

Jurisprudencia

Fecha: 22/12/2008

Marginal: 28079140012008100877

Jurisdicción: Social

Ponente: JESUS GULLON RODRIGUEZ

Origen: Tribunal Supremo

Tipo Resolución: Sentencia

Sala: Cuarta

Supuesto de Hecho: Recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de diciembre de 2.007, en el recurso de suplicación nº 6548/07

Cabecera: Resolución de contrato a instancia del trabajador por retrasos continuados en el pago del salario (50.1 b) ET). Doctrina "objetiva" del incumplimiento empresarial. Se acoge como causa resolutoria el retraso continuado en el pago de tales salarios en un periodo de dos años con un promedio de retraso de 11,20 días, aunque la empresa estuviese en situación de concurso. La indemnización que corresponde abonar es la establecida en el artículo 50.2, en relación con el 56.1 a) ET.

Texto

Encabezamiento

Número de Recurso: 294/2008

Procedimiento: SOCIAL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Diciembre de dos mil ocho.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Alberto , representado y defendido por el Letrado Sr. García Vicente, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de diciembre de 2.007, en el recurso de suplicación nº 6548/07, interpuesto frente a la sentencia dictada el 30 de abril de 2.007 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Terrasa, en los autos nº 849/06, seguidos a instancia de dicho recurrente contra ESMETRO, S.L., D. Fermín , D. Gregorio y COMERCIAL SIDERURGICA CATALANA, S.A., en calidad de Administradores concursales, el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre extinción de contrato.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JESÚS GULLÓN RODRÍGUEZ

Antecedentes de Hecho

PRIMERO.- El 7 de diciembre de 2.007 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto

contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Terrasa, en los autos nº 849/06 , seguidos a instancia de D. Alberto contra ESMETRO, S.L., D. Fermín , D. Gregorio y COMERCIAL SIDERURGICA CATALANA, S.A., en calidad de Administradores concursales y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre extinción de contrato. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es del tenor literal siguiente: "Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por D. Alberto contra la sentencia de 30 de abril de 2007 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Terrasa en los autos nº 849/06, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa Esmetro S.L., asistida por los administradores concursales Fermín , Gregorio y Comercial Siderúrgica Catalana S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, confirmando la misma en todos sus extremos".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 30 de abril de 2.007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Terrasa , contenía los siguientes hechos probados: "1º.- El actor Alberto con DNI. NUM000 viene prestando servicios laborales para la empresa demandada ESMETRO S.L. con antigüedad del 3.10.2000, categoría profesional Especialista y salario diario con inclusión de proratas de pagas extras de 47.05 euros. ---2º.- Al actor se le paga desde Noviembre 2004 con retraso sus salarios según detalla en el hecho 1.1 de su demanda, sin que en el momento de la presentación de la demanda ni en el acto del juicio haya acreditado ninguna deuda salarial. ----3º.- Se presento papeleta de conciliación ante el Cemac el 15.9.2006 celebrándose el acto el 18.1.2007 con el resultado de intentado sin efecto. ----4º.-- El actor no es representante de los trabajadores ni lo ha sido en el último año .----5º.- La empresa se encuentra inmersa en situación de concurso de acreedores desde el 16.2.2005 autos 44/05 del Juzgado Mercantil nº 1 de Barcelona. ----6º.- De las pruebas practicadas no se ha acreditado que se dé el retraso grave y continuado que determina el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores para poder resolver el vinculo laboral que unía a las partes, los retrasos no lo son por voluntad libre de la empresa, sino a causa de su situación de concursada y lo son cíclicos, es decir que el actor continuaba cobrando cada mes pero en lugar del día 1 lo hacia hasta 12 días más tarde pero siempre mensualmente."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que desestimo la demanda presentada por Alberto contra la empresa ESMETRO S.L. así como a los Administradores concursales y el Fondo de Garantía Salarial a los que absuelvo de las peticiones aducidas en su contra".

TERCERO.- El Letrado Sr. García Vicente, en representación de D. Alberto , mediante escrito de 29 de enero de 2.008, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 10 de abril de 2.006 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 7 de marzo de 2.008 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- No habiéndose personado las partes recurridas, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 16 de diciembre actual, en cuya fecha tuvo lugar. En la votación correspondiente el Sr. Desdentado Bonete mantuvo una posición opuesta al criterio mayoritario, y anunció la formulación de voto particular, por lo que la ponencia de este

asunto fue asumida por el Sr. Gullón Rodríguez.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si el retraso en el impago de salarios en que incurrió la empresa --en situación legal de concurso-- en relación con uno de sus trabajadores, supone un incumplimiento con entidad suficiente como para producir el éxito de la acción de extinción del contrato instada al amparo de lo previsto en la letra b) del número 1 del artículo 50 del estatuto de los Trabajadores .

La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que confirmó la del Juzgado de Instancia, llegó a la conclusión de que los incumplimientos, los retrasos en el abono de los salarios de trabajador no tenían la gravedad o entidad suficiente para que la acción extintiva pudiese producir los efectos indemnizatorios previstos en el artículo 50.2, en relación con el 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores .

Para llegar a tal conclusión, la referida sentencia partió de los siguientes hechos: a) Desde diciembre de 2.004 hasta el 30 de enero de 2.007 (336 días), el trabajador -al igual que el resto de la plantilla- percibió sus salarios con retrasos variables, que oscilan entre un máximo de 26 días en el caso de la mensualidad de diciembre de 2.006 (la extraordinaria de ese mes la cobró en tiempo) y 2 días en la mensualidad de julio de 2.005 (la extraordinaria también la cobró en su momento oportuno), de suerte que el promedio de retrasos en ese tiempo fue de 11,20 días, aunque normalmente el pago del salario se llevaba a cabo en torno al día 12 del mes siguiente; b) el trabajador estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 17 de febrero de 2.006, momento desde el que no volvió a aparecer por la empresa; c) la demandada se encuentra en situación de concurso desde el 16 de febrero de 2.005, sin que conste la tramitación de expediente judicial de extinción colectiva de los contratos de trabajo de los empleados -artículo 64.10 de la Ley Concursal -; d) en el momento del juicio oral no se le adeudaba ninguna cantidad; e) según describe la sentencia de instancia en su fundamentación jurídica, con evidente valor de hecho probado, consta que mientras estuvo el actor en situación de incapacidad temporal (desde febrero de 2.006, como antes se dijo) se produjo un acuerdo con los trabajadores para abonar con retraso los salarios, debido a la situación de concurso, pacto que se comunicó al demandante a través de su madre (fundamento de derecho tercero).

Tras el análisis de tales elementos de hecho y valorar su persistencia y especialmente su gravedad, la sentencia recurrida llega a la conclusión de que "... tales retrasos ... no tienen entidad suficiente como para hacer incurrir a la empresa en un incumplimiento grave de sus obligaciones que justifique la extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 50 ET ...", desestimándose el recurso de suplicación planteado por el trabajador.

SEGUNDO.- Frente a tal sentencia se ha interpuesto ahora por el demandante el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se denuncia la infracción del artículo 50. 1 b) del Estatuto de los Trabajadores y de la Jurisprudencia

que lo ha interpretado, proponiéndose como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en fecha 10 de abril de 2.006, en la que se estima el recurso del trabajador que habían visto rechazada en la instancia su demanda de extinción del contrato de trabajo planteada también al amparo de lo previsto en el artículo 50.1 b) ET .

La situación de hecho de la que parte esa sentencia para llegar esa decisión estimatoria de acción resolutoria es la siguiente:

a) Las empresas demandadas (en este caso eran dos codemandadas) venían abonando desde el año 2002 los salarios de sus trabajadores dentro de los 10 primeros días del mes siguiente al de su devengo.

b) En el periodo elegido para poner de manifiesto los últimos retrasos, comprendido entre el mes de enero de 2.004 y septiembre de 2.005 (265 días), el promedio de tales retrasos había sido de 11,52 días, normalmente superiores a los 10 días, oscilando en ocho días (marzo de 2.004) y 24 (mayo de 2.005), sin que se adeudase nada en el momento del juicio oral.

c) Una de las empresas demandadas se encontraba en situación de crisis económica y la otra en suspensión de pagos.

d) El 7 de enero de 2.005 el representante de los trabajadores expuso ante la empresa la queja formal por los retrasos que desde esa fecha se habían agudizado, lo que determinó un "plante" colectivo de los trabajadores en junio de 2.005.

e) No consta la existencia de acuerdo alguno, individual o colectivo, para abonar los salarios con retraso.

f) Esa situación de disconformidad o protesta de los trabajadores ante los retrasos se había expresado de forma individual y verbalmente desde enero de 2.004.

A la vista de tales hechos, la sentencia de contraste parte del análisis de la doctrina jurisprudencial sobre la extinción del contrato por retrasos en el pago de salarios y afirma que concurre la gravedad del incumplimiento que exige la jurisprudencia cuando el impago de los salarios no sea un mero acontecimiento 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. También, por ello, cuando exista una situación de impago de salarios como comportamiento empresarial continuado y persistente concurre el requisito de la gravedad de la conducta empresarial que justifica la extinción contractual a instancia del trabajador".

En ese caso concreto, la sentencia de contraste expone como razón de decidir que "... acreditado que la historia laboral de las empresas demandadas se ha caracterizado por el pago diferido, abonando el salario desde el año 2002 hasta enero de 2004 dentro de los diez primeros días siguientes al de su devengo, habiéndose incrementado el tiempo de retraso durante la mayoría de los meses que integran el período comprendido entre los meses de Enero de 2004 hasta Septiembre de 2005, con retrasos medios de diez días e incluso más, esta Sala entiende que concurren las notas de gravedad, continuidad y persistencia de los retrasos que la jurisprudencia exige para que prospere la causa resolutoria a instancia del trabajador basada en 'la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado', sin que el hecho de que con anterioridad a Enero de 2004 los trabajadores no hubieran presentado

reclamación contra la empresa pueda servir de argumento a la parte demandada para justificar que ya venían consistiendo los trabajadores de forma tácita ese retraso, alterando de ese modo la fecha de pago, pues lo único que legitimaría al empresario a abonar con retraso los salarios sería un acuerdo expreso con los trabajadores, que no consta, en el que éstos hubieran prestado su conformidad con dicha periodicidad de abono superior a la acostumbrada en el sector".

Por último, se rechaza también en la sentencia de contraste que la situación de suspensión de pagos o la crisis económica pueda determinar la desestimación de la acción de resolución del contrato de trabajo instada por el demandante, pues esas causas económicas tiene su propia regulación y tratamiento en el Estatuto de los Trabajadores, en los casos específicamente previsto para ello, artículo 41, 47, 51 y 52 ET .

TERCERO.- Del análisis de los elementos de hecho que condujeron a las resoluciones comparadas a las soluciones que se han expresado, opuestas ciertamente, se desprende su total divergencia, pues en la recurrida se desestimó la pretensión extintiva y en la de contraste se acogió, y todo ello desde hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales en ambos casos, lo que supone que concurren los requisitos que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para la viabilidad del recurso.

Es cierto, como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, que concurren algunas diferencias en ambos casos. En el de la de contraste el periodo de incumplimientos es algo más largo que en la recurrida, y en ésta parece que hubo un acuerdo informal con los trabajadores -no con el demandante que estaba en IT- para sostener el retraso, a la vista de la situación de concurso. Pero esas diferencias son irrelevantes, pues lo decisivo es que en ambos supuestos hubo un retraso continuado, extenso en el tiempo, objetivamente importante en su duración y cuantía, en una situación económica adversa de la empresa (concurso de acreedores en la recurrida y suspensión de pagos y crisis económica en la de contraste).

A la vista de la contradicción puesta de manifiesto, procede que esta Sala entre en el fondo del asunto y fije la doctrina que resulte ajustada a derecho, tal y como exige el artículo 226 de la Ley de Procedimiento Laboral .

CUARTO.- La evolución de la jurisprudencia de esta Sala en materia de resolución del contrato de trabajo por la causa descrita en la letra b) del número primero del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores no ha sido siempre uniforme, como se evidencia en una primera fase de la lectura de alguna sentencia como la de 7 de abril de 1987 , con cita de la doctrina anterior contenida en las sentencias de 26 de marzo, 24 de abril y 30 de noviembre de 1985, así como en las de 5 de mayo, 3 de noviembre y 4 de diciembre de 1986 , en la que se afirma que en "la aplicación del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores deben ser valoradas las circunstancias concurrentes, por lo que ha de examinarse al igual que en el supuesto de despido del trabajador, si existe incumplimiento contractual grave y culpable", añadiendo que la norma del artículo 50.1 .b) no es susceptible de aplicación extensiva, pues los retrasos en el abono de la remuneración del trabajador, han de merecer como presupuesto o condición esencial la conceptualización de gravedad y trascendencia continuadas, y que el retraso en el pago de los salarios han de ser motivados por culpa del empresario, pues si "no concurre alguna de estas circunstancias, no se produce el incumplimiento grave y culpable requerido para que se pueda dar lugar a la resolución de la relación laboral por voluntad o a instancia del trabajador". Por su parte, la sentencia de 24 de octubre de 1988 pondera a efectos del artículo 50.1.b) del Estatuto de los

Trabajadores la situación económica cuando señala que "la conducta de la cooperativa no ha respondido a una voluntad deliberada de incumplir sus obligaciones, sino que ha venido impuesta por su adversa situación económica", por lo que no es lícita la posición de privilegio y de insolidaridad adoptada por el actor en perjuicio de los demás socios cooperativistas y en consecuencia carece del derecho de solicitar la resolución del contrato mediante indemnización al amparo del artículo 50 del Estatuto . Y en la misma línea, las sentencias de 13 de febrero de 1.984 y 16 de junio de 1.987 , en las que se valora especialmente la existencia de un acuerdo de la empresa con los trabajadores para el abono con retraso, lo que hacía que la deuda un fuese exigible y, por tanto, no se apreciaba la existencia de incumplimiento encuadrable en el repetido precepto.

Esta línea jurisprudencial fue rectificada a partir de la sentencia de 24 de marzo de 1992 (recurso 413/1991) que, ya en el marco del recurso de casación para la unificación de doctrina, inicia lo que pudiera denominarse una línea objetiva clara, afirmándose que "la extinción del contrato por la causa del artículo 50 no se produce por el dato de que el incumplimiento empresarial sea culpable, sino que la culpabilidad no es requisito para generarlo", precisándose que "si el empresario puede amparar sus dificultades económicas, a efectos de la suspensión o de la extinción del contrato de toda o de 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". De ahí se concluye que "es indiferente dentro del artículo 50 , que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial". Este criterio ha sido reiterado en las sentencias posteriores de 29 de diciembre de 1.994 (recurso 1169/94), 25 de noviembre de 1.995 (recurso 756/1995) --aunque en este caso el retraso de tres meses no tenía gravedad y continuidad suficientes para la extinción--, 28 de septiembre de 1.998 (recurso 930/1998) y 25 de enero de 1999 (recurso 4275/1997), especificándose en esta última que para determinar tal «gravedad» del incumplimiento "debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario «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)". La sentencia de 5 de abril de 2001 señala incluso que ni siquiera la iniciación por la empresa de un expediente de regulación de empleo es susceptible de enervar la acción resolutoria fundada en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores , argumentado que ninguna previsión existe en este sentido en nuestro ordenamiento y que confiere esta acción sin ninguna limitación.

QUINTO.- Siguiendo entonces esa doctrina jurisprudencial y aplicándola al caso de autos nos encontramos con una situación en la que objetivamente y con independencia de que la empresa se encuentra en concurso, existen unos retrasos en el pago de los salarios del trabajador demandante que tienen gravedad suficiente para constituir la causa de extinción del contrato de trabajo postulada al amparo de lo establecido en el artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores , puesto que son continuados, persistentes en el tiempo y cuantitativamente importantes, desde el momento en que en 336 días alcanzaron un promedio de retraso de 11,20 días.

Como antes se dijo, en esa jurisprudencia unificada, en la que se fija la línea "objetiva" en el análisis del incumplimiento empresarial examinado, se ha negado que las dificultades económicas, la situación de concurso, constituya un factor que module esa situación de impago constatada, hasta el punto de entender, como razona la sentencia recurrida, que esa situación priva del requisito de "gravedad" a la conducta

empresarial, solución ésta que, en consecuencia, se muestra como no ajustada a derecho y ha de ser revocada con la estimación del presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

La consecuencia legal prevista en el ámbito de las indemnizaciones ante ese incumplimiento empresarial no puede ser otra que la específicamente prevista en el número 2 del artículo 50, en relación con el 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, esto es, 45 días por año de antigüedad, con el límite previsto en dicho precepto.

Ciertamente que, como ha puesto de relieve la doctrina, el incumplimiento contractual aquí examinado -retraso continuado en el pago del salario- opera en un sentido similar al del artículo 1.124 del Código Civil en cuanto asegura la reciprocidad de prestaciones en el contrato de trabajo. De hecho, la Jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha venido modulando, porque lo permite el precepto, el alcance del carácter esencial del incumplimiento del deudor en orden a la resolución del contrato. Pero en el ámbito laboral no existe posibilidad de atender a otras circunstancias que atemperen el alcance indemnizatorio de forma diferente a la prevista en la propia norma, como ocurre en el caso del artículo 50.1 a), en relación con los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, en los que se contempla de hecho una modalidad "objetiva" de extinción a instancias del trabajador con base en determinadas conductas empresariales perfectamente regladas en tales preceptos, en los que el alcance de la indemnización se reduce -en claro paralelismo al despido objetivo- a 20 días por año de servicio.

La situación de concurso de la empresa, como ocurre en el caso aquí analizado, tal vez hubiera podido motivar que se pusiera en marcha el sistema de expediente de regulación de empleo judicial a que se refiere el artículo 64 de la Ley 22/2003, que podían haber instado los administradores del concurso, los trabajadores o el empresario deudor. Y en el supuesto del número 10 del citado precepto de la Ley Concursal, en el caso de resoluciones del contrato de trabajo planteadas por los trabajadores al amparo del artículo 50.1 b) ET, únicamente cuando se superen los umbrales numéricos allí establecidos, las demandas de resolución de contrato planteadas por trabajadores de la empresa después de la declaración del concurso, tendrían la consideración de extinciones susceptibles de ser indemnizadas con 20 días por año de antigüedad (a las que la Ley impropia denomina acciones individuales y a las que se atribuye la condición de extinciones de carácter colectivo). Pero si tales previsiones numéricas no se cumplen, las acciones de extinción del contrato de trabajo instadas al amparo del referido precepto estatutario no obtendrían la condición legal de colectivas y en consecuencia la indemnización sería la prevista en el propio artículo 50.2 ET.

SEXTO.- En conclusión, tal y como se ha anticipado, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador debe ser estimado, debiendo la Sala casar y anular la sentencia recurrida para resolver el recurso de suplicación instado en su día por el demandante frente a la sentencia de instancia, que ha de ser revocada para estimar la demanda instada por el trabajador y acoger la pretensión de resolver su contrato de trabajo con efectos desde la fecha de esta sentencia y con derecho al percibo de una indemnización de 45 días por año de servicio, con el límite de 42 mensualidades, lo que supone, desde un salario diario de 47,05 euros y una antigüedad de 3 de octubre de 2.000, la cantidad de 17.361,45 euros. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

Fallo

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por el Letrado D. Jaumen García Vicente en nombre y representación de D. Alberto . frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de diciembre de 2.007. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación frente a la sentencia de instancia, estimamos dicho recurso y con revocación de la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Tarrasa en fecha 30 de abril de 2.007, estimamos la demanda planteada por el trabajador D. Alberto y declaramos resuelto el contrato de trabajo que unía al mismo con la empresa "Esmetro, S.L.", en situación legal de concurso, condenando a la empresa y a los administradores del concurso en su condición de tales a que indemnicen al demandante con la cantidad de 17.361,45 euros, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda alcanzar, en su caso y en los límites legalmente previstos, al Fondo de Garantía Salarial.

Devuélvase las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesús Gullón Rodríguez así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Voto

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. AURELIO DESDENTADO BONETE A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 294/08 .

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 294/08 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- La decisión mayoritaria que recoge la sentencia mantiene y aplica la doctrina de la Sala tal como ésta se configuró a principios de los años noventa. Mi discrepancia parte de la necesidad de reconsiderar esta doctrina y ello por motivos tanto internos -considero que no es correcta-, como externos en la medida la evolución legislativa reciente -en concreto, la Ley Concursal- obliga en todo caso a abordar su revisión para mantener un tratamiento coherente y respetuoso con el principio de

igualdad entre resoluciones "individuales" y "colectivas".

Para ello es conveniente comenzar con un examen de la evolución de la doctrina de la Sala sobre el apartado b) del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores. En una primera fase la sentencia de 7 de abril de 1987, con cita de la doctrina anterior contenida en las sentencias de 26 de marzo, 24 de abril y 30 de noviembre de 1985, así como en las de 5 de mayo, 3 de noviembre y 4 de diciembre de 1986, afirma que en "la aplicación del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores deben ser valoradas las circunstancias concurrentes, por lo que ha de examinarse al igual que en el supuesto de despido del trabajador, si existe incumplimiento contractual grave y culpable", añadiendo que la norma del artículo 50.1 .b) no es susceptible de aplicación extensiva, pues los retrasos en el abono de la remuneración del trabajador, han de merecer como presupuesto o condición esencial la conceptualización de gravedad y trascendencia continuadas, y que el retraso en el pago de los salarios han de ser motivados por culpa del empresario, pues si "no concurre alguna de estas circunstancias, no se produce el incumplimiento grave y culpable requerido para que se pueda dar lugar a la resolución de la relación laboral por voluntad o a instancia del trabajador". Por su parte, la sentencia de 24 de octubre de 1988 pondera a efectos del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores la situación económica cuando señala que "la conducta de la cooperativa no ha respondido a una voluntad deliberada de incumplir sus obligaciones, sino que ha venido impuesta por su adversa situación económica", por lo que no es lícita la posición de privilegio y de insolidaridad adoptada por el actor en perjuicio de los demás socios cooperativistas y en consecuencia carece del derecho de solicitar la resolución del contrato mediante indemnización al amparo del artículo 50 del Estatuto".

Esta línea jurisprudencial, que ponderaba a mi juicio correctamente la imputabilidad del incumplimiento al empresario, fue rectificada a partir de la sentencia de 24 de marzo de 1992, que, ya en el marco del recurso de casación para la unificación de doctrina, establece que "la extinción del contrato por la causa del artículo 50 no se produce por el dato de que el incumplimiento empresarial sea culpable, sino que la culpabilidad no es requisito para generarlo", precisando que "si el empresario puede amparar sus dificultades económicas, a efectos de la suspensión o de la extinción del contrato de toda o de 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". De ahí se concluye que "es indiferente dentro del artículo 50, que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial". Este criterio ha sido reiterado en las sentencias posteriores de 29 de diciembre de 1994, 28 de septiembre de 1998 y 25 de enero de 1999, resumiendo esta última que para determinar tal «gravedad» del incumplimiento "debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario «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)". La sentencia de 5 de abril de 2001 señala incluso que ni siquiera la iniciación por la empresa de un expediente de regulación de empleo es susceptible de enervar la acción resolutoria fundada en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, argumentado que ninguna previsión existe en este sentido en nuestro ordenamiento y que confiere esta acción sin ninguna limitación.

SEGUNDA.- Esta doctrina debe ser reconsiderada a la vista de la configuración de la resolución en el ámbito civil y en atención al propio sistema que inspira el Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de extinciones derivadas de situaciones objetivas

vinculadas a crisis de la empresa o del contrato. En el marco de la regulación civil es necesario distinguir entre los efectos en el ámbito de la obligación y los que se producen en orden a la resolución del vínculo contractual. Una situación económica negativa de la empresa o, incluso, una situación de insolvencia es obvio que no libera al deudor del cumplimiento de la obligación, en especial, cuando ésta consiste en la entrega de una cantidad de dinero, pues la insolvencia no exime de la responsabilidad. La liberación de la obligación sólo se produce cuando ésta es objetivamente imposible por causas que quedan fuera del control del deudor (artículo 1105 del Código Civil), jugando incluso la presunción de culpa (artículo 1183 del Código Civil), en la medida en que el deber de cumplir o de reparar surge de estar obligado y de no acreditar un hecho externo que exonere de la obligación. En el ámbito de la resolución, que regula el artículo 1124 del Código Civil la situación es distinta, porque no se trata de exonerar el cumplimiento de la obligación, sino de romper el vínculo contractual y en este punto la doctrina de la Sala de Civil de este Tribunal ha venido exigiendo una cierta gravedad en los incumplimientos que pueden justificar la resolución, lo que, según la doctrina científica, introduce un elemento de "excepcionalidad en el supuesto resolutorio", pues el contrato no debe resolverse en aquellos casos en los que no se produce un incumplimiento de cierta gravedad que justifique la extinción, con lo que se trata en definitiva de impedir conductas abusivas fundadas en infracciones que no revisten esa gravedad, pero que pueden utilizarse para desligarse de una relación en la que ya no se tiene interés. En este sentido es conocida la doctrina tradicional, que insistía en la necesidad de que concurriera "una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento" (por todas, sentencia de la Sala de I de 15 de abril de 1982). Es cierto que esa exigencia se ha superado en la doctrina más reciente, que señala que no puede exigirse una aplicación estricta de "la voluntad deliberadamente rebelde", que sería tanto como exigir dolo (sentencia de la Sala I de 23 de julio de 2002), ni tampoco "la persistencia de una "resistencia tenaz y obstativa al cumplimiento" (sentencia de la Sala I de 9 de marzo de 2005). Lo que se valora de forma especial es la entidad del incumplimiento, que ha de impedir el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte (sentencia de la Sala I de 22 de mayo de 2003). Pero lo cierto es que el factor subjetivo continúa actuando como un elemento de calificación de determinados incumplimientos relevantes que ponen de relieve una voluntad manifiesta de no cumplir, aunque, junto a ese factor subjetivo, se admita el factor objetivo, vinculado a la imposibilidad sobrevenida fortuita y se pondera cada vez con mayor relevancia la proyección funcional del incumplimiento en el programa de las prestaciones del contrato, como puede verse en la síntesis que ofrece la sentencia de la Sala I de 4 de junio de 2007 , que en la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento se remite a varios criterios doctrinales, como su "importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada "quiebra de la finalidad económica". Por lo demás, en el artículo 1124 del Código Civil se abre la vía a la ponderación judicial del incumplimiento mediante la referencia que contiene su apartado tercero a las causas de justificación.

TERCERA.- En el marco laboral la necesidad de distinguir entre los factores subjetivos y objetivos se impone con más claridad, pues esta distinción es esencial en el régimen de la extinción del contrato de trabajo tanto en lo que se refiere a sus causas como en lo que afecta a los efectos indemnizatorios. Así las extinciones de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores son extinciones objetivas que se fundan en causas que actúan al margen de un reproche culpabilístico a un determinado agente y que, por ello, dan lugar a una indemnización más reducida de la que se aplica cuando la extinción resulta susceptible de ese reproche: 20 días para los despidos objetivos y 45 días para los despidos improcedentes o la pérdida de esta última indemnización por el

trabajador cuando su despido es procedente como consecuencia de un incumplimiento contractual, lo que también explica que esa indemnización sea aplicable en el denominado "despido indirecto" del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores , donde es el trabajador quien "despide" al empresario, imputándole un incumplimiento contractual que implica un juicio de reprochabilidad. El elemento sancionador de la resolución resulta así más importante en el ámbito laboral, sin duda por la fórmula de cálculo de la indemnización y las diferencias en su importe en atención a ese factor subjetivo de calificación. Es conocido el paralelismo entre el artículo 50 y el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores ; preceptos que contemplan incumplimientos imputables a una parte del contrato y por ello conducen a la aplicación de la indemnización máxima.

El problema surge porque dentro del marco de la extinción del contrato de trabajo no se contempla, con carácter general, un mecanismo de resolución "objetiva" que pueda contraponerse a la resolución "subjetiva" del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores , lo que sin duda llevó a la sentencia de 24 marzo de 1992 a "objetivar" el supuesto del apartado b) del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores , lo que no ha sucedido con el apartado c), que expresamente excluye la fuerza mayor, ni con el apartado a), en el que, pese a algunas dificultades interpretativas (sentencia de 8 de febrero de 1993), hay que entender que están las modificaciones no justificadas en atención a la concurrencia de las causas y a la aplicación de los procedimientos previstos legalmente en los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores . Y es que el apartado b) -relativo a la falta de pago y los retrasos continuados en el abono de los salarios- no tiene aparentemente una vía para la extinción objetiva, como sucede para el supuesto del apartado a) con las acciones que se prevén de forma expresa en los artículos 40.1.4º y 41.3.4º del Estatuto de los Trabajadores y que conducen a las denominadas "resoluciones menores" con una indemnización de 20 días por año.

Pero esta laguna no puede resolverse llevando al apartado b) del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores todos los supuestos de impagos o retrasos en el abono de los salarios, prescindiendo de las causas que hayan determinado el incumplimiento y de la calificación del mismo, porque esa solución es contraria al sistema general de nuestro ordenamiento que distingue entre extinciones objetivas y subjetivas, imponiendo a una extinción objetiva una indemnización que está prevista para un incumplimiento cualificado en términos de reprochabilidad. Es cierto que si se niega la entrada de este supuesto en el artículo 50.1 .b) del Estatuto de los Trabajadores y no se abre otra vía de extinción, se llega también a un resultado contrario a los principios de nuestro sistema, pues se obliga al trabajador que extingue de forma justificada por un incumplimiento empresarial una relación que ya ha perdido para él su finalidad -la percepción regular de su retribución- a salir de esa relación sin la indemnización prevista para estos casos, es decir, a través de la dimisión (artículo 49.1 .d) del Estatuto de los Trabajadores).

La solución para evitar estas dos desviaciones consiste en acudir a la analogía, conforme al artículo 4.1 del Código Civil : la laguna se supera aplicando a la falta de pago y al retraso continuado en el abono de los salarios que se producen como consecuencia de una situación negativa de la empresa (supuesto no previsto) lo establecido para un supuesto semejante (el de las "resoluciones menores" de los artículos 40, 3.2º y 41.14º del Estatuto de los Trabajadores), con el que cabe apreciar identidad de razón dentro de la lógica general de nuestro sistema. Así en supuestos como el presente el trabajador podría instar la extinción, percibiendo la indemnización de 20 días por año de servicio.

CUARTA.- Esta conclusión se confirma al examinar lo que ha establecido en esta

materia la Ley 22/2003, concursal (LC). El artículo 64.10 de la Ley Concursal prevé que las acciones "colectivas" de resolución del contrato de trabajo que se formulen al amparo del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores frente a empresas declaradas en concurso se tramitarán ante el juez del concurso a través del procedimiento previsto en ese artículo, que es el denominado expediente judicial de regulación de empleo, equivalente al administrativo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, y esa remisión hay que entender que no se produce sólo a efectos de la tramitación de las reclamaciones, lo que carecería de sentido, sino que tiene la finalidad de dar a esas extinciones el tratamiento sustantivo en materia de indemnizaciones que corresponde a una situación de crisis patrimonial de la empresa. Se trata así de evitar el fenómeno conocido como las resoluciones "estratégicas", que, ante las irregularidades en orden al abono de salarios que suelen acompañar a las coyunturas de falta de liquidez de la empresa, instan la resolución del contrato como vía para salir del expediente de regulación de empleo y obtener una indemnización de 45 días superior a la que establece el artículo 51.8 del Estatuto de los trabajadores, al que remite el artículo 64.11 de la LC, con perjuicio para los restantes trabajadores de la empresa y en general para los acreedores. Esta regla ha de aplicarse también a las resoluciones individuales que se producen fuera del ámbito del expediente judicial o administrativo de regulación de empleo cuando se constate que el incumplimiento -impago o retraso del abono de salarios- en que se funda la pretensión resolutoria tiene su causa en la situación económica negativa de la empresa, pues, aparte de lo ya dicho, sólo así se garantiza la igualdad de tratamiento entre las resoluciones "individuales" y las "colectivas" que no sería justificable a los efectos del artículo 14 de la Constitución.

QUINTA.- Las consideraciones anteriores conducen a la desestimación del recurso. No obstante, es conveniente realizar una consideración adicional, aunque no resulte necesaria a efectos decisivos. En el presente caso la procedencia de la interpretación realizada en los fundamentos anteriores podría corroborarse a partir de una consideración específica de las circunstancias concurrentes. La empresa ha sido declarada en concurso en febrero de 2005; desde noviembre de 2004 se producen los retrasos en el pago de los salarios, que, sin embargo, acaban abonándose con la demora indicada, sin que conste ninguna intimación o reclamación hasta la presentación de la demanda que da lugar a estas actuaciones el 22 de diciembre de 2006. Los compañeros del actor han llegado incluso a un acuerdo con el empresario para aceptar el retraso del abono del salario ante las dificultades de liquidez de la empresa. Todo ello puede llevar razonablemente a la conclusión de que se ha venido aceptando la situación, sin duda con la finalidad de conservar el empleo o con la eventual perspectiva de recuperación, hasta que ante un posible desenlace en otro sentido, se insta la resolución por la vía del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores ante la posibilidad de otra extinción por la vía del artículo 64 de la Ley Concursal o del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, que es la que probablemente ha afectado a los trabajadores que continuaron prestando servicios y aceptaron el retraso en el pago de los salarios.

SEXTA.- Por otra parte, hay que aclarar el sentido del fallo desestimatorio. En realidad, de acuerdo con la doctrina que se ha establecido, el actor podría extinguir su contrato de trabajo con derecho a percibir una indemnización de 20 días por año de servicio. Pero la Sala no puede resolver en este sentido, porque esta pretensión no se ha ejercitado. La demanda se limita a solicitar que se declare la extinción de la relación laboral con el abono de la indemnización máxima legal, todo ello sin perjuicio de la ulterior responsabilidad que en su día pudiera corresponder al codemandado Fondo de Garantía Salarial. En el acto de juicio se ha ratificado esta pretensión. En el propio escrito de este recurso se insiste en la única petición de la indemnización de 45 días

por año. No es posible aplicar aquí la doctrina de quien pide lo más pide lo menos, porque no existe una relación meramente cuantitativa entre la prestación formulada y la que procedería de acuerdo con nuestra doctrina, pues alguien que pide la extinción de su contrato de trabajo por una indemnización de 45 días por año puede que no acepte la hipótesis de una extinción con una indemnización de 20 días por año y quien se ha resistido a una pretensión fundada en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, no ha hecho lo mismo ante una pretensión fundada en las normas sobre las extinciones objetivas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral, no procede la imposición de costas, al tener reconocido el recurrente el beneficio de justicia gratuita.

Madrid, 22 de diciembre de 2.008

Comentario

RESOLUCIÓN CAUSAL DEL CONTRATO A INSTANCIAS DEL TRABAJADOR: NECESARIA GRAVEDAD DE LA CAUSA ALEGADA. EMPRESA EN SITUACIÓN DE CONCURSO. Recurre el trabajador demandante frente a la sentencia de suplicación que desestimó su recurso en el que pedía que se declarara extinguido su contrato de trabajo con derecho a percibir la misma indemnización que si se tratara de despido disciplinario, y ello debido a los retrasos continuados en el abono de los salarios. El recurso es estimado. La Sala reconoce que la jurisprudencia no ha sido unánime, pero en los últimos años ha seguido una línea uniforme en el sentido de que el incumplimiento alegado debe ser grave y no necesariamente culpable. Así, partiendo de un criterio objetivo, el incumplimiento debe ser continuado, y los retrasos o impagos del salario deben ser cuantitativamente importantes, circunstancias que concurren en el presente supuesto. No es ostáculo para ello el que la empresa se encuentre en situación de concurso, situación en que los administradores del concurso pueden plantear expediente de regulación de empleo; también pueden plantearlo los trabajadores cuando se supere el umbral numérico que establece el art. 64.10 de la Ley Concursal, pero no llegando a tal número en este presente caso, las extinciones no serían colectivas, por lo que cabe la resolución causal a instancia del trabajador con derecho a la misma indemnización que en caso de despido disciplinario. Hay un voto particular del Excmo. Sr. Desdentado Bonete en el que considera que en casos como el presente la indemnización debería fijarse en 20 días de salario por año de servicio, aplicando analógicamente la indemnización establecida para las extinciones de contratos contempladas en los arts. 40 y 41 ET.