



TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMIERAKO LANA

Relaciones Laborales y Recursos Humanos

EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR IMPAGO Y RETRASOS CONTINUADOS

EN EL ABONO DE SALARIOS

Cristina Roque Fabo

DIRECTOR / ZUZENDARIA

José Luis Goñi Sein

Pamplona / Iruñea

29 de mayo de 2017

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la extinción indemnizada del contrato de trabajo por impago y retrasos continuados en el abono del salario pactado, esto es, si es posible instar, por decisión unilateral del trabajador, la extinción del contrato de trabajo por alguna de las referidas causas.

Para lo cual, se prestará atención a las condiciones en que debe hacerse efectivo el pago del salario, a los supuestos del incumplimiento empresarial del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores por falta de pago o retrasos injustificados, y a los mecanismos en defensa del trabajador frente al impago o impuntualidad del pago del salario.

El objetivo final es ver de qué manera un trabajador se encuentra protegido frente al impago o retraso en el abono de los salarios.

PALABRAS CLAVE: obligación de pago puntual de salarios, relación laboral viva, carácter constitutivo de la sentencia, extinción indemnizatoria del contrato de trabajo, impago.

ABSTRACT

The present document aims for analyzing the indemnity termination of the labor contract for non-payment and continued delays in the payment of the agreed wage, this is, if it is possible to urge, by a unilateral decision of the worker, the termination of the employment contract by one of the causes.

For this purpose, attention shall be paid to the conditions under which the payment of wages must be made, to the cases of corporate breach of article 50.1.b) of the Workers' Statute for non-payment or unjustified delays, and to defense mechanisms of the worker against non-payment or unpunctuality payment of the salary.

The final goal is to see how a worker is protected against default or delay payment of wages.

KEYWORDS: On time payment obligation of salaries, current labor relationship, constitutive nature of the sentence, compensatory termination of the employment contract, non-payment.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| I. INTRODUCCIÓN..... | 5 |
| II. EL DEBER DEL EMPRESARIO: ABONO PUNTUAL DE LOS SALARIOS PACTADOS..... | 6 |
| 1. Derecho a la remuneración suficiente | 6 |
| 2. Definición del salario..... | 6 |
| 3. Pago del salario..... | 8 |
| III. SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR DECISIÓN UNILATERAL DEL TRABAJADOR | 9 |
| 1. Abandono..... | 9 |
| 2. Dimisión | 10 |
| 3. Extinción por incumplimiento empresarial | 10 |
| 3.2. La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado (art. 50.1.b))..... | 11 |
| 3.3. Cualquier otro incumplimiento grave del empresario de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados (art. 50.1.c)). | 11 |
| 4. Por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género..... | 11 |
| IV. IMPAGO Y RETRASOS CONTINUADOS EN EL ABONO DEL SALARIO PACTADO | 11 |
| 1. Alternativas por las que puede optar la empresa para no incumplir con su obligación de pago de los salarios | 11 |
| 2. Concepto de impago de salarios | 14 |
| 3. Concepto de retraso de salarios | 14 |

| | |
|---|-----------|
| V. MECANISMOS DE DEFENSA POR PARTE DEL TRABAJADOR FRENTE AL IMPAGO Y RETRASO DE ABONO DE SALARIOS..... | 15 |
| 1. Denuncia ante la Inspección..... | 15 |
| 2. Intereses de demora..... | 16 |
| 3. Reclamación de cantidades..... | 17 |
| 4. Extinción indemnizatoria por impago de salarios..... | 18 |
| VI. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL EMPRESARIO..... | 18 |
| 1. Requisitos del incumplimiento empresarial..... | 18 |
| 2. Carácter constitutivo y judicial de la extinción contractual..... | 24 |
| VII. ACCIÓN DE RESOLUCIÓN INDEMNIZATORIA DEL CONTRATO..... | 27 |
| 1. Obligación de permanencia en la empresa..... | 27 |
| 2. Medidas cautelares..... | 29 |
| 3. Sentencia resolutoria e indemnización correspondiente..... | 31 |
| VIII. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR IMPAGO EN EMPRESAS EN SITUACIÓN DE CONCURSO..... | 34 |
| IX. ACUMULACIÓN DE ACCIONES..... | 37 |
| X. CONCLUSIONES..... | 39 |
| XI. BIBLIOGRAFÍA..... | 42 |
| XII. LEGISLACIÓN..... | 43 |
| XIII. JURISPRUDENCIA..... | 44 |

I. INTRODUCCIÓN

Debido a la crisis por la que atraviesan las empresas, muchas de ellas se ven con verdaderos problemas para hacer frente a la obligación de pago puntual de los salarios. El ordenamiento jurídico les permitirá, en caso de no poder hacer frente al pago de los salarios pactados, acudir a otras formas de actuación, para que puedan seguir abonando los salarios debidamente y sus trabajadores no se vean afectados por el mal momento económico del que no son responsables.

Pero, si no acuden a estos mecanismos de superación de crisis coyunturales y persisten en el incumplimiento de su obligación salarial, el ordenamiento jurídico otorga al trabajador, al igual que el artículo 1.124 del Código Civil lo hace en el ámbito civil -al establecer que, ante el mal comportamiento (o incumplimiento) de una de las partes contractuales, la parte perjudicada podrá, o bien exigir su cumplimiento, o bien, resolver la relación, teniendo derecho a recibir una indemnización por daños y perjuicios-, la resolución indemnizada del contrato, aunque en este caso no sea de forma directa.

Así, ante el incumplimiento contractual del empresario, el trabajador puede llevar a cabo acciones o medidas que le protejan frente al incumplimiento del empresario. El artículo 49.1.j) del Estatuto de los Trabajadores, en relación al artículo 50 de la misma norma, permite a los trabajadores extinguir el contrato de trabajo cuando son afectados por el incumplimiento contractual grave del empresario, con derecho a una indemnización, la cual será equivalente a la indemnización por despido improcedente.

Lo que se tiende a evitar es, como bien señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1997¹ que, “un incumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato de trabajo al empleador, sitúe a aquél (trabajador) en una posición forzada de dimisión, sin recibir indemnización correspondiente al despido”.

En este trabajo se va a analizar en profundidad este tema. Para lo cual, es importante conocer cómo ha de llevarse a cabo la solicitud de extinción del contrato, los efectos que conlleva el proceso extintivo y el carácter indemnizatorio de la extinción.

¹ STS de 3 de abril de 1997 (RJ 1997\3047)

II. EL DEBER DEL EMPRESARIO: ABONO PUNTUAL DE LOS SALARIOS PACTADOS

La relación laboral entre una empresa y un trabajador nace cuando éstos suscriben un contrato de trabajo. En dicho documento se recogen, entre otras cosas, los derechos y deberes a los que ambas partes quedan sometidas.

El Estatuto de los Trabajadores recoge, en sus artículos 4 y 5, los derechos y deberes laborales de los trabajadores, respectivamente. Particularmente, en el artículo 4.2.f), se prevé el derecho del trabajador a percibir puntual y correctamente el salario pactado. Este derecho supone para el empresario, el deber de abonar debidamente los salarios acordados, lo cual viene plasmado en el artículo 29.1 de la misma ley.

Antes de entrar en materia, procede abordar los aspectos concernientes al abono de salarios como obligación contractual del empresario.

1. Derecho a la remuneración suficiente

La Constitución Española, entre otras cosas, tiene la finalidad de proteger a sus ciudadanos, no solo en el ámbito personal, sino también en el ámbito profesional. Por ello, recoge en su artículo 35.1 el conjunto de derechos y deberes, concernientes al ámbito laboral, a los que los españoles deben responder. Concretamente, expone que todos los españoles tienen el deber y el derecho a trabajar, a elegir libremente la profesión a desempeñar, a promocionarse a través del trabajo, y a recibir una remuneración a cambio de la prestación de servicios satisfecha. No obstante, la remuneración a percibir deberá ser justa, proporcional y suficiente para que la persona sea capaz de satisfacer sus necesidades, así como las de su familia.

Además, añade que no se permitirá en ningún caso que la persona trabajadora sufra discriminación por razón o sexo.

2. Definición del salario

El artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores considera salario a todas aquellas percepciones económicas que reciben los trabajadores, ya sea en dinero o en especie, a cambio de la prestación de sus servicios laborales por cuenta ajena en una empresa. Ello incluirá tanto el cómputo del trabajo realmente efectuado, como los periodos de descanso computables al trabajo. Por el contrario, el artículo 26.2 establece que todas aquellas percepciones que reciba el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados por su trabajo, las prestaciones o indemnizaciones de Seguridad Social, y todas aquellas indemnizaciones por traslados, suspensiones de empleo o despidos, no se considerarán salario, pues se tratan de percepciones económicas extrasalariales.

Al analizar la definición legal de “salario”, pueden destacarse tres elementos característicos: en primer lugar, el *carácter del salario*. Debe concebirse el término salario como una contraprestación global o total que el empresario debe abonar al trabajador como consecuencia de la prestación de servicios asumida en base al contrato de trabajo. No cabe entender dicho concepto como una contraprestación específica por haber realizado unas tareas concretas. En segundo lugar, el salario es una *contraprestación a cargo del empresario* que se asume con respecto al trabajador, al haber éste prestado servicio de manera profesional y ajena en la empresa. No obstante, cabe recordar que no todo lo que el empresario abona al trabajador es salario, pues de él quedan fuera las percepciones extrasalariales antes citadas. En tercer y último lugar, hay que hacer cierta referencia al *contenido económico del salario*. Como bien dice el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, el salario está constituido por todas aquellas percepciones económicas que reciben los trabajadores, o bien en dinero, o bien en especie. Pues bien, el término “en especie” hace referencia a todas aquellas percepciones que recibe el trabajador y que no son propiamente dinero, pero que sí tienen un valor económico, y que los trabajadores reciben como retribución por su trabajo. Se trata de, por ejemplo, los alojamientos en hoteles por viajes empresariales, la manutención, el uso o propiedad de vehículo, las pólizas de seguros, etc. En el mismo precepto jurídico viene establecido que, en ningún caso, se va a permitir que las percepciones en especie que reciba el trabajador, puedan ser superiores al 30% del total de la cuantía salarial, así como

que tales percepciones no podrán dar lugar a una minoración de la suma íntegra del salario mínimo interprofesional².

Siguiendo lo señalado anteriormente, el salario que reciba el trabajador debe venir establecido en el contrato laboral efectuado para la correcta validez de la relación laboral empresa-trabajador. En definitiva, el salario debe estar claramente determinado, pues es la contraprestación que recibe el trabajador por prestar servicios para una empresa.

3. Pago del salario

En cuanto al pago del salario, se aplica el principio de posremuneración, el cual comporta que el salario se abonará por los servicios ya prestados. Por ello, se entiende que, una vez que el trabajador presta sus servicios en una empresa, tiene el derecho a recibir contraprestación por ello. Automáticamente se deben contabilizar los salarios que recibirá en la fecha que haya sido acordada previamente en el contrato de trabajo.

Según lo dispuesto en el artículo 29 del Estatuto de los Trabajadores, el pago del salario debe hacerse puntualmente, sin que pueda excederse de un mes, según las fechas acordadas o convenidas en el contrato de trabajo. El incumplimiento de la empresa del pago puntual de los salarios lleva consigo una serie de consecuencias jurídicas que serán analizadas convenientemente en este trabajo.

Asimismo, antes de que llegue el día fijado de pago, el trabajador tiene derecho a poder recibir anticipos por el trabajo ya realizado, lo que posteriormente se le descontará de la nómina.

Tal y como prevé el artículo 29.4 de la norma estatutaria, el salario podrá pagarse tanto en moneda como en cheque, transferencia bancaria o cualquier otra modalidad de pago similar a través de cualquier entidad de crédito. No obstante, si el empresario decidiera abonar los salarios por cualquiera de otros medios distintos al abono en

² MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.: “*Derecho del Trabajo*”, Tecnos, 23ª Edición, Madrid 2014, págs. 639 y ss.

metálico, deberá comunicarlo previamente a los representantes legales de los trabajadores, y en su caso, a éstos.

En cuanto al lugar del pago del salario, será según lo establecido en el artículo 29 del Estatuto de los Trabajadores, el convenido o acordado en el contrato de trabajo. Normalmente, el pago del salario se recibe en el mismo lugar donde se prestan servicios, es decir, en la empresa.

Por lo que respecta a la documentación del pago, el pago del salario podrá hacerse efectivo a través de la entrega al trabajador de un justificante o recibo del mismo, conocido como nómina, el cual deberá ajustarse al modelo aprobado por el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, salvo que se hubiera pactado otro distinto por acuerdo o convenio colectivo. El empresario deberá conservar dicho recibo durante al menos cinco años, de manera que sirva como prueba de pago o para posibles comprobaciones³.

III. SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR DECISIÓN UNILATERAL DEL TRABAJADOR

El ordenamiento jurídico laboral contempla un conjunto de supuestos en los cuales el trabajador pueda rescindir del contrato de trabajo unilateralmente. Vienen recogidos en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, concretamente en los apartados d), j) y m). Aparte, hay un supuesto de extinción no contemplado en el ordenamiento, que constituye una causa ilícita de extinción por voluntad del trabajador, como es el abandono. Veamos a continuación los distintos supuestos:

1. Abandono

³ Artículo 3 Orden de 27 de diciembre de 1994 sobre el modelo de recibo individual de salarios (Ley derogada y modificada por la vigente Ley de 6 de noviembre de 2014).

No viene expresamente recogido en el Estatuto de los Trabajadores como el resto de supuestos. Sin embargo, conviene destacarlo ya que es una situación que puede producirse ocasionalmente en las empresas.

El abandono del puesto de trabajo se produce cuando un trabajador deja de acudir, por su propia voluntad y sin causa justificativa, a la empresa en la que presta servicios, o sea, sin haber preavisado al empresario.

Como consecuencia, la relación laboral quedará extinguida y el trabajador no tendrá derecho a cobrar ninguna indemnización, ni la prestación por desempleo, ya que constituye un incumplimiento del trabajador. En tal caso, el empresario podrá reclamar al trabajador una indemnización por los posibles perjuicios económicos que le hubiera podido causar.

2. Dimisión

Situación distinta al abandono es la dimisión del trabajador, la cual se encuentra regulada en el artículo 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores. Es una situación expresamente tipificada por la ley, por lo que sería distinta al abandono, ya que, a pesar de que en ambos casos el trabajador quiere extinguir la relación laboral, en la dimisión, el trabajador preavisa debidamente a la empresa su deseo de finalizar la relación con la empresa. En este caso, no hace falta que exista justa causa, pues lo único que se requiere es que se dé un preaviso.

Al igual que con el abandono, con la dimisión, la relación laboral quedaría extinguida. Sin embargo, podría dar derecho al trabajador a cobrar indemnización y prestación por desempleo.

3. Extinción por incumplimiento empresarial

Otra posibilidad que tiene el trabajador para extinguir su contrato de trabajo es cuando la empresa realiza un incumplimiento contractual grave. Esta situación viene recogida en el artículo 49.1.j) del Estatuto de los Trabajadores. En virtud de ello, el

artículo 50 regula los diferentes incumplimientos que puede cometer la empresa, los cuales son los siguientes:

3.1. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador (art. 50.1.a)).

3.2. La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado (art. 50.1.b)).

3.3. Cualquier otro incumplimiento grave del empresario de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados (art. 50.1.c)).

4. Por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género

Un último supuesto por el que el trabajador, o en este caso, la trabajadora, puede extinguir su relación laboral con la empresa, es cuando ésta se ve obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género. Esta situación se encuentra prevista en el artículo 49.1.m) del Estatuto de los Trabajadores.

IV. IMPAGO Y RETRASOS CONTINUADOS EN EL ABONO DEL SALARIO PACTADO

1. Alternativas por las que puede optar la empresa para no incumplir con su obligación de pago de los salarios

Cuestión importante que cabe plantear aquí es, la obligación que tienen las empresas en dificultades económicas de seguir abonando los salarios a los empleados.

Según la doctrina de los Tribunales, y como bien señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1999⁴ “si tal situación de crisis económica concurre, impidiéndole cumplir con su obligación de pago puntual de salarios, la norma estatutaria le posibilita el acudir a las formas de modificación de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción, *pero no puede 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, a instancia de los trabajadores afectados*”. En este sentido, el Estatuto de los Trabajadores les permite acudir a diferentes medios correctores para que puedan seguir manteniendo su obligación salarial. En concreto, son los previstos en los artículos. 41, 47, 51 y 52.c). A continuación, se exponen detalladamente cada una de ellas.

El artículo 41 se centra en las *modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo* que se podrán establecer en la empresa cuando concurren razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Las principales son, el cambio de jornada, de horario o distribución del tiempo de trabajo, el cambio en el sistema de remuneración y cuantía salarial, el sistema de trabajo o rendimiento, etc. No obstante, también se establece que todas aquellas modificaciones individuales deberán ser comunicadas, tanto al trabajador afectado como a sus representantes legales, con una antelación previa de al menos 15 días a la fecha en la que serán efectivas, mientras que todas aquellas modificaciones de carácter colectivo, deberán ser precedidas por un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, de una duración máxima 15 días.

Por otro lado, la *suspensión del contrato o la reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor*, vienen plasmadas en el artículo 47. En dicho artículo se establece que tales procedimientos se iniciarán informando a la autoridad laboral competente y abriendo un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración máxima de 15 días. Se entenderá por reducción de jornada de trabajo la disminución temporal de jornada de entre un diez y un setenta por ciento de la jornada computada, ya sea diaria, semanal, mensual o anual. En el caso de que se reduzca la jornada, cabe

⁴ STS de 25 de enero de 1999 (RJ 1999\898)

recordar que no está permitido la realización de horas extraordinarias, salvo casos de fuerza mayor. Tanto si se decidiera por suspender los contratos, como por reducir las jornadas, el mismo artículo prevé el desarrollo de actividades formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados por tal modificación, para de esa forma, contrarrestar el tiempo no empleado en trabajar, adquiriendo una mayor polivalencia o cualificación.

El artículo 51 recoge la posibilidad que tiene la empresa de llevar a cabo un *despido colectivo*. No obstante, deberá, como en el resto de los casos anteriores, estar fundamentado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En este caso el periodo en el que tal situación debe darse será en un plazo de 90 días. Asimismo, el despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, el cual tendrá una duración no superior a 30 días naturales, o de 15 días para las empresas de menos de 50 trabajadores.

Por último, el artículo 52.c) contempla la posibilidad de que la empresa *extinga el contrato de trabajo basándose en la existencia de causas objetivas* siempre y cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 relativas al despido colectivo, y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo. En estos casos, los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa.

En definitiva, estas diferentes alternativas permiten a las empresas inmersas en una mala situación económica, seguir cumpliendo con su obligación de pago puntual de los salarios, sin que la empresa pueda “obtener por su propia autoridad y contra la voluntad de los trabajadores afectados una quita o aplazamiento en el pago de sus obligaciones salariales [...] ya que dicha situación no afecta al esencial deber de abonar puntualmente los salarios.”⁵.

El artículo 50.1.b) del Estatuto de los trabajadores incluye, como incumplimiento empresarial, tanto la falta de pago como el retraso continuado en el abono del salario pactado. A pesar de que puede haber supuestos en los que se denuncie ambos conceptos,

⁵ ALFONSO MELLADO, C.L. y otros, “*Extinción del contrato de trabajo*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 287 y 288.

se trata de aspectos distintos y cabe definirlos separadamente, pues pueden dar lugar a confusión.

2. Concepto de impago de salarios

La Real Academia de la Lengua considera el *impago* del salario como la “omisión del pago de una deuda vencida”. En otras palabras, puede definirse como toda aquella falta de pago de una cantidad que se debe, es decir, el hecho de no pagar una cierta cantidad monetaria.

No obstante, como se tratará después, para considerar el impago del salario justa causa para poder instar la extinción del contrato, en virtud del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, es necesario que exista una cierta gravedad en el ejercicio de tal acción. De ese modo, cualquier impago de salarios no va a dar lugar a la resolución del contrato por decisión unilateral del trabajador. Lo mismo ocurrirá con los retrasos en el abono del salario.

Tratándose de impago total de salario, la jurisprudencia admite la extinción a partir de los tres meses de falta de abono de las nóminas sucesivas y de la paga extra de fin de año. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 diciembre de 2013⁶ resuelve que el trabajador está legitimado para solicitar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo cuando, en la fecha del juicio, la empresa aun le adeuda tres mensualidades y una paga extraordinaria.

3. Concepto de retraso de salarios

En cuanto al concepto de retraso, la Real Academia de la Lengua lo define como la “acción y efecto de retrasar o retrasarse”. Acudiendo al concepto de *retrasar* se aprecia la siguiente definición: “hacer que algo llegue o suceda más tarde del tiempo debido o acordado”. En este sentido, por *retraso* se entiende todo aquel atraso o demora

⁶ STS de 3 diciembre de 2013 (RJ\2014\71)

en el pago de una cantidad de dinero. En otras palabras, se refiere a no pagar puntualmente en la forma y fecha previamente convenida o establecida.

El retraso en el pago del salario pactado le genera al trabajador, el derecho a cobrar un interés por mora, recogido en el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores, del cual se tratará más detalladamente en su apartado correspondiente.

En lo que respecta al artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, aquí analizado, cabe decir que dichos retrasos deben referirse a espacios largos de tiempo, siempre y cuando se guarde una proporcionalidad con respecto a la prestación de servicios llevada a cabo. En este sentido, puede apreciarse el retraso en el abono del salario pactado en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2013⁷, en la que se reconoce, durante aproximadamente un periodo de dos años, el pago fraccionado, así como retrasado del salario, entre uno y dos meses. Además, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 23 de marzo de 2000⁸, también se aprecian retrasos en el pago, ya que el demandante, trabajando en la empresa desde 1993, recibe los salarios de entre noviembre de 1997 y enero de 1999 de manera retrasada mes a mes. Todos estos retrasos en el abono del salario pactado serían justa causa para la declaración de la extinción contractual.

V. MECANISMOS DE DEFENSA POR PARTE DEL TRABAJADOR FRENTE AL IMPAGO Y RETRASO DE ABONO DE SALARIOS

1. Denuncia ante la Inspección

Como bien establece el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el impago o el retraso continuado del pago del salario al trabajador, constituye una infracción muy grave.

⁷ STS de 19 de noviembre de 2013 (RJ 2013\8130)

⁸ STSJ de Comunidad Valenciana, de 23 de marzo de 2000 (AS 2000\4380)

Ante tal incumplimiento, el trabajador podrá acudir ante la Inspección de Trabajo y formular una denuncia. Será la propia Inspección quien, a partir de la emisión de un acta de inspección, en la que se reflejen los hechos constatados por el propio inspector, determine la infracción correspondiente. Hay que recordar que las actas de la Inspección de Trabajo gozan de presunción de certeza, por lo que será, en este caso el trabajador, quien tenga que presentar tantas pruebas necesarias como el proceso permita, para constatar el incumplimiento empresarial. Todo ello se encuentra regulado en el artículo 52 y 53 de la propia normativa.

Para proceder a valorar la sanción correspondiente, la Inspección de Trabajo debe tener en cuenta las circunstancias concretas de la situación, por ejemplo, si existió negligencia o intencionalidad por parte del empresario, si se advirtió previamente o no del retraso, si se dio fraude, etc. En este sentido, el artículo 40 de la misma ley establece que tal infracción supondrá una sanción de una multa, la cual oscilará entre los 6.251€ y 25.000€, en su grado mínimo, entre los 25.001€ y 100.005€ en su grado medio, y entre 100.006€ y 187.515€ en su grado máximo.

2. Intereses de demora

El retraso intencionado en el cumplimiento de la obligación de pago del salario puntual por parte del empresario, le supone a éste el pago de un interés, conocido como el interés de demora. Este interés viene recogido en el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores, el cual se establece en un 10% anual a calcular sobre el salario adeudado. Hay que tener en cuenta que, en periodos inferiores al año, habrá que calcular la parte proporcional al tiempo ya transcurrido en el año para obtener el interés de demora correspondiente.

Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2014⁹, “el recargo por mora al que se refiere el art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores únicamente cabe imponerlo cuando la realidad e importe de la retribución no satisfecha fuesen pacíficamente admitidos por las partes, esto es, cuando se trate de cantidades exigibles,

⁹ STS de 17 de junio de 2014 (RJ 2014/3457)

vencidas y líquidas (interpretación tradicional de la regla *in liquidis*), sin que la procedencia o improcedencia de un abono se discuta por los litigantes, pues ‘cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, queda excluida la mora en que podrían encontrar causa dichos intereses’”. En otras palabras, podrá exigirse el pago del interés de demora siempre y cuando el retraso e impago del salario no hubieran sido aceptados por el trabajador.

Por otro lado, la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 29 de junio del 2012¹⁰ viene a decir que los intereses de demora tienen un carácter indemnizatorio, no meramente sancionador. La finalidad de dichos intereses es resarcir a la parte perjudicada, es decir, al trabajador, por los daños y perjuicios que la parte incumplidora, en este caso, la empresa, le pudiera haber causado al no pagar sus salarios, o pagarlos impuntualmente. Ello quiere decir que, en virtud de lo establecido en los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil, incurrirán en mora todos aquellos que no satisfagan debidamente su obligación, la cual exija el acreedor ya sea judicial o extrajudicialmente. Además, todos aquellos que incurran en mora deberán abonar una indemnización por los daños y perjuicios causados a la parte afectada.

3. Reclamación de cantidades

Ante el impago o retraso en el abono del salario pactado, el trabajador tiene diferentes alternativas de actuación a través de las cuales puede ejercer su derecho a cobro de las cantidades que se le adeudan.

En primer lugar, podrá exigir el cumplimiento de la obligación debida y no satisfecha puntualmente, es decir, el trabajador podrá reclamar el pago de los salarios devengados y todavía no abonados.

Como segunda opción, cuando los retrasos o el impago se consideren suficientemente graves, según los criterios o requisitos citados anteriormente, el trabajador podrá instar la extinción del contrato de trabajo amparándose en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁰ STS de 29 de junio de 2012 (RJ 2012\8738)

Por último, en algunos supuestos se permite acumular en un mismo proceso las pretensiones antes mencionadas, es decir, la reclamación del pago de los salarios no abonados junto a la extinción del contrato. Más adelante se dedica un análisis a la acumulación de acciones.

4. Extinción indemnizatoria por impago de salarios

Como se ha señalado anteriormente, el incumplimiento empresarial por falta de pago o retrasos continuados en el abono de salarios, trae consigo, si así se considera en la sentencia judicial, la extinción del contrato de trabajo. Dicha extinción contractual vendrá acompañada de una indemnización tasada, que será la prevista para los despidos declarados improcedentes. Más adelante se detallará en qué consistirá la indemnización a la que el trabajador tendría derecho, así como la indemnización en algunas situaciones especiales.

VI. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL EMPRESARIO

1. Requisitos del incumplimiento empresarial

En principio, un incumplimiento propiamente dicho, requiere que sea un acto culpable, voluntario y grave. Sin embargo, al hablar del impago o del retraso en el abono de los salarios pactados, regulado en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, se aprecian algunas discrepancias.

En cuanto a la culpabilidad, hay que destacar que no se va a requerir expresamente, siendo también irrelevante la mala situación económica empresarial. Actualmente, son muchos los casos en los que las empresas atraviesan un momento crítico debido a su situación económica. En este sentido, los Tribunales vienen considerando que una mala situación económica empresarial no es motivo por el que la empresa pueda dejar

de abonar los salarios o se retrase continuamente en ello. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1992¹¹, entiende que “si el empresario puede amparar sus dificultades económicas, a efectos de la suspensión o de la extinción del contrato de toda o parte de su plantilla, en el seguimiento del expediente administrativo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, *no puede eludir el deber principal que le incumbe con base en la difícil situación económica por la que atraviesa. Sino que es indiferente que dentro del art. 50, el impago o el retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial*”. Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León establece en su Sentencia del 13 de octubre de 2016¹², que no hay que tener en cuenta la culpabilidad como requisito ante el incumplimiento empresarial del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, pues el impago o el retraso del abono de los salarios no tiene por qué deberse a la culpabilidad de la empresa. Lo que se exige para poder extinguir el contrato de trabajo en virtud del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores es “que el incumplimiento del empresario sea grave y esto ocurrirá cuando se produzca *de manera reiterada en el tiempo*, lo que previsiblemente hará que se trate de un *monto de cierta cantidad*, sin embargo, carece de relevancia los motivos que determinen la falta de pago, *la culpa no debe tenerse en cuenta en estos casos*”. También hace referencia a la posible justificación, por parte de la empresa, de tal incumplimiento, al alegar problemas económicos. Pues bien, en los casos en que la empresa esté atravesando una situación de crisis económica, la cual le impide cumplir con su obligación de pagar puntualmente los salarios a los trabajadores, *no puede, por su propia voluntad, aplazar el pago de los salarios*. Por tanto, las situaciones de crisis o dificultades económicas no legitiman ni justifican el incumplimiento de la obligación de abonar el salario.

En casos en que las empresas tienen dificultades económicas, el Estatuto de los Trabajadores permite un conjunto de alternativas por las que pueden aplazar el salario a sus trabajadores, pero en ningún caso se permite incumplir con su obligación puntual de pago de salarios. Más adelante se concretarán cuáles son estas posibilidades. Cuestión distinta es cuando, ante el mal momento económico en una empresa, se informa y se acuerda o pacta con respecto a los representantes de los trabajadores (e incluso con los

¹¹ STS de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992\1870)

¹² STSJ Castilla y León de 13 de octubre de 2016 (JUR 2016\259783)

propios trabajadores), la aceptación del retraso en el pago de los salarios, como forma de desahogar a la empresa con respecto de sus deudas. En estos casos, no puede apreciarse que la empresa haya incurrido en mora, por lo que no existe incumplimiento contractual por parte de la empresa. Así lo vienen estableciendo los Tribunales. Por ejemplo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 5 de marzo de 2012¹³, establece en relación con el artículo 1.113 del Código Civil, que “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”. Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia de 25 de febrero de 2014¹⁴, aborda esta cuestión, pues “si en la reclamación salarial las partes llegan a un acuerdo conciliatorio de pago, no podrá luego alegarse aquel impago o retraso, ya conciliado con causa justa para pedir la extinción del contrato”. En conclusión, para que el impago pueda extinguir el contrato, se requiere que la deuda sea exigible. De esta manera, si existe un acuerdo entre las partes, se entiende que no hay una exigibilidad propiamente dicha, y, por tanto, no puede apreciarse un comportamiento empresarial inadecuado¹⁵.

En referencia al requisito de la gravedad en el incumplimiento, es una exigencia realmente importante. Tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de abril de 1997¹⁶, se entiende como incumplimiento grave aquel que “haga referencia a lo esencial de lo pactado y sea de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión e insta la resolución”.

En la Sentencia del 17 de enero de 2011¹⁷, se observa que existe gravedad en el impago del salario en la situación en la que el trabajador, el cual no llevaba en la empresa ni un año prestando servicios, dejó de recibir salario durante más de 6 meses, incluidas las pagas extraordinarias. Dicha situación era insoportable, pues el impago tan prolongado de sus salarios no le permitía satisfacer sus necesidades ni las de sus familiares, sin olvidar que manteniéndose el trabajador en dicha situación le hacía

¹³ STS de 5 de marzo de 2012 (RJ 2012\4039)

¹⁴ STSJ Cataluña de 25 de febrero de 2014 (AS 2014\1053)

¹⁵ AUTORES VARIOS, “*Extinción del contrato de trabajo: Resolución por incumplimiento del empresario*” en Comentario Práctico, Aranzadi Experto, 2017, Pág. 7 (DOC 2003\152)

¹⁶ STS de 3 de abril de 1997 (RJ 1997\3047)

¹⁷ STS de 17 de enero de 2011 (RJ 2011\532)

desaprovechar otras opciones profesionales. Se hace referencia a si es necesaria o no una culpabilidad en el incumplimiento, al decir que “la gravedad del comportamiento es el que modela en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial, y la culpabilidad, no solamente no es requisito para generarlo, sino que incluso *es indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa*”. Asimismo, se añade que “para que prospere la causa resolutoria basada en ‘la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado’, *es necesaria -exclusivamente- la concurrencia del requisito de ‘gravedad’* en el incumplimiento empresarial, y a los 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 artículos. 4.2 f) y 29.1 del Estatuto de los Trabajadores, partiendo de un *criterio objetivo* [independiente de la culpabilidad de la empresa], *temporal* [continuado y persistente en el tiempo] y *cuantitativo* [montante de lo adeudado], por lo que concurre 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”.

Caso similar es el contemplado por la Sentencia del Tribunal Supremo, del 22 de diciembre del 2008¹⁸, en la que, ante el retraso de los salarios de un promedio de 11,20 días, en un periodo de aproximadamente un año, y aunque la empresa esté en situación de concurso, existe una cierta gravedad en el incumplimiento, pues se trata de “*retrasos continuados, persistentes en el tiempo y cuantitativamente importantes*”. Asimismo, es evidente la gravedad cuando se produce el retraso en el abono de cuatro meses de salario y en el abono de la paga extraordinaria de diciembre. El Tribunal Supremo prevé este concepto en varias de sus sentencias, siendo una de ellas la Sentencia de 9 de diciembre de 2010¹⁹, al considerar que es una situación especialmente grave, ya que el salario es la principal fuente de ingresos por la que el trabajador puede satisfacer sus necesidades; y, también, el previsto en su Sentencia de 13 de julio de 1998²⁰, en la que se aprecia el impago o los retrasos en el pago mes a mes, durante aproximadamente un año.

¹⁸ STS de 22 de diciembre del 2008 (RJ 2009\1434)

¹⁹ STS de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011\239)

²⁰ STS de 13 de julio de 1998 (RJ 1998/5711)

Por el contrario, puede haber casos en los que los Tribunales no contemplen expresamente dicha gravedad, como es el previsto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2013²¹, la cual considera que el retraso en el abono del salario de más de cinco meses no constituye un incumplimiento empresarial grave, al igual que al producirse un retraso en el pago de tres meses y una paga extraordinaria, cuando era la única vez que, en 20 años de servicio en la misma empresa, el trabajador recibió tarde su salario. Además, se le había ofrecido el salario debido en el acto de conciliación previo, y no aceptó.

De esta forma, el incumplimiento empresarial basado en la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario debe interpretarse rigurosamente, para lo cual hay que basarse en una serie de criterios objetivos. Ello implica que la gravedad se valore teniendo en cuenta que la acción empresarial haya sido, o esté siendo, continuada y persistente en el tiempo, no esporádica, así como realmente cuantiosa y trascendente, dejando a un lado la posible culpabilidad de la empresa. Es lo que establece la Sentencia del Tribunal Supremo del 25 de enero de 1999²², pues concurre gravedad “cuando el impago de los salarios no sea un mero retraso esporádico, sino un *comportamiento continuado y persistente*, por lo que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos”.

En cuanto a la voluntariedad del incumplimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de abril de 1997²³ establece que, para que un incumplimiento empresarial pueda considerarse como voluntario tiene que consistir en “una conducta reveladora de un *incumplimiento deliberado, pertinaz y definitivo de la obligación que patentice la existencia de una voluntad obstativa al incumplimiento*, sino también una *voluntad rebelde al incumplimiento manifestado en la prolongada actividad o pasividad del deudor*”.

²¹ STS de 20 de mayo de 2013 (RJ 2013/6082)

²² STS de 25 de enero de 1999 (RJ 1999\898)

²³ STS del 3 de abril de 1997 (RJ 3455/96)

Para instar la extinción del contrato de trabajo por la vía del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, hay que tener en cuenta el momento del que deben ser los impagos y retrasos en el abono del salario. Como bien establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2012²⁴, los impagos o retrasos en el pago de los salarios deben ser “*los existentes en el momento de la interposición de la demanda*”. No obstante, en virtud del artículo 26.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por el que se permite ampliar la demanda para acumular en un mismo proceso, la acción de extinción del contrato y la de reclamación de cantidades, se tendrán en cuenta, no solo los salarios hasta la presentación de la demanda, sino también los acaecidos hasta la fecha del juicio oral, salvo supuestos de indefensión. Así se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2013²⁵.

También cabe decir, como bien recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2013²⁶, que, aunque en el momento de la celebración del juicio, el empresario ya haya abonado la cantidad deudora al trabajador, la cual sea una cantidad excesiva a tres meses -por lo que se plantea una cierta gravedad-, se considerará que existe un retraso continuado por el amplio espacio de tiempo, lo cual supone una situación insostenible para el trabajador, pues hay que recordar que el salario es la fuente principal por la que el empleado cubre sus necesidades.

En resumen, será causa de extinción del contrato de trabajo todo aquel incumplimiento empresarial concerniente a la falta de pago o retraso en el abono del salario pactado, que no constituya un simple retraso esporádico, sino una actuación continuada y persistente, y que por ello pueda estar afectando a la situación económica de la persona, sin olvidar que ésta estaría dejando de optar a mejores puestos de trabajo para satisfacer sus condiciones personales y profesionales. Los Tribunales estiman dicha gravedad en, al menos, el impago de 3 meses de salario y una paga extraordinaria.

Un supuesto diferente, pero no menos importante, que cabe aludir, ya que origina numerosas demandas, es el de las prestaciones por incapacidad temporal. Se trata del caso

²⁴ STS de 26 de julio de 2012 (RJ 2012\10274)

²⁵ STS de 25 de febrero de 2013 (RJ 2013\4497)

²⁶ STS de 19 de noviembre de 2013 (RJ 2013\8130)

en el que un trabajador, de baja por incapacidad temporal, solicita la extinción del contrato de trabajo en virtud del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, alegando el incumplimiento empresarial de falta de pago de la prestación derivada por la incapacidad temporal. La doctrina de los Tribunales normalmente desestima este tipo de peticiones, pues alega que el artículo 50.1.b) se refiere a la falta de pago o retrasos continuados exclusivamente del salario, no de las prestaciones de la Seguridad Social, dado que, como refleja la Sentencia del Juzgado de lo Social y la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, “los incumplimientos graves a que se refiere este precepto están referidos al contrato laboral que liga a las partes y no a las obligaciones derivadas de la Seguridad Social”. En definitiva, tal y como establece el Tribunal Supremo, debe entenderse el impago de la prestación de incapacidad temporal como un incumplimiento grave laboral del artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, el cual viene a decir que se considera, además de los apartados anteriores, como incumplimiento empresarial grave, “cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados”. De tal forma, no es por la vía del artículo 50.1.b), pero sí por la del artículo 50.1.c), por la que se “justifica la pretensión rescisoria de la recurrente, por lo que *se la debe indemnizar al efecto*”²⁷. Tampoco se hace extensible el concepto de salario a los gastos de locomoción, como se aprecia en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 16 de enero de 1996²⁸, ni a los salarios de tramitación como se aprecia en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 12 de junio de 2007²⁹.

2. Carácter constitutivo y judicial de la extinción contractual

El artículo 1.124 del Código Civil establece que, en el caso de que una de las partes obligadas en una relación laboral no cumpla con sus deberes contractuales, le facultará a la parte perjudicada para, o bien exigir el cumplimiento, o bien resolver la obligación, con la consiguiente indemnización por daños y perjuicios, así como el abono

²⁷ STS 2 de noviembre de 1996 (RJ 1996\8187)

²⁸ STSJ de Castilla y León de 16 de enero de 1996 (AS 1996\712)

²⁹ STSJ de Cantabria de 12 de junio de 2007 (AS 2007\2809)

de unos intereses. Por tanto, en virtud del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, y en relación con el artículo 1.124 del Código Civil, el trabajador afectado por el incumplimiento contractual del empresario, tendrá el derecho, no solo a exigir su cumplimiento, sino, además, a extinguir de manera voluntaria el contrato de trabajo.

Para poder instar la extinción del contrato en base a un incumplimiento empresarial grave, el trabajador tiene que formalizar dicha extinción en unos términos concretos para que judicialmente ésta sea considerada válida. El trabajador no puede extinguir por sí mismo la relación laboral cuando la empresa incumple con sus obligaciones, pues esto no es suficiente. Para que sea efectiva la resolución de la relación laboral, el trabajador deberá, en primer lugar, intentar llegar a un acuerdo con el empresario a través de un acto de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente. En caso de no ser este logrado, el trabajador deberá solicitar la acción extintiva del contrato, a través de un requerimiento ante el Juez de lo Social, el cual valorará las concretas circunstancias del caso, y en virtud de ello, declarará o no la extinción del contrato de trabajo³⁰.

Lo que no será necesario para ejercitar la acción de extinción del contrato de trabajo es que el trabajador reclame al empresario previamente las cantidades adeudadas. Así lo refleja la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2009³¹, ya 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*”. Esto quiere decir que, independientemente de que el trabajador hubiera, o no, exigido a la empresa, el pago puntual de sus salarios, podrá instar la acción rescisoria del contrato de trabajo fundamentándose en lo establecido en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto al plazo que tiene el trabajador para instar la resolución del contrato de trabajo cabe decir que no existe un plazo concreto para ello. De esta forma, se le aplicará

³⁰ ALFONSO MELLADO, C.L. y otros, “Extinción del contrato de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 305 y ss.

³¹ STS de 10 de junio de 2009 (RJ 2009/3261)

el plazo general de prescripción de un año, establecido en el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores. Como el fin del proceso es exigir ciertas percepciones económicas, dicho plazo computará a partir del día en que la acción pudo ejercitarse (art. 59.2 ET y 1.169 CoC). En el caso de que el trabajador no reclame durante este plazo el incumplimiento empresarial, se considerará que tácitamente ha consentido el impago o retraso del salario, y, por tanto, expirado este plazo, ya no podrá reclamarlo.

La extinción contractual que ampara el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores requiere que la sentencia concluyente de dicho proceso, ya sea a favor o en contra del trabajador, tenga *carácter constitutivo*. Ello implica que, inexcusablemente, el trabajador tiene que seguir prestando servicios en la empresa hasta que la sentencia firme declare la extinción de la relación laboral. En caso contrario, se arriesgaría a que cuando el Tribunal resolviera el proceso, considerara que el trabajador hubiese incumplido su deber de prestar servicios, y, por tanto, podría entenderlo como causa de despido disciplinario.

En otras palabras, la relación laboral tiene que existir en el momento de comenzar con el proceso, salvo circunstancias excepcionales que serán citadas más adelante. Y es lo que recoge el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de noviembre del 2000³² al decir que “*no cabe que el trabajador resuelva extrajudicialmente el contrato de trabajo, sino que lo procedente es que solicite la rescisión del contrato laboral, sin abandonar la actividad laboral que desempeña en la empresa, dado que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme, que estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes de hacerse este pronunciamiento, salvo [...] que la continuidad laboral atente a la dignidad, a la integridad personal o, en general, a aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el solo hecho de su nacimiento*”.

Por tanto, como regla general se precisa que la relación laboral entre la empresa y el trabajador esté viva y vigente para poder instar la extinción del contrato (“por definición, sólo cabe ‘extinguir’ lo que esté ‘vivo’”³³). No obstante, ello será salvo circunstancias excepcionales en las que la dignidad o integridad personal o profesional, o

³² STS de 8 de noviembre de 2000 (RJ 2001\1419)

³³ STS de 26 de octubre de 2010 (RJ 2011/1345)

cualquier derecho fundamental del trabajador esté siendo afectado por un ambiente insoportable en la empresa, situando al trabajador en una posición desfavorecida. Para estos casos, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece en su artículo 180.4, en relación con el artículo 79.7, un conjunto de medidas cautelares que podrá solicitar el trabajador como protección hacia sus derechos fundamentales o libertades públicas que estuvieran siendo perjudicados. Dichas medidas serán analizadas en el apartado correspondiente.

Una vez declarada la sentencia, debido a su carácter constitutivo, ésta genera efectos jurídicos (efectos *Ex Nunc*). En este caso, el efecto jurídico generado sería la declaración de la extinción del contrato de trabajo. Dicha extinción contractual se produciría en la misma fecha en la que se hubiera dictado la sentencia³⁴. A partir de ese momento, la relación laboral entre la empresa y el trabajador quedaría disuelta, quedando la empresa condenada a abonar al trabajador una indemnización, debido al carácter indemnizatorio de la extinción del contrato por la vía del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores. De tal indemnización hay un apartado concreto que se abordará posteriormente.

VII. ACCIÓN DE RESOLUCIÓN INDEMNIZATORIA DEL CONTRATO

1. Obligación de permanencia en la empresa

La acción rescisoria del contrato de trabajo por la vía del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores requiere, para que sea efectiva, que se cumpla con dos aspectos: la existencia de la relación laboral en el momento en el que se inste la acción resolutoria del contrato, y la continuidad, generalmente, de la prestación de servicios en la empresa hasta la resolución firme de la sentencia.

³⁴ VICEDO CAÑADA, L. “La acumulación de acciones: el despido objetivo por causas económicas y la resolución del contrato por retraso o impago en el salario” en *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2015 (parte Art. Doctrinal), pág. 6.

Como regla general, desde que comienza, hasta que finaliza el proceso judicial de extinción de contrato, el trabajador está obligado a seguir prestando servicios en la empresa, puesto que la extinción contractual amparada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores se producirá una vez que la sentencia del juez competente así lo haya declarado, y, por tanto, sea una resolución firme (debido al carácter constitutivo de ésta antes señalado).

En caso de que el trabajador decidiera dejar de prestar servicios y, por tanto, resolver por sí mismo el contrato de trabajo, de manera voluntaria, con anterioridad a la resolución firme de la sentencia resolutoria del proceso, correría el riesgo de que el juez no le diera la razón en su pronunciamiento³⁵, pues “en cuyo caso *se estará en el marco de la resolución judicial o dejar de prestar servicios al tiempo que se ejercita la acción, asumiendo en este caso el riesgo del resultado del proceso* en los términos a que se ha hecho referencia”³⁶. Asimismo, esta cuestión es respaldada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su Sentencia de 30 de diciembre de 2016³⁷, pues en ella alega que “cuando el trabajador que ejercita la acción de extinción del contrato de trabajo a su instancia con fundamento en el artículo 50 ET, (...) *decide voluntariamente cesar en la prestación de servicios* al tiempo que se ejercita la acción, la consecuencia es que *asume los riesgos derivados de que la sentencia sea desestimatoria o de que interprete que no existía justa causa para que dejara de prestar servicios en favor del empleador*”. Y por ello, si la sentencia fuese desestimatoria, el trabajador habría perdido el derecho a rescindir el contrato de trabajo por la vía del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores³⁸.

Aparte de la norma general, se plantean situaciones excepcionales -por ejemplo, cuando se dan malos tratos verbales y físicos, como es el caso plasmado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de febrero de 1999³⁹, acoso sexual

³⁵ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J., “*Derecho del Trabajo*”, Tecnos, 23ª Edición, Madrid 2014, pág. 830.

³⁶ STS de 20 de julio de 2012 (RJ 2012\9609)

³⁷ STSJ Galicia de 30 de diciembre de 2016 (JUR 2017\16179)

³⁸ GOERLICH PESET, J.M., Y OTROS, *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

³⁹ STSJ de Andalucía de 15 de febrero de 1999 (AS 1999/943)

o moral, retrasos continuados en el abono del salario que supongan una situación grave para el trabajador, etc.-, en las que los Tribunales ven justificado que el trabajador deje de acudir al trabajo, al entender que existe una situación insoportable para poder mantener viva la relación laboral. Por tanto, cesará la relación laboral sin que ello le suponga al empleado la dimisión o el abandono del puesto de trabajo⁴⁰.

De esta manera, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2011⁴¹ expresa que “se trata de supuestos excepcionales, que justifican la cesación en la prestación del servicio como consecuencia de haberse convertido éste en excesivamente penoso, peligroso o vejatorio para el trabajador, sin que la decisión de éste en tal sentido suponga dimisión por su parte ni ninguna otra forma de ruptura de la relación laboral”. Se trata en todo caso, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2016⁴², de que “*la permanencia en el puesto de trabajo puede interrumpirse [...] siempre que el incumplimiento empresarial del que se trate genere una situación insoportable para el mantenimiento del vínculo, en cuyo caso se entiende justificado el hecho de que el trabajador pueda haber cesado en la prestación del servicio, sin que ello suponga dimisión o ruptura por su parte de la relación laboral, resolviendo, en consecuencia y conforme a ello, desestimar el recurso de la empresa*”.

2. Medidas cautelares

Durante el tiempo en el que se lleva a cabo el proceso judicial de la extinción del contrato de trabajo, el trabajador que esté inmerso en un mal ambiente en la empresa, en el que la conducta empresarial pudiera estar afectando a su integridad, dignidad, o cualquier derecho fundamental o libertad pública, cuyas consecuencias no pudieran hacer exigible la continuidad de la prestación de servicio, podrá exigir cualquiera de las medidas cautelares que recoge la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en su artículo 180.4, las cuales consisten en las siguientes actuaciones:

- a) Suspensión de la relación laboral o exoneración de la prestación de servicios.

⁴⁰ STS de 24 de febrero de 2016 (RJ 2016\2547)

⁴¹ STS de 17 de enero de 2011 (RJ 2011\532)

⁴² STS de 15 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4848)

- b) Traslado de centro de trabajo
- c) Reordenación o reducción del tiempo de trabajo
- d) Cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse.

El artículo 726 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en virtud del artículo 721, establece que la adopción de las medidas cautelares debe ir encaminada a garantizar al trabajador la efectividad de la tutela judicial que pueda dictarse en la sentencia. Y así lo defiende el Tribunal Supremo en su Auto de 26 de junio de 2009⁴³ en el que se establece lo siguiente: “las medidas cautelares, reguladas por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos 721 a 747, son consideradas como un proceso de facilitación cuya finalidad es remover los obstáculos que puedan oponerse a la eficacia de un proceso principal. En este sentido, el proceso cautelar se puede definir como aquél que tiene por objeto facilitar otro proceso principal garantizando la eficacia de sus resultados”.

Por otro lado, para adoptar medidas cautelares, como regla general, es necesario que el trabajador lo solicite ante los Tribunales en el mismo momento en el que interpone la demanda, pues, salvo supuestos excepcionales, los Tribunales no pueden adoptarlas de oficio. El trabajador tendrá que solicitarlas de manera clara y precisa, justificando la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción. Además, deberá poder demostrar, por cualquier medio de prueba que, en el caso de no adoptarse tales medidas, se producirían situaciones que impedirían u obstaculizarían la efectividad de la tutela de la sentencia.

En virtud de lo establecido en el artículo 142 de la Ley General de la Seguridad Social, el empresario tiene el deber de cumplir con la obligación de cotización y de ingreso de las aportaciones a la Seguridad Social, tanto las propias como las de los trabajadores. Asimismo, el artículo 144 refleja que la obligación de cotizar comenzará con el inicio de la prestación de trabajo, y se mantendrá durante todo el periodo de vigencia del contrato. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de

⁴³ Auto TS de 26 de junio de 2009 (JUR 2009/317440)

noviembre de 2000⁴⁴ establece que “el período, pues, existente entre la fecha de la sentencia de instancia y aquel otro en el que la resolución judicial extintiva adquirió firmeza, corresponde en el caso examinado, y a falta de toda prueba en contrario, a un período de plena subsistencia del vínculo laboral. Subsistencia del vínculo, que lleva aparejada la plena efectividad de las prestaciones recíprocas de trabajador y empleador, y, entre ellas, el pago por éste de las cuotas de Seguridad Social, entre las que se encuentra la de desempleo”. En definitiva, cualquiera que sea la medida cautelar elegida por el trabajador, el empresario seguirá estando obligado a mantener el deber de cotizar por dicho trabajador, así como el deber de seguir abonándole sus salarios, independientemente de lo que pudiera resolver posteriormente la sentencia.

3. Sentencia resolutoria e indemnización correspondiente

Antes de que se dicte la sentencia resolutoria de la acción ejercitada en virtud del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Enjuiciamiento Civil, permite, a través de su artículo 526 que “*quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional*”. En este caso, la ejecución provisional permitirá al trabajador, al haber obtenido una sentencia favorable en primera instancia, solicitar la inmediata ejecución de la misma, aunque la sentencia no sea todavía firme. En virtud de ello, una vez dictada la sentencia de instancia que acuerde la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, estando ésta fundamentada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 303.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social permite la ejecución provisional de la sentencia. Ello quiere decir que, desde que se dicta la sentencia de instancia hasta que ésta es firme, el trabajador puede elegir entre continuar trabajando en la empresa o cesar de su trabajo, y, por tanto, quedar en situación de desempleo involuntario. No hay que olvidar que, a efectos de reconocer el derecho a la protección por desempleo, el periodo relativo a la ejecución provisional de la sentencia de instancia por parte del trabajador, se considerará de ocupación cotizada. Sin embargo, puede ocurrir que la sentencia sea revocada, ante lo cual, el empresario, deberá comunicar al trabajador, en un plazo de 10 días, la fecha de reincorporación a la

⁴⁴ STS de 8 de noviembre de 2000 (RJ 2001\1419)

empresa. En el caso de que el trabajador no se incorporara, la relación laboral quedaría totalmente disuelta⁴⁵.

Una vez que se dicta la sentencia resolutoria, esto es, cuando ésta es firme, puede ocurrir que sea o no estimatoria para el trabajador. En el caso de que se estime la extinción del contrato de trabajo, la relación laboral entre la empresa y el trabajador quedará resuelta. Debido al carácter indemnizatorio de la extinción del contrato de trabajo por la vía del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, la empresa estaría condenada a abonar al trabajador la indemnización antes mencionada. La indemnización que procederá se encuentra regulada en el artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores, y es la relativa a los casos en los que se hubieran producido despidos declarados improcedentes.

Para proceder a valorar la cuantía de la indemnización hay que dividir el tiempo en dos periodos diferenciados: un primer periodo, anterior a la Reforma Laboral de febrero de 2012, y un segundo periodo, posterior a la Reforma Laboral de 2012. Para los contratos de trabajo anteriores a dicha fecha, se computarán, para el cálculo de la indemnización, 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores al año, hasta un máximo de 42 mensualidades, mientras que, para los contratos de trabajo posteriores a la Reforma, el cómputo para la indemnización se calculará de acuerdo a 33 días de salario por año de servicio, hasta un máximo de 24 mensualidades.

En los casos de reducción de jornada regulados en el artículo 37.4 bis, 5 y 7 del Estatuto de los Trabajadores, el salario que habrá que tener en cuenta para el cómputo de la indemnización será el que hubiera correspondido al trabajador si hubiera estado trabajando a jornada completa.

Para las situaciones en las que, debido al incumplimiento del empresario, se hubiera vulnerado cualquier derecho fundamental o libertad pública del trabajador, éste podrá reclamar, según el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,

⁴⁵ ALFONSO MELLADO, C.L. y otros, “*Extinción del contrato de trabajo*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 310 y ss.

además de la indemnización correspondiente por el incumplimiento empresarial, una indemnización por tal vulneración, así como por los daños y perjuicios que le pudiera haber causado el incumplimiento contractual grave de la empresa. En este sentido, el Tribunal Supremo declaró en su Sentencia del 17 de mayo de 2006⁴⁶, que “*el criterio de indemnización económica ha de reconsiderarse cuando está en juego la lesión de derechos fundamentales*, pues en tal caso se entiende que ‘el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores no cubre las exigencias indemnizatorias derivadas de tal situación’, pues ya no juega solo la indemnización tasada, sino que *es posible reclamar la indemnización añadida de daños y perjuicios* que procedan presupuesta la alegación y prueba de que tales mayores daños tienen su origen en aquella *conducta no solo ilegal, sino inconstitucional del empleador*, precisando que no está en juego solo el daño derivado de la extinción del contrato de trabajo, sino el que se produce como consecuencia de la lesión del derecho fundamental”. En estos casos, tal y como establece el Alto Tribunal, “el daño a resarcir no es uno solo, sino que son dos: a) de un lado, la pérdida del empleo, que ha de atribuirse al incumplimiento empresarial legitimador de la acción rescisoria y que tiene una indemnización legalmente tasada, la prevista en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores; y b) de otro, el daño moral que ha de producir esa conculcación del derecho fundamental y que forzosamente ha de imputarse al infractor, a quien -además- le es exigible por tal consecuencia la indemnización prevista en el artículo 1.101 del Código Civil”.

Por último, cabe citar la indemnización que corresponderá abonar a los trabajadores cuya empresa se encuentre en situación de concurso de acreedores. Habrá que atender a los umbrales concretos recogidos en el artículo 64.10 de la Ley Concursal, los cuales establecen el límite para considerar a una extinción individual o colectiva. En función de ello, se calculará la indemnización. No obstante, de ello se hablará más detalladamente en el apartado siguiente, relativo a las empresas declaradas en situación concursal.

⁴⁶ STS de 20 de septiembre de 2007 (RJ 2007\8304)

VIII. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR IMPAGO EN EMPRESAS EN SITUACIÓN DE CONCURSO

La situación de concurso de acreedores se origina cuando una empresa, o un particular, no puede hacer frente a la totalidad de sus deudas, de manera que se declara insolvente. Dicha situación se encuentra regulada en la Ley 22/2003 del 9 de julio, conocida como Ley Concursal. Al declararse la situación de concurso lo que se pretende es llegar a satisfacer las deudas a través del reparto de éstas entre diferentes deudores. Será el empresario quien tenga que solicitar ante el juez competente la declaración del concurso dentro del mes siguiente a la fecha en que se conozca la insolvencia empresarial.

Según el artículo 8, y en virtud del artículo 64 de la Ley Concursal, son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil, los cuales, de entre otras cosas, serán conocedores de “las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado”. Se considerarán extinciones colectivas todas aquellas situaciones en las que las extinciones de trabajo en virtud del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, superen los umbrales establecidos en el artículo 64.10 de la Ley Concursal, los cuales son los siguientes: en empresas de hasta 100 trabajadores, cuando el incumplimiento pudiera haber afectado hasta 10 trabajadores; en empresas de entre 100 y 300 trabajadores, cuando el incumplimiento pudiera haber afectado hasta el 10% de los trabajadores; y en empresas de más de 300 trabajadores, cuando el incumplimiento pudiera haber afectado hasta el 25% de sus trabajadores.

También pueden darse extinciones de trabajo individuales. Se considerarán como tales a todas aquellas extinciones que afecten a un número de trabajadores inferior a los límites mínimos establecidos en el artículo 64.10 de la normativa concursal. Todas estas situaciones serán competencia no del Juez de lo Mercantil, sino al Juez de lo Social. En resumen, será competente para resolver las demandas extintivas individuales de trabajo el Juez de lo Social. En el momento en el que la suma de todas esas demandas extintivas

individuales supere los umbrales antes mencionados del artículo 64.10 de la Ley Concursal, el encargado de ello será el Juez Mercantil⁴⁷.

En función de si la extinción fuera individual o colectiva, también hay diferencias en cuanto a la indemnización que procedería abonar. Según lo establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008⁴⁸ cuando se superen los umbrales del artículo 64.10 de la Ley Concursal, las demandas de los trabajadores de la empresa después de la declaración del concurso, al considerarse extinciones colectivas, serán indemnizadas con 20 días por año de servicio en la empresa, con un máximo de 12 mensualidades, mientras que, cuando no se alcancen los umbrales del artículo 64.10 de la Ley Concursal, las demandas de extinción del contrato de trabajo se considerarían individuales, y la indemnización que en su caso procedería, sería la relativa al artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, la de los despidos declarados improcedentes. En definitiva, la situación económica de la empresa no deberá de ser un aspecto a tener en cuenta a la hora de valorar si existe justa causa o no para declarar la extinción indemnizatoria del contrato de trabajo por el impago o los retrasos continuados en el abono del salario. Se debe valorar el incumplimiento en base a la existencia o no de una gravedad en la acción de impago o retraso continuado del salario. Sin embargo, cabe hacer una distinción entre extinciones individuales y colectivas, no solo para conocer quién será el competente para su tramitación, sino, además, para conocer la cuantía correspondiente por indemnización.⁴⁹

Como se ha visto anteriormente, la extinción del contrato por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario no requiere que concurra una culpabilidad por parte de la empresa al realizar dicha infracción. En este sentido, son numerosas las sentencias que defienden que, ante una difícil situación económica empresarial, el empresario no puede decidir voluntariamente, en base a dicha situación, dejar de abonar

⁴⁷ LACOMBA PÉREZ, F.R. “La extinción colectiva de los contratos de trabajo por impago de salarios competencia del juez del concurso”, en *Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 166, 2004, págs. 65 y ss.

⁴⁸ STS de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009/1434)

⁴⁹ FERNÁNDEZ DÍEZ, A. “Extinción del contrato por impago de salarios de la empresa en concurso”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2011, págs. 25 y ss.

puntualmente (o retrasarse) los salarios pactados por la relación laboral existente con respecto el trabajador. Por un lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1992⁵⁰ indica que “si el empresario puede amparar sus dificultades económicas, a efectos de la suspensión o de la extinción del contrato de toda o parte de su plantilla, en el seguimiento del expediente administrativo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, *no puede eludir el deber principal que le incumbe con base en la difícil situación económica por la que atraviesa. Sino que es indiferente que dentro del art. 50, que el impago o el retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial*”. Otra Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1999⁵¹ también se mantiene en la misma línea, ya que expresa que el empresario deberá abonar los salarios puntualmente, “*con independencia a estos fines de que tal retraso no esporádico sea debido al arbitrio injustificado del empresario o derive de una imposibilidad total o parcial debida a circunstancias económicas imputables o no a aquél*”. Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 2008⁵² mantiene la misma postura, pues indica que independientemente de la situación concursal en la que se encuentra la empresa, si existen retrasos en el pago del salario que sean lo suficientemente graves como para constituir un incumplimiento empresarial, al ser continuados, persistentes en el tiempo y cuantitativamente importantes, se entiende que existirá causa de extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores.

Ante estas situaciones, muchas empresas se plantean la idea de reajustar costes. Para ello, optan hacerlo, o bien, a través de pactos y convenios internos, o bien, por el inicio de un Expediente de Regulación de Empleo (ERE). En cuanto a la primera opción, son muchas las empresas las que deciden junto a los representantes de los trabajadores retrasar el pago de los salarios para unos plazos posteriores, con la intención de poder soportar la adversa situación económica. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de diciembre de 2016⁵³ desestima la demanda interpuesta por la trabajadora al considerar que no existe un incumplimiento grave por

⁵⁰ STS de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992\1870)

⁵¹ STS de 25 de enero de 1999 (RJ 1999\898)

⁵² STS de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009\1434)

⁵³ STSJ de Cataluña de 16 de diciembre de 2016 (AS 2016\1900)

parte de la empresa, pues existe un acuerdo previo entre las partes por el que se acepta el pago parcial y atrasado del salario, en virtud de la situación económica adversa que atravesaba la empresa. Asimismo, los trabajadores afectados por un ERE en la empresa, que quieran reclamar la extinción indemnizatoria del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, podrán hacerlo sin ningún impedimento, pues como bien establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2001⁵⁴, “el ejercicio por parte del empresario ante la Administración, de la facultad que le confiere el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, *mientras el expediente se encuentre pendiente de decisión, no constituye*, conforme a ningún precepto legal que así lo disponga de manera expresa, *ningún óbice para el ejercicio por parte de uno o varios trabajadores del derecho que a éstos les otorga el artículo 50*, ni siquiera cuando la causa de pedir por parte de empleador y empleados fuere idéntica [...], de tal suerte que, en principio, no puede aducirse una especie de ‘excepción de litispendencia’ en el proceso judicial instado por los trabajadores por el hecho de la latencia del expediente administrativo incoado a solicitud del empresario’; y que ‘*en tanto el contrato de trabajo esté vigente y el ERE iniciado antes de presentarse la demanda no se haya resuelto, no hay obstáculo legal alguno para la interposición de la aludida demanda* y, por ende, para que el Juzgado dicte sentencia resolviendo el fondo de la pretensión, ya sea para estimar la demanda, o ya para desestimarla, a la vista de las alegaciones y pruebas de ambas partes, en tanto en cuanto es preciso distinguir entre el derecho de acceso al proceso [...] y la acomodación o no a derecho de sus pretensiones, fundamentalmente si se parte de la inhabitual situación que se ha producido al solicitar una extinción por la vía del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores cuando existe una previa solicitud que persigue igual finalidad con amparo en el artículo 51 del propio Estatuto’”.

IX. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

Como bien aparece regulada en los artículos 71 a 73 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la acumulación de acciones procesales se refiere a todas

⁵⁴ STS de 5 de abril de 2001 (RJ 2001\4885)

aquellas situaciones en las que, en un mismo proceso, se plantean diversas pretensiones. De esta manera, aquellas acciones que sean compatibles entre sí podrán ser resueltas en un mismo proceso judicial, agilizando con ello el proceso judicial.

Según se establece en el artículo 26.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, existe una serie de supuestos en los que no se permite acumular diferentes acciones en un mismo proceso, pues, o bien son incompatibles entre sí, o bien lo son con cualesquiera otras distintas. Es el caso de las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y las de disfrute de vacaciones, entre otras. Sin embargo, hay un conjunto de situaciones excepcionales a la prohibición de acumulación de acciones en las que sí se va a permitir acumular en un mismo proceso diversas pretensiones. Dos de ellas vienen recogidas en el artículo 26.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que se permite la acumulación de acciones de despido y extinción del contrato de trabajo, siempre que se respete el plazo establecido para cada modalidad procesal de despido, en casos fundamentados en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. Ello supone que, ante la falta de pago del salario pactado, el trabajador podrá reclamar los salarios debidos, junto a la acción de solicitud de la extinción indemnizatoria del contrato de trabajo del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, pudiendo, en su caso, ampliarse la demanda para incluir las cantidades posteriormente adeudadas.

Lo mismo ocurrirá en los casos en los que el trabajador reclame, no solo por haber sido despedido, sino también para recibir las cantidades que le vienen siendo adeudadas hasta la fecha.

En tercer y último caso cabe destacar aquellas situaciones en las que se acumula, la acción de extinguir el contrato en virtud del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, y la acción de impugnar el despido. Dicha excepción viene recogida en el artículo 32 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Como bien señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 enero de 2007⁵⁵, “cuando el trabajador formule demanda por algunas de las causas previstas en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y por despido, la demanda que se promueva posteriormente se acumulará a la primera, de oficio o a

⁵⁵ STS de 25 enero de 2007 (RJ 2007/2141)

petición de cualquiera de las partes debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio”. Es necesario determinar cuál de las dos acciones debe resolverse primero, ya que en ello reflejará la incidencia que sobre una u otra produzca lo resuelto sobre la primera. Para ello, el artículo 32 antes mencionado, establece que, si las acciones ejercitadas están fundadas en las mismas causas, primero se resolverá la acción principal, y, en segundo lugar, la acción secundaria. Sin embargo, cuando las acciones ejercitadas estén fundadas en distintas causas, primero se resolverá la acción que haya nacido antes, y posteriormente, la que haya nacido después.

X. CONCLUSIONES

Toda relación laboral conlleva una serie de derechos y obligaciones para las partes contractuales. En el caso de los deberes del empresario, es muy importante el abono puntual del salario pactado a los trabajadores, recogido en el artículo 29 del Estatuto de los Trabajadores, como contraprestación por los servicios prestados. La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, previsto en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, constituye un incumplimiento contractual por parte de la empresa, que se recoge en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social como una infracción muy grave. Como medio de defensa ante tal incumplimiento, el trabajador tiene reconocido por el ordenamiento jurídico la posibilidad de instar la extinción del contrato de trabajo. Para ello, es necesario, por un lado, que el incumplimiento empresarial reúna una serie de requisitos, y por otro, que la solicitud de la extinción contractual se produzca en unos términos concretos para que surta los efectos deseados.

En cuanto a los requisitos que debe reunir el incumplimiento empresarial, como así establecen los Tribunales, no será necesario que la actuación sea culpable. Ni siquiera lo será el hecho de que la empresa esté inmersa en una mala situación económica -siempre que debido a ella no se hubiera pactado con los trabajadores un aplazamiento de los salarios-, pues el ordenamiento jurídico prevé diversos mecanismos por los que pueden optar para seguir cumpliendo con su obligación de pago puntual de los salarios. Estas alternativas vienen recogidas en los artículos 41, 47, 51 y 52.c), siendo éstos relativos a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la suspensión del contrato

o la reducción de la jornada, el despido colectivo, y la extinción del contrato por causas objetivas, respectivamente. Por tanto, la situación económica de la empresa no se tendrá en cuenta para valorar si existe justa causa o no para declarar la extinción del contrato. Pero sí será necesario que la actuación empresarial tenga una cierta gravedad, esto es, que, partiendo de un criterio objetivo, dejando a un lado la culpabilidad de la empresa, se refiera a actos continuados y persistentes en el tiempo -no esporádicos, pues en dicho caso simplemente se generarían intereses por mora-, y a cuantías realmente trascendentes. La mayoría de los Tribunales han considerado que existirá gravedad cuando, al menos, no se hayan abonado, tres meses de salario y una paga extraordinaria.

Al hablar de cómo debe llevarse a cabo la solicitud de la extinción contractual, es significativo recordar que, el trabajador no puede decidir por sí mismo extinguir el contrato laboral, sino que se exige requerirlo ante el juez, para que éste, extinga o no, en función de las circunstancias concretas del caso, la relación laboral. Para solicitarlo, el trabajador va a tener un plazo de un año, a contar desde el día en el que la acción pueda llevarse a cabo. En caso de no reclamar en dicho plazo, se entendería que acepta tácitamente ese incumplimiento, y, por tanto, perdería el derecho a ejercer la acción extintiva del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores. Los salarios pendientes de cobro a reclamar, serán todos aquellos no recibidos hasta la fecha en la que se celebre el juicio oral.

Aspecto importante a tener en cuenta es el carácter constitutivo y judicial de la extinción del contrato de trabajo que ampara el artículo 50 de la norma estatutaria. Así, se requiere que la relación laboral esté viva y vigente en el momento de instar la extinción del contrato, pues si el trabajador decide por sí mismo, finalizar con la relación laboral, se expone a que el juez no estime la demanda, y, por tanto, a perder el derecho de rescisión del contrato de trabajo en virtud del incumplimiento empresarial. Como excepción, se recoge la situación en la que, la continuidad de la prestación de servicios afecte a la dignidad, integridad personal o profesional del trabajador, o a cualquiera de sus derechos fundamentales o libertades públicas. En ese caso, el artículo 79.7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social contempla un conjunto de medidas cautelares que el trabajador podrá solicitar ante los Tribunales -al mismo tiempo en el que interpone la demanda-, entre las que cabe citar la suspensión o exoneración de la relación laboral o el traslado de centro de trabajo. Una vez declarada la sentencia estimatoria para el trabajador, debido al

carácter indemnizatorio que tiene la extinción del contrato de trabajo analizada, éste recibirá por parte de la empresa, la correspondiente indemnización como contraprestación al incumplimiento efectuado. Dicha indemnización será la prevista para los despidos declarados improcedentes, es decir, para los contratos de trabajo anteriores a la Reforma Laboral de 2012, se computarán, 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores al año, hasta un máximo de 42 mensualidades, y, para los contratos de trabajo posteriores a la Reforma, se tendrán en cuenta 33 días de salario por año de servicio, hasta un máximo de 24 mensualidades. La indemnización se incrementará cuando el trabajador hubiera sufrido vulneración hacia cualquiera de sus derechos fundamentales y libertades públicas.

Por otro lado, cabe decir que el trabajador tendrá derecho a recibir la debida prestación por desempleo, y que, el periodo transcurrido entre la fecha de la sentencia extintiva y la fecha en la que ésta es firme, se considera de ocupación cotizada.

Otra cuestión importante es la posibilidad de acumular a la acción de despido cualquier de las causas previstas en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. En el caso del artículo 50.1.b), el trabajador va a poder reclamar los salarios debidos, junto a la acción de solicitud de la extinción indemnizatoria del contrato de trabajo.

Por último, se ha visto qué ocurre con todas aquellas empresas declaradas en situación de concurso de acreedores. Siempre que su situación hubiera afectado a un colectivo considerable, será competente el Juez Mercantil, mientras que, en caso contrario, será competente el Juez de lo Social. Los límites que marcan esta separación vienen recogidos en el artículo 64.10 de la actual Ley Concursal. Esta diferenciación es determinante a la hora de valorar la cuantía de las indemnizaciones que proceden, pues, si se trata de extinciones colectivas, la indemnización se equipara a la que corresponde por despido colectivo, esto es, 20 días por año de servicio con el máximo de 12 meses, mientras que, si se trata de extinciones individuales, la indemnización que procede será como ya se ha indicado, la correspondiente a los despidos declarados improcedentes. Asimismo, como bien establecen los Tribunales, para valorar si existe o no justa causa para extinguir el contrato de trabajo en virtud del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, también será indiferente que la empresa se encuentre en situación concursal. Se valorará únicamente la existencia de impago o retrasos lo suficientemente

graves, es decir, continuados y persistentes en el tiempo, además de cuantitativamente importantes. No se apreciará gravedad cuando exista con carácter previo, un Expediente de Regulación de Empleo, por el que se acepte el aplazamiento del pago del salario, debido a la situación concursal empresarial.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MELLADO, C.L. Y OTROS, “Extinción del contrato de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 287 y ss.
- AUTORES VARIOS, “Extinción del contrato de trabajo: Resolución por incumplimiento del empresario” en Comentario Práctico, Aranzadi Experto, 2017, Pág. 7 (DOC 2003\152).
- FERNÁNDEZ DÍEZ, A. “Extinción del contrato por impago de salarios de la empresa en concurso”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2011, págs. 25 y ss.
- GOERLICH PESET, J.M., Y OTROS, “Derecho del Trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- LACOMBA PÉREZ, F.R. “La extinción colectiva de los contratos de trabajo por impago de salarios competencia del juez del concurso”, en *Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 166, 2004, págs. 65 y ss.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.: “Derecho del Trabajo”, Tecnos, 23ª Edición, Madrid 2014, págs. 639 y ss.; pág. 830.
- VICEDO CAÑADA, L. “La acumulación de acciones: el despido objetivo por causas económicas y la resolución del contrato por retraso o impago en el salario” en *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2015 (parte Art. Doctrinal), pág. 6.

XII. LEGISLACIÓN

- Constitución Española de 1978 aprobada por las Cortes Generales. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 2000, núm. 7.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2003, núm. 164.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, 11 de octubre de 2011, núm. 245.
- Orden ESS/2098/2014, de 6 de noviembre, por la que se modifica el anexo de la Orden de 27 de diciembre de 1994, por la que se aprueba el modelo de recibo individual de salarios.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889, núm. 206.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Boletín Oficial del Estado, 8 de agosto de 2000, núm. 189.
- 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. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, núm. 255.
- 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. Boletín Oficial del Estado, 31 de octubre de 2015, núm. 261.

XIII. JURISPRUDENCIA

- STS (RJ 1992\1870), de 24 de marzo de 1992
- STSJ de Castilla y León (AS 1996\712), de 16 de enero de 1996
- STS (RJ 1996\8187), 2 de noviembre de 1996
- STS (RJ 1997\3047), de 3 de abril de 1997
- STS (RJ 1998\5711), de 13 de julio de 1998
- STS (RJ 1999\898), de 25 de enero de 1999
- STSJ de Andalucía (AS 1999\943), de 15 de febrero de 1999
- STSJ de Comunidad Valenciana (AS 2000\4380), de 23 de marzo de 2000
- STS (RJ 2001\1419), de 8 de noviembre de 2000
- STS (RJ 2001\4885), de 5 de abril de 2001
- STS (RJ 2007\2141), de 25 enero de 2007
- STSJ de Cantabria (AS 2007\2809), de 12 de junio de 2007
- STS (RJ 2007\8304), de 20 de septiembre de 2007
- STS (RJ 2009\1434), de 22 de diciembre del 2008
- STS (RJ 2009\3261), de 10 de junio de 2009
- Auto del TS (JUR 2009\317440), de 26 de junio de 2009
- STS (RJ 2011\1345), de 26 de octubre de 2010
- STS (RJ 2011\239), de 9 de diciembre de 2010
- STS (RJ 2011\532), de 17 de enero de 2011
- STS (RJ 2011\532), de 17 de enero de 2011
- STS (RJ 2012\4039), de 5 de marzo de 2012
- STS (RJ 2012\8738), de 29 de junio de 2012
- STS (RJ 2012\9609), de 20 de julio de 2012
- STS (RJ 2012\10274), de 26 de julio de 2012
- STS (RJ 2013\4497), de 25 de febrero de 2013
- STS (RJ 2013\6082), de 20 de mayo de 2013
- STS (RJ 2013\8130), de 19 de noviembre de 2013
- STS (RJ\2014\71), de 3 diciembre de 2013
- STSJ de Cataluña (AS 2014\1053), de 25 de febrero de 2014
- STS (RJ 2014\3457), de 17 de junio de 2014

- STS (RJ 2016\2547), de 24 de febrero de 2016
- STS (RJ 2016\4848), de 15 de septiembre de 2016
- STSJ de Castilla y León (JUR 2016\259783), de 13 de octubre de 2016
- STSJ de Cataluña (AS 2016\1900), de 16 de diciembre de 2016
- STSJ de Galicia (JUR 2017\16179), de 30 de diciembre de 2016