

SUMARIO:

Extinción del contrato por incumplimiento del empresario. Retrasos en el abono del salario pactado. *Acuerdo verbal alcanzado con los trabajadores para el retraso en el abono al mes siguiente a su devengo desde el año 2013. Cumplimiento del acuerdo por la empresa hasta la actualidad.* Entiende la Sala que concurre la gravedad suficiente en el incumplimiento del empresario a efectos del retraso alegado por el trabajador. No dota de carácter obstativo a la estimabilidad de la pretensión la concurrencia de un pacto verbal en los términos antedichos, seis años antes de la demanda, pues, según razona, no corresponde al trabajador transigir en el condicionamiento del percibo de sus retribuciones ya devengadas (o en trance de hacerlo) a los resultados de la empresa ni dilatar su abono. El legislador ha sido claro al fijar que el pago convenido no puede referirse a un período de tiempo superior al mes, ante las necesidades vitales a que tiende a satisfacer normalmente el salario, siendo aquel límite absoluto. Estamos ante una norma de derecho necesario que no está sujeta a disposición. **Voto particular.**

PRECEPTOS:

RDLeg 2/2015 (TRET), arts. 3.5, 4.2 f), 5 a), 29.1 y 50.1 a).
Código Civil, arts. 7 y 1.113.

PONENTES:

Don Juan Carlos Iturri Gárate.

Sentencia

RECURSO N.º: Recurso de suplicación 2120/2019

NIG PV 48.04.4-19/002049

NIG CGPJ 48020.44.4-2019/0002049

SENTENCIA N.º: 2279/2019

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a once de diciembre de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. don JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, don FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y doña MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por don Carlos Ramón contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de los de Bilbao, de fecha 6 de junio de 2019, dictada en los autos 192/19, en proceso sobre EXTINCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO y entablado por don Carlos Ramón frente a SOCIEDAD DE INGENIERIA Y DIRECCION DE OBRAS, S.L., EMERANDO S.L., doña Sagrario, doña Sandra y doña Serafina y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don JUAN CARLOS ITURRI GARATE, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO.- El actor D. Carlos Ramón, viene prestando servicios para la empresa demandada SOCIEDAD DE INGENIERIA Y DIRECCIÓN DE OBRAS, S.A., con una antigüedad desde el 4/03/1986, con la categoría profesional de Ingeniero Técnico y un salario bruto mensual de 2.632,74 euros, con inclusión de la prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- Es de aplicación a la relación laboral lo dispuesto en el Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de Bizkaia.

TERCERO.- Los salarios del actor se vienen abonando por la empresa al mes siguiente de su devengo, entre los días 20 y 30 de cada mes, desde el año 2013, en que debido a la situación económica negativa por la que atravesaba la empresa, se consensuó entre la misma y todos los trabajadores, de forma verbal, que se percibiría una primera nómina con un mes de retraso, y que todos los meses se percibiría una nómina.

Este acuerdo ha sido cumplido por la empresa hasta la actualidad.

Se tienen por reproducidos los doc. nº 1, 2, 12 y 13 del ramo de prueba de la parte demandada, consistentes en las copias de las remesas bancarias y nóminas de todos los trabajadores de la empresa desde el 1/01/2017 hasta el 31/12/2018, informe de vida laboral de la empresa, donde constan 10 trabajadores de alta, y un acta notarial de manifestaciones de fecha 9/04/2019, donde 8 trabajadores de la empresa ¿a excepción del actor y del Sr. Casimiro indican que verbalmente se pactó entre los trabajadores y la empresa que ante la difícil situación de la empresa y la voluntad de ayudar a su viabilidad, el pago con retraso de la nómina con la condición de un pago mensual.

CUARTO.- El actor y el Sr. Casimiro han solicitado la extinción indemnizada de su contrato de trabajo.

QUINTO.- SOCIEDAD DE INGENIERIA Y DIRECCIÓN DE OBRAS, S.A. fue constituida el 8/10/1982 y EMERANDO, S.L. fue constituida el 4/12/1996. Ambas presentan la documentación económico-tributaria de forma separada. Se tienen por reproducidos los doc. nº 5 a 8 del ramo de prueba de la empresa.

SOCIEDAD DE INGENIERIA Y DIRECCIÓN DE OBRAS, S.A. desarrolla su actividad en un local propiedad de EMERANDO, S.L., que factura la renta mensualmente. EMERANDO, S.L. es titular de un préstamo hipotecario. Serafina es la titular del 100% de ambas empresas.

Sagrario y Sandra son las administradoras solidarias de ambas empresas.

SEXTO.- El 22/02/2019 fue celebrado el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia y sin efecto.

Segundo.

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:" Que desestimando la demanda interpuesta por Carlos Ramón contra Sandra, SOCIEDAD DE INGENIERIA Y DIRECCION DE OBRAS SL, Serafina, EMERANDO S.L., Sagrario y FOGASA, absuelvo a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra."

Tercero.

Don Carlos Ramón formalizó en tiempo y forma recurso de suplicación contra tal resolución, recurso que fue impugnado por las demandadas, también en tiempo y forma.

Cuarto.

En fecha 21 de noviembre de 2019 se recibieron las actuaciones en esta Sala, dictándose providencia el día 22 de noviembre, acordándose -entre otros extremos- que se deliberara y se decidiera el recurso el día 10 de diciembre de 2019.

Habiéndose llevado a cabo tal deliberación, se dicta seguidamente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Don Carlos Ramón presenta recurso de suplicación contra la sentencia que desestima la demanda que, en reclamación de rescisión indemnizada de contrato de trabajo por incumplimiento empresarial grave, formuló contra las demandadas, a las que imputó la condición de grupo de empresas con efectos laborales.

La Magistrada considera que la existencia de acuerdo con los trabajadores para ese retraso en el pago de las nóminas y la propia entidad del mismo determinan que se haya de desestimar tal pretensión.

Dicho recurrente pretende que se revoque tal sentencia y que se estime que tal rescisión, con derecho a la indemnización correspondiente a un despido improcedente y con responsabilidad solidaria de las demandadas.

Al efecto plantea tres motivos de impugnación. El primero y el segundo se enfocan por la vía del apartado b del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre Legislación citada LRJS art. 193.b) y pretenden la reforma parcial de tercer y quinto hecho probado de la resolución impugnada. El último se enfoca por la vía del apartado c de tal artículo y en el mismo se aduce infracción del artículo 50, punto 1, letra b del Estatuto de los Trabajadores Legislación citada ET art. 50.1.b Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre).

Las demandadas presentan un escrito de impugnación del recurso en el que se oponen a los indicados tres motivos de impugnación y terminan pidiendo que se desestime el recurso y se confirme la sentencia recurrida, con expresa condena en costas del recurrente.

Segundo.

Primer motivo de impugnación.

El recurrente presenta una redacción alternativa al primer párrafo del tercer hecho probado de la sentencia para matizar que el pacto de retrasar por causa económica en el pago de las nóminas al que se alude en la sentencia, en realidad fue un pacto verbal entre empresa y algunos trabajadores y no con todos ellos, como se dice en la sentencia.

Al efecto, cita un acta notarial que obra como documento número 13 de los aportados por la demandada.

No procede: el tercer párrafo del propio hecho probado tercero de la sentencia ya hace ver las manifestaciones que aquellos ocho trabajadores hicieron ante Notario, ya en abril de 2019 y luego de presentada la demanda origen de este proceso. En ella afirman la existencia de tal pacto verbal, dando soporte precisamente a la conclusión fáctica alcanzada por la Magistrada autora de la sentencia y reflejada en el indicado párrafo primero del mismo hecho probado.

Es evidente el desacuerdo del demandante y de otro trabajador con aquel pacto, pero ese acta notarial no hace ver en sí mismo que sea errónea la conclusión judicial que la recurrente discute, dado su contenido. Del mismo en absoluto se deduce error en la valoración de la prueba sobre este extremo, lo que es absolutamente necesario para que opere la reforma fáctica pretendida sobre tal documento, tal y como se desprende del artículo 193, apartado b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social Legislación citada LRJS art. 193.b en relación con su artículo 196, punto 3.

Tercero.

Segundo motivo de impugnación.

El recurrente pretende modificar el quinto hecho probado de la sentencia y ello para que se incluya un nuevo párrafo que haga constar que ocho trabajadores han pasado de una a otra de las empresas demandadas, que se despatrimonializa SINDOSA, S.L. a favor de EMERANDO, S.L., siendo ambas pertenecientes y dirigidas por las personas físicas demandadas, quienes han percibido cantidades de dichas sociedades que suponen lucro personal y sin contraprestación alguna y así, por ejemplo, la señora Serafina ha percibido cuantías superiores a los mil euros al mes por la simple titularidad de las acciones sociales y sus hijas, doña Sandra y doña Sagrario perciben más de noventa mil euros anuales por administrar SINDOSA, S.L., con incrementos anuales superiores a los de cualquier otro trabajador.

No procede tal reforma pues no es exacto lo pretendido añadir, sin perjuicio de la corrección de alguno de los múltiples datos que el recurrente resalta al pretender la introducción de ese nuevo párrafo.

1.- Así, por un lado, es cierto que trabajadores de una sociedad demandada han pasado a la otra. Pero, como explican las impugnantes, son hechos producidos de forma aislada hace ya más de siete años, puesto que se

refieren a un periodo que se inicia en un caso en el año 2005 y termina, en el supuesto más reciente, en el año 2012.

2.- Además, ese fenómeno de despatrimonialización no queda probado por la documental que se invoca.

En el desarrollo del motivo, la recurrente asume cómo Emerando, S.L. cobra a lo otra un alquiler por el inmueble, lo que ya se indica en el quinto hecho probado de la sentencia recurrida, sin que el precio o un incremento, sin más, puedan llevar a colegir ese afán de dejar vaciar de bienes una sociedad a favor de la otra; tampoco puede inferirse nada en concreto en relación con un concreto documento que invoca la recurrente, cuando lo que si que consta es facturación de años anteriores a los últimos por tal alquiler de inmueble que refleja incluso cifras mayores a las de los años 2017 y 2018 (folios 73 y siguientes), aparte de que consta que Emerando, S.L. también alquila otro inmueble a otra sociedad distinta y tercera en este proceso.

3.- La relación de las personas físicas demandadas en relación con la participación y administración de las dos sociedades demandadas ya se explica en el hecho probado quinto de la sentencia.

4.- La facturación relativa a "prestación servicios" de Emerando, S.L. a Sindosa, S.L. al que alude el recurrente es esporádica, aislada y sobre todo muy antigua: se trata de tres facturas del año 2009, fechas muy lejanas en el tiempo al de la presentación de la demanda rectora de este proceso.

Tampoco consta que tal genérica denominación encubra, sin más, trasvase de capital sin causa. Lo mismo se hade predicar de la factura "plan de viabilidad para Sindosa", que es del año 2011, siendo que tampoco esa genérica denominación permita llegar a una conclusión unívoca como la pretendida por el recurrente.

5.- Por otra parte, el pago de cantidades a las administradoras y socia de las demandadas que se resalta por la recurrente puede hace ver irregularidades en relación con tiempos pasados, pues no parece clara la conexión de los mismos con lo que pueda ser cobro de dividendos por las acciones; en todo caso, también se debe considerar que en el año 2018 hubo renuncia a esos cobros por la titular del ciento por ciento de las acciones de ambas empresas.

6.- Sus dos hijas, administradoras solidarias de las dos sociedades demandadas, cobran unas nóminas que entendemos reflejan salarios ajustadas al mercado; cuando menos, no pueden considerarse absoluta y claramente excesivos o desproporcionados.

7.- Por otra parte, todo lo anterior además, ha de ser puesto en relación con la propia en que la recurrente estructura el motivo, puesto que, en cuanto a la alegación de existencia de empresa de grupo o grupo de empresas a efectos laborales, la recurrente no lo desarrolla, en absoluto, al tratar de la infracción de normativa o jurisprudencia, como seguidamente explicamos.

Cuarto.

Tercer motivo de impugnación.

1.- En el único motivo de impugnación que el recurrente plantea en su recurso, aduce la infracción de un solo precepto sustantivo, que es el artículo 50, punto 1, letra b del Estatuto de los Trabajadores Legislación citada ET art. 50.1.b Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) y de jurisprudencia relativa al mismo.

Con respecto de un eventual grupo de empresas a efectos laborales, sólo se alude a ello en el último párrafo de tal motivo: " En definitiva, la Sentencia de instancia infringe el citado artículo 50.1, c del Estatuto de los Trabajadores Legislación citada ET art. 50.1.c Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. , debiendo haber sido estimada la Demanda frente a todos los codemandados; si bien, al no haber un Fallo condenatorio, la Sentencia no entra a valorar la existencia de grupo de empresa, lo que a juicio de esta parte impide articular un motivo de Recurso en tal sentido, si bien, entendemos que en la Sentencia condenatoria que se dicte por la Sala, debe afectar a todas las demandadas de conformidad con lo establecido en los Hechos Cuarto y siguientes de la Demanda, que han resultado convenientemente acreditados en fase probatoria, con las modificaciones y matices propuestos en los primeros matices del presente Recurso."

De lo dicho en tal párrafo concluimos en que, en realidad, la recurrente no fundamenta en el escrito de formalización del recurso las razones por las que procedería esa condena de todas las demandadas por existir grupo de empresas a efectos laborales o levantamiento de velo, sino que se limita a pretender hacer valer que las reformas fácticas que ha propuesto dan lugar a que se aprecie lo que alegaba en aquella demanda sobre el particular.

Pues bien, en primer lugar se ha de resaltar que ambas reformas fácticas han sido rechazadas y por tanto, debiera estarse sólo a los hechos probados de la sentencia recurrida.

En segundo lugar, la sentencia si que suministra los datos que considera relevantes en orden a ponderar el argumento contenido en la demanda sobre la eventual existencia de grupo de empresas a efectos laborales (hecho

probado quinto de la sentencia recurrida), si bien no hace pronunciamiento definitivo sobre el particular en la sentencia, al entender que no procede estimar la pretensión, en el implícito y lógico entendimiento de que, si no procede estimar la pretensión principal, no procede fijar quien ha de responder de la deuda derivada de la estimación de la misma.

En tercer lugar, esa forma de plantear el escrito de formalización del recurso, supone infringir claramente el deber de expresar el motivo de impugnación en este punto, pues se ha de citar la norma del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se considere infringida, aparte de expresar de forma precisa y clara ese motivo y razonar sobre la pertinencia y fundamentación de ese motivo, que se impone en el artículo 196, punto 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social Legislación citada LRJS art. 196.2 como requisitos que se impone ha de contener el escrito de formalización del recurso.

Entendemos que, en el recurso de suplicación, el Tribunal no puede construir de oficio el recurso a la parte recurrente, entrando a e lo cubrir sobre la posibilidad de la existencia de ese grupo de empresas con efectos laborales que se alega, pero no se fundamenta en absoluto, salvo por la indicada remisión a la reforma de hechos y a la demanda. Entendemos que ello es contrario a la condición de extraordinario que tiene el recurso de suplicación, lo que claramente se revela al estudiar el citado artículo 196 que consideramos infringido, o su artículo 193.

La sentencia de Tribunal Constitucional 105/2008, de 15 de septiembre Jurisprudencia citada STC, Sala Primera, 15-09-2008 (STC 105/2008), recuerda la doctrina previa y dice: "¿con relación al recurso de suplicación, hemos dicho en la STC 294/1993, de 18 de octubre Jurisprudencia citada STC, Sala Segunda, 18-10-1993 (STC 294/1993) , FJ 3, que no es un recurso de apelación ni una segunda instancia, sino un recurso extraordinario, de objeto limitado, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, en especial la recurrente, que por ello mismo debe respetar una serie de requisitos formales impuestos por la ley y concretados por la jurisprudencia. "El carácter extraordinario y casi casacional del recurso de suplicación justifica la exigencia de estos requisitos procesales, aunque, ciertamente, como se dijo en la STC 18/1993 Jurisprudencia citada STC, Sala Primera, 18-01-1993 (STC 18/1993) , desde la perspectiva constitucional, en último extremo lo relevante 'no es la 'forma' o 'técnica' del escrito de recurso, sino su contenido, esto es, que de forma suficientemente precisa exponga los hechos o razonamientos que estime erróneos y cuáles los que debieran ser tenidos por correctos ... desde esta perspectiva, resulta obligado concluir que el órgano judicial, según una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinarias del recurso, no debe rechazar a lamine el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte' (fundamentos jurídicos 3 y 4)".

Por otra parte, en este recurso extraordinario ya no rige el principio "iura novit curia" del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero Legislación citada LEC art. 218), sino que sólo puede entrar a valorar lo que efectivamente se le plantee en los motivos de impugnación, debiendo sólo examinarse las infracciones legales que se hayan denunciado. En tal sentido, sentencias de la Sala Cuarta de 20 de marzo de 2009 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 20-03-2009 (ref. 1923/2008) y 12 de diciembre de 2008 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 12-12-2008 (rec. 538/2008) (recursos 1923/2008 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 20-03-2009 (rec. 1923/2008) y 538/2008 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 12-12-2008 (rec. 538/2008)).

Por tanto, entendemos que, con independencia del éxito o no de la pretensión en cuanto al fondo, caso de estimarse, lo que no procedería sería estudiar si concurren o no los elementos que determinen que nos encontremos ante un grupo de empresas con efectos laborales.

2.- En cuanto a la pretensión rescisoria propiamente dicha, tratando de la entidad y gravedad del incumplimiento de la obligación de pago puntual de salarios y prestaciones por incapacidad temporal, recopila la previa doctrina sobre la operatividad del artículo 50, punto 1, letra b del Estatuto de los Trabajadores Legislación citada ET art. 50.1.b Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores., la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 5 de junio de 2018 (recurso 108/2017 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 05-06-2018 (rec. 108/2017)) y al efecto, sobre la causa rescisoria de " falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado" por la empresa dice: " el incumplimiento de la obligación del pago puntual del salario o, como aquí sucede, del subsidio de incapacidad temporal, ha ido evolucionando jurisprudencialmente hacia su objetivación, como advierte la sentencia recurrida, acudiendo a las siguientes notas: ": 1) no es exigible para la concurrencia de la causa de resolución del artículo 50.1.b) ET Legislación citada ET art. 50.1.b Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. la culpabilidad en el incumplimiento del empresario; 2) para que prospere la causa resolutoria basada en "la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado" se exige exclusivamente el requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial; y 3) este criterio objetivo de valoración del retraso continuado, reiterado

o persistente en el pago de la retribución no es de apreciar cuando el retraso no supera los tres meses (TS 25-9-1995; rcud 756/1995 Jurisprudencia citada S TS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 25-09-1995 (rec. 756/1995))" [STS 1044/2016, de 9 de diciembre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 09-12-2016 (rec. 743/2015)]. En esa línea, se ha dicho que "para determinar la 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, partiendo de un criterio objetivo independiente de la culpabilidad de la empresa (continuación y persistencia en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado). En tal sentido, por ejemplo, pueden verse las SSTS de 24 de septiembre de 2013 (rec. 3850/2011 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 24-09-2013 (rec. 3850/2011)); 2 diciembre 2013 (rec. 846/2013 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 02-12-2013 (rec. 846/2013)); 3 diciembre 2013 (rec. 141/2013 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 03-12-2013 (rec. 141/2013)) y 5 diciembre 2013 (rec. 141/2013)), donde se explica el abandono del criterios culpabilista sostenido en alguna ocasión" [STS 19/01/2015, rcud 569/2014 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 19-01-2015 (rec. 569/2014)].

En relación con el establecimiento de criterios objetivos de valoración, también se ha dicho que " revisten la entidad suficiente para decretar la resolución indemnizada del contrato de trabajo los retrasos producidos durante un lapso ininterrumpido de nueve meses, con un tiempo de demora variable de entre 8 y 17 días, y un retardo promedio de 13,5 días (STS/4ª de 3 de diciembre de 2012, Rcu. 612/2012 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 03-12-2012 (ref. 612/2012)); o a lo largo de 14 meses consecutivos, con una dilación de entre 3 y 28 días, y una media aproximada de 11 días por mes (STS/4ª de 24 de septiembre 2013, Crudo. 3850/2011 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 24-09-2013 (rec. 3850/2011)); o en un período continuado de 15 meses, oscilando el retraso entre 15 y alcanzando un promedio de 22,5 días (STS/4ª de 16 julio 2013, rcud. 2275/2012 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 16-07-2013 (rec. 2275/2012)); o el mantenido durante 26 meses consecutivos, con una tardanza mínima de 2 días y máxima de 26 días, con prevalencia de la situada en 12 días, siendo el retraso promedio de 11,20 días (STS/4ª de 22 de diciembre de 2008, rcud. 294/2008 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 22-12-2008 (rec. 294/2008))" [STS 683/2016, de 6 de noviembre].

Estos criterios de valoración atienden, a su vez, a un espacio temporal en el que se debe centrar el enjuiciamiento de la conducta empresarial. Y en ese sentido se considera que los incumplimientos no se cierran hasta el momento del acto de juicio, en tanto que la obligación de la empresa de abonar el salario en el tiempo establecido persiste más allá del momento en el que se plantea la acción judicial, de forma que, estando pendiente una acción como la que nos ocupa, pueden tomarse en consideración los incumplimientos que se produzcan hasta el acto de juicio. Y en ese sentido se ha dicho, con cita de la SSTS 19/1/2015, rcud. 569/2014 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 19-01-2015 (rec. 569/2014) y 25/2/2013, rcud. 380/2012 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 25-02-2013 (rec. 380/2012) que " la fecha límite para aportar datos, por ambas partes, sobre la actuación empresarial es la fecha del juicio, pudiéndose hasta ese momento tener en cuenta tanto los posibles pagos empresariales, como las posibles demoras o impagos, tanto a efectos en ambos casos de constatar el alcance del denunciado incumplimiento empresarial, como de la posible concreción de la acción de reclamación de cantidad acumulada. En sus propias palabras, hay que permitir "a la parte demandada la alegación de hechos, sin perjuicio de su valoración judicial, sobre posibles pagos efectuados tras la presentación de la demanda, con pretendida incidencia en la acción de extinción contractual como, en su caso, en la acción acumulada de reclamación de cantidad".[STS 928/2017, de 27 de noviembre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 27-11-2017 (rec. 190/2016)].

Junto a lo anterior, también se ha negado virtualidad enervadora de la acción planteada al hecho del pago de los salarios debidos cuando se hace antes del acto de juicio, diciendo que "el momento a tener en cuenta para valorar la gravedad del incumplimiento empresarial derivado de la falta de pago o retraso continuado en el abono de salarios ha de ser el del ejercicio de la acción resolutoria, sin que sean por lo tanto relevantes a tal efecto los pagos que pudiere haber efectuado la empresa con posterioridad y antes de la celebración del acto de juicio, aplicando con acierto la doctrina de esta Sala en la materia, de la que son exponentes las SSTS 25-02-2013 (rcud.380/2012 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 25-02-2013 (rec. 380/2012)); 25-03-2014 (rcud.1268/2013 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 25-03-2014 (rec. 1268/2013)); 19-01- 2015 (rcud.569/2014 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 19-01-2015 (rec. 569/2014)); 27-01-2015 (rcud.14/2014 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 27-01-2015 (rec. 14/2014)) y 9/12/2016, (rcud. 743/2015 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 09-12-2016 (rec. 743/2015))" [STS 928/2017, de 27 de noviembre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 27-11-2017 (rec. 190/2016)].

Esto es "una vez constatada la gravedad del incumplimiento en la fecha de la demanda en la que se ejercita la acción resolutoria, los pagos posteriores que eventualmente pudiere realizar el empleador no enervan la acción ya ejercitada por el trabajador, en la que " el interés cuya tutela solicita no se corresponde solo con la percepción de las remuneraciones o subsidios que su empleadora le adeuda ", sino que lo que está solicitando es que se reconozca que la empresa " ha incumplido gravemente sus obligaciones, hasta el extremo que está justificada la resolución contractual, con las consecuencias indemnizatorias" de tal manera que " el interés legítimo ejercitado ante los

tribunales no se corresponde exclusivamente con el cobro de las cuantías adeudadas por el empleador, sino que también se está interesando la terminación indemnizada del contrato, es claro que el abono de los salarios o subsidios por parte de la empresa no comporta la desaparición del "interés legítimo" a que se refiere el art. 22 LEC. Legislación citada LEC art. 22 para postular la enervación de la acción. Como mucho, la cancelación de la deuda por parte de la empresa viene a satisfacer una parte del objeto litigioso, pero no la específica y central de las acciones resolutorias del contrato de trabajo " (STS 19/1/2015, rcud. 569/2014 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 19-01-2015 (rec. 569/2014))" [STS 928/2017, de 27 de noviembre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 27-11-2017 (rec. 190/2016)].

Por otra parte, como casos específicos en los que se ha apreciado la existencia del incumplimiento grave que permite declarar la extinción del contrato, podemos destacar los siguientes: " cuando la empresa abona con retraso sus retribuciones a dos trabajadores a lo largo de nueve meses, con demoras irregulares que oscilan en los pagos efectuados desde el día 11 del mes corriente (únicamente en el mes de abril), al 8 del siguiente (el salario de septiembre). Véase la STS de 3 diciembre 2012 (rec. 612/2012 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 03-12-2012 (rec. 612/2012))" [STS 19/01/2015, rcud 569/2014 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 19-01-2015 (rec. 569/2014)]. También, la existencia de 2 meses de impago y 3 meses de retraso, lo que arroja 5 retrasos, siendo los mismos reiterados y persistentes durante un período de 5 meses, ascendiendo el montante de lo adeudado a fecha de presentación de la demanda a un saldo de 3.826,50 euros [STS 25/03/2014, rcud 1268/2013 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 25-03-2014 (rec. 1268/2013)].

Finalmente, tampoco debemos olvidar que, el art. 29.1 del ET Legislación citada ET art. 29.1 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. dispone que " 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" y que en materia de subsidio de incapacidad temporal y en atención a lo que dispone el art. 102 de la LGSS Legislación citada LGSS art. 102 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. actualmente vigente (anterior art. 77 LGSS 1994 Legislación citada L. GSS art. 77 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.) y el art. 6.2 de la Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria".

3.- Conforme tales parámetros jurisprudenciales, en nuestro caso debemos considerar que concurre la entidad de grave en el incumplimiento, pues desde el año 2013 al demandante se le abona el salario al día 20 o 30 del siguiente mes al devengado, tal y como indica el tercer hecho probado de la sentencia recurrida y es hecho pacífico entre partes.

En casos muy parecidos al presente, la Sala Cuarta así lo ha considerado. Por todas, sentencias de fecha 27 de enero de 2015 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 27-01-2015 (rec. 14/2014), 5 de diciembre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 05-12-2013 (rec. 2071/2012), 19 de noviembre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 19-11-2013 (rec. 2800/2012) y 24 de septiembre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 24-09-2013 (rec. 3850/2011) y 16 de julio de 2013 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 16-07-2013 (rec. 2275/2012) y 3 de diciembre de 2012 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 03-12-2012 (rec. 612/2012) (recursos 14/2014 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 27-01-2015 (rec. 14/2014), 2071/2012 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 05-12-2013 (rec. 2071/2012), 2800/2012 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 19-11-2013 (rec. 2800/2012), 3850/2011 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 24-09-2013 (rec. 3850/2011), 2275/2012 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 16-07-2013 (rec. 2275/2012) y 612/2012 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 03-12-2012 (rec. 612/2012)). Caso parecido también resuelve nuestra reciente sentencia de 1 de octubre de 2019 (recurso 1503/2019)

Resta por ver si aquel pacto verbal o la existencia de causas económicas son elementos obstativos a la estimabilidad de la pretensión.

Esas mismas sentencias anteriormente citada revelan que al efecto no tiene tal condición la circunstancia económica adversa de la empresa y esta Sala cuenta con antecedentes que indican que no queda enervada la acción incluso por pacto formal de abono retrasado de salarios entre empresa y comité o acordado en asamblea de trabajadores, pudiendo citarse al efecto las sentencias de 29 de enero de 2008 y 13 de febrero de 2017 (recursos 3015/2007 y 38/2007), valorando la eventual incidencia de esos pactos en la irrenunciabilidad de los derechos indisponibles de los trabajadores (artículo 3, punto 5 del Estatuto de los Trabajadores Legislación citada ET art. 3.5 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.).

En esta última, razonamos al efecto: "¿ Tampoco pueden verse perjudicados al amparo de una solidaridad que nuestro ordenamiento no reconoce como espada de Damocles que pende sobre los mismos. Adviértase que contempla de manera expresa las situaciones de crisis o dificultades económicas de las empresas y arbitra medios para que los empresarios puedan hacerlas frente, bien sea modificando las condiciones laborales de los trabajadores, suspendiendo temporalmente sus contratos o reduciendo plantillas, pero no ha querido que una de ellas pudiera ser condicionar el pago de conceptos retributivos ya devengados (o en trance de hacerlo) a los resultados de la empresa ni dilatar su abono. Elección de nuestro legislador que resulta fácil de comprender, dado que normalmente el trabajador se vale del salario para satisfacer sus necesidades más vitales; por otra parte, al trabajador individualmente considerado no se le faculta para que pueda interesar esas medidas laborales destinadas a hacer frente a las situaciones de crisis, lo que le deja inerte ante las mismas, no teniendo más solución que la de irse "voluntariamente" de la empresa o soportar el incumplimiento empresarial de su obligación principal y causa del trabajo que él aporta.

Por otra parte, nuestro legislador es taxativo respecto a la obligación de pago del salario, pues si bien es cierto que remite a la fecha "convenida", se encarga de precisar que ha de hacerse puntualmente y, sobre todo, que el período de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no puede exceder de un mes, en regla que deviene de esas necesidades vitales que se satisfacen normalmente con el salario y pone de relieve que prohíbe que lo convenido pueda exceder de ese límite absoluto (art. 29-1 ET Legislación citada ET art. 29.1 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.). Bien es cierto que en el caso de las pagas extraordinarias admite el prorrateo de las mismas, aunque únicamente si se acuerda por convenio colectivo (art. 31 ET Legislación citada ET art. 31 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.). Estamos ante normas de derecho necesario, que no están sujetas a disposición (art. 3-5 ET Legislación citada ET art. 3.5 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.). Prohibición de disponibilidad que nuestro ordenamiento no excepciona en función de la causa por la que se haga o del sujeto negociador del acuerdo trasgresor. "

Máxime en un caso como el de autos, donde aquel pacto era verbal y se remonta a seis años al tiempo de presentación de la demanda.

4.- Lo anterior lleva a estimar la demanda rectora de este proceso, fijando la indemnización prevista en el artículo 50, punto 2 del Estatuto de los Trabajadores Legislación citada ET art. 50.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. en relación con su artículo 56 partiendo de la antigüedad y salario fijados en el indiscutido hecho probado primero de la sentencia recurrida.

Quinto.

Costas.

Dada la parcial estimación del recurso, no procede pronunciamiento condenatorio en materia de costas del recurso (artículo 235, punto 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social Legislación citada LRJS art. 235.1).

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimamos en parte el recurso de suplicación formulado en nombre de don Carlos Ramón contra la sentencia de fecha seis de junio de dos mil diecinueve, dictada en los autos 192/2019, seguidos ante el Juzgado de lo Social número 7 de los de Bilbao en los autos 192/2019, en los que también son partes Sociedad de Ingeniería y Dirección de Obras, S.L., Emerando, S.L., doña Serafina, doña Sagrario, doña Sandra y el Fondo de Garantía Salarial.

Y en su consecuencia, revocando la misma, estimamos en parte la demanda y acordamos la extinción contrato de trabajo que unía al señor Carlos Ramón con Sociedad de Ingeniería y Dirección de Obras, S.L. a la fecha de esta sentencia, debiendo abonar tal demandada al demandante en concepto de indemnización derivada de ello la cantidad de 101.270,33 euros, absolviendo al resto de demandados.

Cada parte deberá abonar las costas de su recurso que hayan sido causadas a su instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

VOTO PARTICULAR que emite la Ilma. Sra. Magistrada D^a MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI a la sentencia de esta Sala dictada en el Recurso 2120/2019 al amparo de lo previsto en el artículo 260 de la LOPJLegislación citadaLOPJ art. 260.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de la Comunidad Autónoma del País Vasco, finalmente aprobada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. La sentencia de la Sala en decisión mayoritaria estima parcialmente el recurso de suplicación del demandante D Carlos Ramón y, estimando en parte la demanda formulada por el referido trabajador contra SOCIEDAD DE INGENIERÍA Y DIRECCIÓN DE OBRAS SL, revoca parcialmente la dictada por el Juzgado y acuerda la extinción del contrato de trabajo que unía al recurrente con la empresa SOCIEDAD DE INGENIERÍA Y DIRECCIÓN DE OBRAS SL debiendo abonar esta demandada al demandante en concepto de indemnización derivada de ello la cuantía de 101.270,33 euros, absolviendo al resto de demandados tras rechazar que proceda estudiar si nos encontramos ante un grupo de empresas con efectos laborales.

Discrepo de la sentencia aprobada en el sentido que sostengo que no debió estimarse parcialmente el recurso siendo correcta la desestimación de la demanda de declaración de extinción de la relación laboral al amparo del artículo 50 ET Legislación citada ET art. 50Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores., tal y como concluyó la sentencia de instancia.

Considero, en consonancia con la decisión judicial recurrida, que en la situación que se somete a nuestra consideración es determinante tener muy en cuenta dos circunstancias fácticas:

1)que la empresa pactó con todos los trabajadores ¿incluido el actor recurrente- de forma verbal en 2013 que, debido a una situación negativa por la que atravesaba la empresa, se percibiría una primera nómina con un mes de retraso y que después todos los meses se percibiría la nómina, viniendo abonándose desde entonces entre los días 20 y 30 de cada mes posterior al devengo (así se describe en el inalterado hecho probado tercero);

2)que el trabajador no ha reclamado a la empresa el abono dentro del mes del devengo desde 2013, siendo el primer acto que realiza denunciando la impuntualidad del abono la pretensión de extinción indemnizada resuelta por la sentencia recurrida (pues no consta en la relación fáctica ninguna actuación previa).

El supuesto de hecho acreditado de esa forma entiendo no constituye un incumplimiento contractual grave por parte del empresario que justifique la extinción del contrato a instancia del trabajador conforme al artículo 50.1 b E T Legislación citada ET art. 50.1.bReal Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores..

Ha de tenerse en cuenta que la resolución del vínculo contractual por voluntad del trabajador al amparo de lo dispuesto en el artículo 50 ET Legislación citada ET art. 50Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. no deja de ser una solución extrema que ha de estar proporcionada a la gravedad del incumplimiento empresarial.

Si bien no es preciso, según la jurisprudencia citada por la sentencia mayoritaria, que la demora se deba a la culpa del empresario, es obvio que sí debe concurrir ese incumplimiento o demora grave en el abono de los salarios. Y entiendo no concurre en este particular supuesto, al existir un acuerdo sobre el aplazamiento del pago o no exigencia del abono en el mes del devengo, por lo que no existe demora al no estar vencida la deuda ni ser exigible según el artículo 1113 del Código CivilLegislación citadaCC art. 1113, en virtud de ese pacto entre las partes que el trabajador en ningún momento ha pretendido dejar sin efecto ni ha reclamado en su contra.

Y no comparto que el pacto de 2013 fuera nulo por estar disponiendo el trabajador de derechos irrenunciables de acuerdo con el artículo 3.5 ET Legislación citada ET art. 3.5Real Decreto Legislativo 1/1995, de

24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.. En este sentido, entiendo que puede resultar indisponible e irrenunciable para el trabajador el derecho a percibir puntualmente los salarios sin posibilidad de revocación, y sería nulo el consentimiento del trabajador en un pacto en ese sentido que limitara ese derecho de forma indefinida por lo que habría que calificar de incumplimiento la conducta empresarial que, acogiéndose a un pacto así, se niega a abonar al trabajador su salario puntualmente. Pero no concibo que sea nulo el acuerdo del trabajador individual sobre cierto retraso, dentro de los límites del artículo 29.1 ET Legislación citada ET art. 29.1 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores., quedando a salvo el derecho del mismo a exigir en cualquier momento ese abono puntual y dejando sin efecto el pacto.

Entiendo que esta interpretación es acorde con la regulación estatutaria sobre el tiempo de pago del salario, y en concreto con el artículo 4.1 f ET Legislación citada ET art. 4.1.f Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. que reconoce el derecho del trabajador a la percepción puntual de la remuneración y con el artículo 29.1 ET Legislación citada ET art. 29.1 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. que dispone que el pago del salario se hará puntualmente en la fecha y lugar " convenidos " y que " el período de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes " siendo así que en este caso el salario se ha venido abonando desde 2013 dentro del mes siguiente al del devengo.

Por otro lado, es una interpretación más acorde con el principio de buena fe que debe regir todas las relaciones, y también la que deriva del contrato de trabajo, de acuerdo con el artículo 5 a) ET Legislación citada ET art. 5.a Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. y 7 Código Civil Legislación citada CC art. 7, y por ello no debe calificarse de incumplimiento, y menos de incumplimiento grave, la conducta empresarial de abono de salarios entre los días 20 y 30 del mes siguiente al devengo estando esa fecha amparada por un pacto, que debemos entender vigente mientras no se diga otra cosa, y sin que el trabajador previamente haya solicitado el abono puntual al que expresamente había renunciado. No resulta admisible que una conducta empresarial continuamente aceptada por el trabajador y amparada por un pacto expreso, aunque sea verbal, pueda transformarse, de repente, en un incumplimiento que justifique la resolución del contrato de trabajo.

Por último, invoco la sentencia del TS de 05/03/2012- R 1311/2011 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 05-03-2012 (rec. 1311/2011), que razona en este sentido lo siguiente:

"Además, en el presente caso consta probado (ordinal quinto de los hechos probados) que los representantes de los trabajadores estaban informados y aceptaban el retraso en el pago como forma de solventar el mal momento económico, lo que era conocido por trabajadores que habían consentido cobrar con retraso para que la empresa siguiera adelante y no tuviera que reducir la plantilla. Este hecho, ajena la "ratio decidendi" que motivó nuestra sentencia de 22 de diciembre de 2008, corrobora la calificación efectuada antes sobre la relevancia del retraso en el pago. Si existía un convenio sobre el aplazamiento del pago o su no exigencia puntual, no puede estimarse que la empresa incurriese en mora porque la deuda no estaba vencida, ni era exigible (artículo 1113 del Código Civil Legislación citada CC art. 1113 (EDL1889/1) Art.1113 Código Civil Legislación citada CC art. 1113 , publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.), razón por la que si el actor no estaba conforme con ese acuerdo sólo podía pedir la rescisión del contrato con la indemnización de veinte días prevista en el art. 41-2 del E.T Legislación citada ET art. 41.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. . (EDL1995/13475) Art.41.2 Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo Legislación citada ET art. 41.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley. , cosa que no hizo. Pero, aunque se estimara que el citado acuerdo, pese al contenido de los ordinales quinto y séptimo de los hechos declarados probados, no vinculaba al actor, la solución sería la misma, porque el error de la empresa al creer que era vinculante, impide calificar como graves los retrasos en que incurrió, máxime teniendo en cuenta que la crisis económico-financiera que padecemos provoca, entre otros, importantes problemas de liquidez a las empresas".

Por todo ello, es mi parecer jurídico que la decisión mayoritaria no debió revocar parcialmente la sentencia de instancia, pues aplicó correctamente el precepto que se esgrime infringido, por lo que sostengo que debió confirmarse íntegramente la misma.

Así por este mi voto lo pronuncio mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia junto con el Voto Particular emitido en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar , al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros .

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-2120-19.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-2120-19.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

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.