D. Victoriano y Dª. Esmeralda frente a Uniarte S.A., y, en consecuencia, casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos también el recurso de dicha clase interpuesto por los mismos litigantes y, con revocación de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Toledo, estimamos la demanda y declaramos extinguidos sus contratos de trabajo, condenando a la empresa a indemnizar al Sr. Victoriano en la suma de 44336,69 € y a la Sra. Esmeralda en la suma de 70679,84 €. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.