

## **TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia de 3 de diciembre de 2013*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 141/2013*

### **SUMARIO:**

Extinción el contrato por voluntad del trabajador. Es justa causa el retraso en el abono de salarios de agosto/09 a julio/11, con promedio de 45 días, aunque la empresa se encuentre en dificultades económicas y en fechas próximas al acto de juicio hubiese regularizado el pago a la totalidad de la plantilla.

### **PONENTE:**

*Don Luis Fernando de Castro Fernández.*

### **SENTENCIA**

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

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de D. Nemesio frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, en fecha 31/Octubre/2012 [recurso de Suplicación n.º 6446/11 ], formulado frente a la sentencia de 23/Febrero/2012 dictada en autos 837/2011 por el Juzgado de lo Social núm. 8 de Málaga seguidos a instancia de D. Nemesio contra TRANSHOTEL PALMERAS, S.A., sobre EXTINCION DE CONTRATO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Con fecha 23 de febrero de 2012 el Juzgado de lo Social núm. 8 de Málaga dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "1- Estimar la demanda promovida por D. Nemesio contra TRANSHOTEL PALMERAS, S.A- 2 Declarar EXTINGUIDO el contrato de trabajo- 3. -Condenar a TRANSHOTEL PALMERAS, S.A. a abonar al demandante, en concepto de indemnización, la cantidad de 100.577,51 euros.

#### **Segundo.**

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1- El demandante comenzó a prestar sus servicios para el demandado en fecha 13.10.75, ostentando últimamente la categoría profesional de Camarero debiendo percibir un salario mensual de 2.394'70 euros, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias- 2.1- La empresa viene abonando sistemáticamente con retraso el salario del demandante desde septiembre 2009. Se da por reproducido escrito de concreción de demanda de fecha 20.01.12 con detalle cronológico de los referidos atrasos- 3- Interpuesta ante el CMAC papeleta de conciliación en fecha 14.09.11, se celebró el acto en fecha 27.09 con el resultado de intentada sin efecto- 4- La demanda jurisdiccional se presentó en fecha 29.09.11".

#### **Tercero.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de TRANSHOTEL PALMERAS, S.A., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, la cual dictó sentencia en fecha 31 de octubre de 2012, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, 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 número ocho de Málaga con fecha 23 de febrero de 2012 recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por D. Nemesio 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.**

Por la representación procesal de D. Nemesio se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 22 de diciembre de 2008 (Rec. 294/08 ).

#### **Quinto.**

Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 28 de noviembre de 2.013, en el que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

1- La STSJ Andalucía/Málaga 31/Octubre/2012 [rec. 1302/12 ] revocó la que con fecha 23/01/12 [rec. 837/11] había dictado el J/S n.º 8 de los de Málaga [autos 837/11] y desestimó la pretensión de que se decretase la extinción del contrato de trabajo del actor, por retrasos continuados en el abono del salario. Los hechos que se declaran probados en las presentes actuaciones, son resumibles en cuatro apartados: a) el actor presta servicios para la demandada «Transhotel Palmeras, SA» desde el 13/10/75; b) en el periodo Septiembre/09 a Julio/11, la empresa ha abonado el salario del demandante -como del resto de la plantilla- con un retraso promedio de 45 días; c) a la fecha de presentación de la demanda -29/Septiembre-, la demandada adeudaba a la plantilla la mitad de la paga extra y la paga de agosto, abonadas cuatro días después, con la posterior regularización en la satisfacción de salarios; y d) en el ejercicio de 2010, la empresa había tenido unas pérdidas de 2.292.001 euros.

2- Se recurre el pronunciamiento en unificación de doctrina, denunciando la infracción del art. 50 [apartados 1.b ) y 2] ET y de la doctrina sentada en las SSTS 24/03/92, 28/09/98, 25/01/99 y 10/06/09 [rcud 2641/08 ]. Y señala como decisión de contraste la STS 22/12/08 [rcud 294/08 ], que contempla la situación que acto continuo se describe: a) la empresa se hallaba en concurso de acreedores; b) durante algo más de dos años [Diciembre/04 a Enero/07] abonó el salario con retraso variable [máximo de 26 días y mínimo de 2 días, con promedio de 11,20], aunque en el acto de juicio no adeudaba cantidad alguna; y c) en Febrero/06 la empresa y los representantes de los trabajadores llegaron a un acuerdo para satisfacer la retribución con retraso. Y con estos presupuestos de hecho, la decisión referencial entiende -en línea de interpretación «objetiva»- que es aplicable el art. 50.1.b) ET, estima la demanda interpuesta por el trabajador y declara resuelto su contrato de trabajo, con derecho a la correspondiente indemnización legal.

3- Los datos de hecho que se han relatado evidencian que en el presente supuesto tiene adecuado cumplimiento la exigencia de contradicción impuesta por el art. 219 LRJS y relativa a la necesidad pronunciamientos diversos -entre la sentencia recurrida y la de contraste- respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (últimamente, SSTS 16/07/13 -rcud 2275/12 -; 22/07/13 -rcud 2987/12 -; y 25/07/13 -rcud 3301/12 -).

#### **Segundo.**

1- Conforme a nuestra doctrina, la falta de pago del salario o los retrasos continuados en su abono autorizan -ex art. 50.1.b) ET - la extinción causal del contrato, aún sin mediar culpabilidad empresarial, siendo así que la evolución de la jurisprudencia en materia de calificación de los incumplimientos empresariales de la obligación de pago puntual de la retribución ha experimentado una tendencia marcada hacia la objetivación de tales incumplimientos [ SSTS 26/07/12 -rcud 4115/11 -; y 03/12/12 -rcud 612/12 -], y aunque en algún supuesto alejado en el tiempo -en recurso por infracción de Ley- se ha exigido un incumplimiento grave y culpable, haciendo una paridad con las causas originadoras del despido disciplinario [así, STS 04/12/86 Ar. 7278], o en algún otro caso más matizadamente se ha requerido que el retraso sea grave y culpable, continuado y persistente [por ejemplo, STS 20/01/87 Ar. 86], de todas formas la doctrina unificada ha entendido siempre que el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modela en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial y ni siquiera la culpabilidad es requisito para generarlo [ SSTS 24/03/92 -rcud 413/91 -; 29/12/94 -rcud 1169/94 -], sino que incluso es indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa (así, SSTS 24/03/92 -rcud 413/91 -; 29/12/94 -rcud 1169/94 -; ... 05/03/12 -rcud 1311/11 -; 03/12/12 -rcud 612/12 -; y 25/02/13 -rcud 380/12 -).

2- En el referido sentido hemos afirmado que para que prospere la causa resolutoria a instancia del trabajador basada en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado» es necesaria la concurrencia del requisito de «gravedad» en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal «gravedad» debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario «ex» arts. 4.2 f ) y 29.1 ET, partiendo de un triple criterio objetivo [independiente de la culpabilidad de la empresa], temporal [continuado y persistente en el tiempo] y cuantitativo [montante de lo adeudado], y que -en consecuencia- concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no sea un mero retraso esporádico, sino un comportamiento continuado y persistente ( SSTS 25/01/99 -rcud 4275/97 -... 17/01 / 11 -rcud 4023/09 -; 20/05/12 -rcud 1037/12 -; 05/03/12 -rcud 1311/11 -; y 16/07/13 -rcud 2275/12 -).

Por ello, aunque la determinación la gravedad exigible es algo extraordinariamente casuístico ( SSTS 25/09/95 -rcud 756/95 -; 13/07/98 -rcud 4808/97 -), en todo caso «es preciso que ... tenga verdadera trascendencia por constituir un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales del empresario» ( SSTS 24/03/92 -rcud 413/91 -; 13/07/98 -rcud 4808/97 -), habiéndose afirmado a tal efecto que este criterio objetivo de valoración del retraso continuado en el pago de la retribución no es de apreciar cuando la demora -que no la deuda- no supera los tres meses ( SSTS 25/09/95 -rcud 756/95 -; ... 26/07/12 -rcud 4115/11 -; y 03/12/12 -rcud 612/12 -).

3- Sobre la fecha límite de los incumplimientos alegables, si bien se ha mantenido que son -«como es lógico»- los existentes en el momento de la interposición de la demanda, pues es este documento el que contiene la pretensión rectora del proceso «y es en este momento por tanto cuando se fija el objeto de la litis» ( STS 26/07/12 -rcud 4115/11 -), de todas formas esta afirmación inicial fue rectificadas en el sentido de que «la fecha límite hasta la que deben haber acontecido los hechos relativos a las demoras o impagos y/o a los abonos salariales, salvo supuestos de indefensión, puede extenderse hasta la propia fecha del juicio» ( STS 25/02/13 -rcud 380/12 -), por razones cuya detallada exposición sería ociosa a los efectos de esta litis. Y

4- A efectos ejemplificativos hemos de señalar que se han considerado causa suficiente para extinguir el contrato de trabajo los retrasos y anomalías en el pago de once mensualidades consecutivas ( STS 13/07/98 -rcud 4808/97 -); los supuestos similares de irregularidades continuadas ( STS 25/01/99 -rcud 4275/97 -); la demora de un año en abonar las pagas extras durante dos anualidades consecutivas ( STS 28/09/98 -rcud 930/98 -); también el retardo de 11,5 días de promedio mensual en empresa en situación concursal, aunque a la fecha del juicio nada se adeudase ( STS 22/12/08 -rcud 294/08 -); las dilaciones continuadas en el pago entre 10 y 15 días desde Febrero/03 a Diciembre/07 ( STS 10/06/09 -rcud 2461/08 -); el atraso consistente en que parte de la nómina de Octubre, Noviembre y Diciembre de 2007 fuesen fuese abonadas en Febrero/08, y la extra de Navidad en Marzo/08, «encontrándose en la actualidad al corriente en el pago» ( STS 09/12/10 -rcud 3762/09 -); la tardanza respecto de seis mensualidades y dos gratificaciones extraordinarias, en una relación de un año de antigüedad ( STS 17/01/11 -rcud 4023/09 -); la demora significativa -entre 18 y 26 días- en cinco mensualidades y dos pagas extras ( STS 20/05/13 -rcud 1037/12 -); y también cuando «del mes de octubre 2010 al mes de diciembre de 2011, la empresa ha venido abonando a la actora el salario con el retraso que allí se constata que da un promedio anual alrededor de 22,5 días /mes de retraso» ( STS 16/07/13 -rcud 2275/12 -).

### **Tercero.**

1- Los razonamientos que la Sala de Suplicación esgrime para justificar su fallo consisten -tras una exposición de nuestra doctrina, exacta aunque incompleta- en considerar que los impagos a que hemos hecho referencia en el precedente fundamento jurídico «no revisten la gravedad e importancia exigida, y además en todo caso ... la alegada y constatada falta y retrasos de pago de salarios aparecen suficientemente justificadas por la circunstancia de la muy grave crisis económica por la que atravesaba la empresa, la cual en ningún momento se desligó ni se desentendió de los trabajadores entre ellos el actor sino que por el contrario ha pagado las cantidades que adeudaba a pesar de esa difícil situación económica».

2- Por su parte, en la impugnación del recurso la empresa defiende la corrección de la sentencia recurrida no sólo por las consideraciones que en la misma se han efectuado [crisis económica; diligente actitud de la empresa; satisfacción de la deuda a la fecha del juicio], sino también por entender -como en trámite de Suplicación sostuvo- que la pretensión del actor comporta ausencia de buena fe, abuso del derecho y ejercicio antisocial del mismo [ art. 7.2 CC ], lo que mantiene sobre la base de tres observaciones: a) que la demora afectaba a toda la plantilla, y que no solamente contó con la aquiescencia tácita de todos los trabajadores, sino que incluso se apoyaba en un acuerdo con la representación obrera; y b) que la reclamación de autos - efectuada por quien ostenta tanta antigüedad como el actor- no solamente contradice su previa conformidad implícita al retraso, sino que compromete la recuperación económica de la empresa y la regularización salarial obtenida con tanta

dificultad, por parte de empleadora que no ha querido recurrir a despidos unilaterales, sino que -para procurar su viabilidad- incluso ha ofrecido indemnización de 35 días por año de servicios para quien abandonase voluntariamente la empresa.

**3-** Aunque algunos de tales planteamientos no sean ciertamente desdeñables, de todas formas rechazamos su operatividad en el caso de que tratamos, por las siguientes razones:

a)- Sobre la operatividad objetiva de la causa extintiva y la suficiente gravedad del incumplimiento empresarial que se ha declarado probado, nos remitimos a las consideraciones expuestas en el precedente fundamento jurídico, y muy particularmente destacamos la notable mayor entidad del supuesto enjuiciado que el contemplado en gran mayoría de los supuestos casuísticos a que hicimos referencia más arriba.

b)- Respecto de la posterior «puesta al día» de la empresa, hemos de recordar nuestra afirmación de que no es trascendente que en el período que media entre la demanda y la celebración del acto de juicio se hayan abonado al demandante las retribuciones ordinarias pendientes «... pues el retraso existió y se mantenía al ejercitarse la acción resolutoria, demostrando ese pago posterior, clara respuesta a tal ejercicio, que estaba al alcance de la demandada, pese a sus indudables dificultades económicas, si no cumplir regularmente sus obligaciones, atenuar al menos la gravedad del incumplimiento» ( STS 25/02/13 - rcd 380/12 -).

c)- Sobre la posible incidencia de la crisis empresarial, la Sala ha entendido que si tal situación económica concurre impidiendo a la empresa con su obligación de pago puntual de salarios, el ET -arts. 41, 47, 51 y 52 - le posibilita acudir a diversos medios correctores [modificación de las condiciones de trabajo; suspensión o extinción contractual], pero no puede aquélla «obtener por su propia autoridad y contra la voluntad de los trabajadores afectados una quita o aplazamiento en el pago de sus obligaciones salariales, por lo que de no acudir a tales figuras y persistir en su continuado incumplimiento existe justa causa para la extinción contractual ex art. 50.1.b) ET a instancia de los trabajadores afectados. En suma, que una situación económica adversa, ponderable a efectos de posibilitar la modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo, no es aducible, sin embargo, para excluir la aplicación de la causa resolutoria ex art. 50.1.b) ET, ya que dicha situación no afecta al esencial deber de abonar puntualmente los salarios» ( SSTS 25/01/99 -rcud 4275/97 -; ... 26/06/08 -rcud 2196/07 - ; y - sentencia precisamente de contraste- 22/12/08 -rcud 294/08 -).

#### **Cuarto.**

**1-** Mención aparte merece la alegada ausencia de buena fe y el pretendido abuso del derecho, cuestión sobre la que procede destacar que la primera no impone -para que proceda la extinción- que sea necesaria la previa reclamación del trabajador en orden al cumplimiento salarial, ni que la falta de reclamación durante algún tiempo implique aquiescencia al incumplimiento empresarial que obste el ejercicio de la acción. Y disintimos de la posición contraria, porque: a) con ella se trata de introducir en el ejercicio de la acción un requisito inexistente en la Ley; b) no hay que olvidar que el art. 50 ET no deja de ser trasunto laboral del art. 1.124 CC, que permite al perjudicado por el incumplimiento ajeno «escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos», sin condicionar en forma alguna la solicitud de resolución por incumplimiento a la previa exigencia de que la obligación sea cumplida; c) la tesis opuesta comporta rechazable inseguridad jurídica para el trabajador, que se vería en la impuesta -y desconcertante- situación de esperar a que el retraso en el pago revista la suficiente gravedad por su reiteración como para justificar la resolución del contrato [incumplimiento reiterado], pero sin llegar a un punto tal en el que la falta de reclamación frente a la desatención obligacional por el empresario pueda valorarse como aquiescencia [incumplimiento consentido]; d) admitir el pretendido consentimiento tácito sería una invitación a la litigiosidad, por sancionarse al trabajador más comprensivo -paciente- con los incumplimientos empresariales; y e) el ejercicio de los derechos únicamente es modulable por la inactividad de su titular cuando el legislador -en causa a la seguridad del tráfico jurídico- considera oportuno establecer un determinado periodo de tiempo tras cual decaen y se consideran legalmente fenecidos por el transcurso de los plazos de prescripción o caducidad, lo que no ha hecho específicamente respecto de la extinción del contrato por voluntad del trabajador» ( STS 10/06/09 -rcud 2461/08 -).

**2-** De mayor enjundia es el alegato de que el retraso había sido objeto de acuerdo colectivo que no ha respetado el trabajador con su reclamación extintiva; pacto colectivo cuya trascendencia podría ciertamente ser sostenible, bien en los términos apuntados por nuestra aislada sentencia de 05/03/12 [rcud 1311/11 ], bien en el sentido de respaldar una posible apreciación de abuso del derecho, que obviamente quedaría aún más reforzada con otras circunstancias objetivas, como el haberse ya obtenido la regularización salarial de la plantilla. Pero lo cierto es que el dato no solamente no consta entre los hechos declarados probados, sino que ni tan siquiera fue objeto de pretensión revisora en el trámite de Suplicación, por lo que no puede ser valorado a efecto alguno.

Y dos observaciones cabe hacer respecto de la afirmación recurrente sobre la oferta empresarial de abonar una indemnización de 35 días por año de servicio a quienes abandonasen voluntariamente la empresa: a) la primera es que tal dato no figura entre los HDP y tampoco se incluyó entre las varias revisiones de hecho que se solicitaron en el recurso de suplicación; y b) la segunda es que si bien la veracidad de tal dato pudiera demostrar la voluntad de la empresa en orden a la solución pacífica del conflicto de intereses que planteaba la crisis empresarial, tampoco nos cabe duda alguna de que la oferta presupone unas disponibilidades económicas que hacen más injustificable el defectuoso cumplimiento de la obligación salarial.

#### **Quinto.**

Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el acertado informe del Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada. Sin imposición de costas en este trámite y con ellas en el de suplicación [ art. 235.1 LRJS ].

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 la representación de Don Nemesio y revocamos la sentencia dictada por el TSJ de Andalucía/Málaga en fecha 31/Octubre/2012 [recurso de Suplicación n.º 1302/12 ], que a su vez había revocado la resolución -estimatoria de la demanda- que en 23/Febrero/1012 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 8 de los de Málaga [autos 837/11], y resolviendo el debate en Suplicación rechazamos el de tal clase formulado por la empresa «TRANSHOTEL PALMERAS, SA», confirmando la referida decisión de instancia y sus pronunciamientos sobre la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y consiguiente indemnización.

Se acuerda la imposición de costas a la recurrente en suplicación.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, 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. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.