



Roj: **STS 132/2023 - ECLI:ES:TS:2023:132**

Id Cendoj: **28079140012023100029**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/01/2023**

Nº de Recurso: **2166/2021**

Nº de Resolución: **9/2023**

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

Ponente: **CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 9/2023**

Fecha de sentencia: 10/01/2023

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 2166/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/01/2023

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> **Concepción Rosario Ureste García**

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

Transcrito por: AAP

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2166/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> **Concepción Rosario Ureste García**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 9/2023**

Excm. Sra. y Excmos. Sres.

D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D.<sup>a</sup> **Concepción Rosario Ureste García**

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 10 de enero de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Vidal , representado y asistido por el Letrado D. Sotero Manuel Casado Matías, contra la sentencia dictada el 13 de abril de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación nº 147/2021, interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de septiembre de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de los de Madrid en autos núm. 603/2020, seguidos a instancia del ahora recurrente contra la mercantil Ventas y Servicios Técnicos de Centro S.L..

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª **Concepción Rosario Ureste García**.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de septiembre de 2020 el Juzgado de lo Social nº 15 de los de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- El demandante presta servicios para la demandada desde el 3 de octubre de 2007 con categoría de personal de oficial de primera con retribución de 2.624,47 euros/mes brutos con prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- La demandada mantiene deuda con Tesorería General de la Seguridad Social que determina apremios, embargos y requerimientos de pago por la Agencia Tributaria.

TERCERO.- Durante el período de abril de 2019 a marzo de 2020 el demandante ha percibido la retribución con retraso. El promedio de retraso es de 10,5 días. El abono del salario de abril de 2019 se efectuó en dos pagos, el 20 de mayo y 31 de mayo de 2019.

CUARTO.- El actor se encuentra en situación de Incapacidad Temporal desde marzo de 2019.

QUINTO.- Consta celebrado el preceptivo acto de conciliación."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Se desestima la demanda interpuesta por D. Vidal con DNI NUM000 frente a Ventas y Servicios Técnicos del Centro SL con CIF B 79948899, absolviendo a la demandada de las pretensiones en su contra efectuadas."

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el actor ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 13 de abril de 2021, en la que consta el siguiente fallo:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el/la Letrado D./Dña. Sotero Manuel Casado Matías en nombre y representación de D./Dña. Vidal , contra la sentencia de fecha 28- 09-2020 dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid en sus autos número despidos / ceses en general 603/2020, seguidos a instancia de D./Dña. Vidal frente a Ventas y Servicios Técnicos del Centro SL, en reclamación por resolución contrato y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas."

**TERCERO.-** Por la representación de D. Vidal 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), el recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por esta Sala el 22 de diciembre de 2008, (rcud. 294/2008).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 18 de febrero de 2022 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y, no habiéndose personado 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 enero de 2023, fecha en que tuvo lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** La parte actora plantea en casación unificadora la decisión acerca de si el retraso en el pago del salario tiene la gravedad suficiente para justificar la resolución indemnizada de su contrato de trabajo ex art. 50.1.b) ET.



Impugna la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de abril de 2021, RS. 147/2021, que desestimó el recurso del trabajador al considerar que el promedio de retraso no era excesivo, y que, al ser una práctica reiterada, era perfectamente previsible, pudiendo acomodarse a ella, atendidas también las dificultades económicas de la empresa, y en ese sentido entiende desproporcionada la acción para corregirlo.

2. Por el Ministerio Público se ha informado la procedencia del recurso. Afirmando la concurrencia del presupuesto de contradicción, argumenta el mantenimiento de la doctrina de la sentencia de contraste, dictada por esta Sala IV y las posteriores que la aplican. Considera así que el retraso reiterado en el tiempo constituye un incumplimiento grave por parte de la empresa que justifica la extinción indemnizada del contrato en aplicación del art. 50 el ET.

**SEGUNDO.- 1.** En ese marco de debate, deberá examinarse con carácter prioritario el cumplimiento del referido presupuesto de contradicción que preceptúa el art. 219 LRJS. Esta norma y la jurisprudencia perfilan la necesidad de que converja una igualdad esencial, sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contrastadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales. Entre otras muchas, recuerdan esta doctrina las SSTs de fechas 15.11.2022, rcud 3036/2019, 23.11.2022, rcud 1306/2019 o de 30.11.2022, rcud 3800/2021.

La referencial es la sentencia de esa Sala de Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 2008, rcud. 294/2008, que analizó el retraso en el pago del salario de una empresa concursada, siguiendo la doctrina sentada a partir de la STS 24/03/1992 (rcud. 413/1991), que establece un criterio objetivo en la interpretación de la causa extintiva del art. 50.1.b) ET, al margen de la culpabilidad del empresario, y, en consecuencia, de que el impago o retraso del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial, para concluir que allí se trataba de una situación en la que, objetivamente y con independencia de que la empresa se encontrara en concurso, existían unos retrasos en el pago de los salarios del trabajador demandante con gravedad suficiente para constituir la causa de extinción del contrato de trabajo del art. 50.1 b) ET, al ser 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.

2. En ambos supuestos se han producido retrasos en el pago del salario de una media porcentual similar, y durante un periodo prolongado de tiempo -a lo largo de 1 año en la recurrida, y poco más de 2 en la de contraste-, coincidiendo que las respectivas empresas tienen dificultades económicas, más aún la de contraste que estaba concursada, lo que abundaría en la contradicción *a fortiori*.

Ante esa situación de identidad esencial, los fallos dictados se muestran contrarios, de manera que se abre la vía unificadora para resolver el debate suscitado.

**TERCERO.- 1.** El motivo destinado a denunciar la infracción de las normas jurídicas sostiene la vulneración por inaplicación del art. 50.1.b) del ET y de sus arts. 4.2, 29.1 y 56, y correlativamente argumenta que el pago, durante un año completo, en una media de 10,5 días de retraso, es suficiente para declarar la existencia de causas para extinguir el vínculo laboral a instancia del trabajador, pues el que el empresario abone la nómina en el momento que corresponda es una obligación legal amparada en el art. 4.2 ET, máxime cuando el convenio colectivo de aplicación establece en su art. 11 que el pago se realizará en los últimos 5 días de cada mes. Suplica así que se declare la existencia de causas para extinguir el contrato de trabajo al amparo del art. 50.1.b) ET, condenando a la empresa al pago de la indemnización establecida en el art. 50.2 ET.

2. La doctrina contenida en la sentencia referencial ha sido igualmente aplicada en pronunciamientos posteriores, 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. STS 10.09.2020, rcud 105/2018, entre otras). Se consagra de esta forma una tendencia marcada hacia la objetivación de tales incumplimientos.

Los ejes de esa doctrina los resume la última resolución citada de la siguiente manera: 1) para la concurrencia de la causa de resolución del art. 50.1 b) ET, no es preceptiva la culpabilidad en el incumplimiento del empresario; 2) se exige exclusivamente el requisito de gravedad en el incumplimiento; 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 "concurrir 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-).

Y respecto de su ejemplificación se recordaban 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-).

**3.** En el actual litigio consta acreditado que durante el período de abril de 2019 a marzo de 2020 el demandante ha percibido la retribución con retraso, siendo el promedio de este 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.

Durante un año el empleador no ha cumplido el deber esencial establecido en los artículos 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"-), lapso que se evidencia de suficiente gravedad en sí mismo -no es esporádico sino reiterado en el tiempo-, y que finalmente ha abocado a un abono fraccionado con un mayor retraso en el caso del salario correspondiente al mes de abril de 2019, abundando en dicha gravedad.

Paralelamente a lo acaecido en la sentencia de contraste, en la que se apreciaron retrasos 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, también aquí detectamos una situación en la que objetivamente tales retrasos en el pago de los salarios del trabajador alcanzan suficiente gravedad.

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, con cita del 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-)." En todo caso, no resulta exigible al trabajador que asuma y se adapte al retraso sólo porque este se reitera 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. Así lo refería la sentencia de contraste y otras posteriores: 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.

**CUARTO.- 1.** Todo lo dicho conduce a la estimación del recurso de unificación, coincidiendo con el criterio del Ministerio Fiscal, casando y anulando la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimaremos también el recurso de dicha clase interpuesto por la parte actora, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social para estimar la demanda, declarando extinguido el contrato de trabajo y condenando a la empresa al abono de la indemnización prevista para el despido improcedente.

**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 la relación laboral, es aplicable la Disp. Trans. 11ª ET.

Por consiguiente, hay que tomar en cuenta el periodo de prestación de servicios desde las fechas que figuran en sede fáctica hasta la de la presente sentencia; así como el último salario acreditado. 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 períodos de tiempo inferiores a un año" (Disp. Trans. 11ª ET). Debido a que los días indemnizatorios



del primer periodo no superan los 720 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). La cifra final se obtiene sumando las indemnizaciones de ambos periodos, con el tope de 720 días, siendo su cuantía de 48.232,73 €.

**3.** No procede efectuar pronunciamiento en 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 la unificación de doctrina interpuesto por D. Vidal .

Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada el 13 de abril de 2021 (rollo 147/2021), y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de dicha clase formulado por la parte actora, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de los de Madrid el 28 de septiembre de 2020 (autos nº 603/2020), para estimar la demanda deducida por D. Vidal , declarando extinguido el contrato de trabajo entre las partes y condenando a la empresa Ventas y Servicios Técnicos de Centro S.L. a estar y pasar por esa declaración y al abono al demandante de una indemnización de 48.232,73 €. 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.