

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 10 Jun. 2009, rec.
2461/2008**

Ponente: Castro Fernández, Luis Fernando de.

Nº de Recurso: 2461/2008

Jurisdicción: SOCIAL

Retraso continuado en el pago del salario: la demora en la reclamación de la trabajadora no enerva la acción extintiva del contrato

EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL TRABAJADOR. Retrasos continuados en el pago de los salarios. La facultad extintiva no requiere intentos previos del trabajador dirigidos a que el empresario cumpla con la obligación de abonarle el salario, operando la causa extintiva de manera totalmente objetiva. La falta de reclamación del trabajador durante un cierto periodo de tiempo, no enerva, por su transcurso, la acción extintiva, lo que conllevaría que se sancionara al trabajador más comprensivo -paciente- con los incumplimientos empresariales.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ Madrid que estima el recurso de suplicación formulado contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid que estima demanda de extinción del contrato a instancia del trabajador.

Texto

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil nueve

SENTENCIA

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Ignacio Rodríguez Díez, en nombre y representación de Ofician de Patentes y Marcas ARICHA S.A., contra la sentencia dictada el 19 de mayo de 2008 por

la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (LA LEY 83108/2008), en el recurso de suplicación núm. 1586/08, formalizado por D^a Luisa contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, de fecha 16 de enero de 2008, recaída en los autos núm. 1336/07, seguidos a instancia de D^o Luisa contra OFICINA DE PATENTES Y MARCAS ARICHA S.A., sobre EXTINCIÓN DE CONTRATO.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de enero de 2008, el Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que DESESTIMANDO la demanda formulada por DOÑA Luisa , frente a la empresa OFICINAS DE PATENTES Y MARCAS ARICHA, S.A., debo absolver y absuelvo a la demandada de todos los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- D^a Luisa , con DNI nº NUM000 , viene prestando sus servicios para la empresa demandada OFICINA DE PATENTES Y MARCAS ARICHA, S.A., desde el 01.08.1991, con la categoría de oficial 2^a Administrativo y percibiendo una remuneración mensual incluida prorratas de pagas extraordinarias de 1.399,21 euros. 2º.- Desde hace cinco años la empresa cuenta con una plantilla de dos trabajadores. Con anterioridad fueron tres. La empresa abona la nómina a sus trabajadores de forma irregular y en ocasiones en pagos parciales. La actora, como el resto de sus compañeros, ha percibido sus salarios desde el inicio de la relación laboral de forma irregular. Desde febrero 2003 ha cobrado su remuneración mensual en las fechas que expresa el hecho tercero de la demanda cuyo contenido se da íntegramente por reproducido. La actora nunca ha reclamado a la empresa, ni a otras instancias por el retraso en el abono de su salario. 3º.- La actora no ostenta, ni lo ha hecho en el último año, cargo de representante de personal ni sindical alguno. 4º.- Con fecha 23.10.07, la actora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el acto administrativo el 06.11.2007, sin avenencia ante la oposición de la demandada".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a Luisa ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia con fecha 19 de mayo de 2008 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por Doña Luisa , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de los de MADRID, de fecha DIECISÉIS DE ENERO DE DOS MIL OCHO en virtud de demanda formulada por DOÑA Luisa contra OFICINAS DE PATENTES Y MARCAS ARICHA S.A., en reclamación de RESOLUCIÓN CONTRATO

VOLUNTAD DEL TRABAJADOR, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia, para, y en su lugar, y con estimación de la demanda de extinción del contrato a instancia del trabajador, declarar extinguida la relación laboral que vinculaba a las partes, condenando a la demandada, OFICINAS DE PATENTES Y MARCAS ARICHA S.A. a abonar a la actora DOÑA Luisa , en concepto de indemnización, la suma de 34.673,57 €".

CUARTO.- Por el Procurador D. Ignacio Rodríguez Díez, en nombre y representación de Oficina de Patentes y Marcas ARICHA S.A., mediante escrito de fecha 28 de julio de 2008, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 4 de febrero de 1999 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de junio de 2009, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por STSJ Madrid 19/Mayo/08 (LA LEY 83108/2008) [rec. 1586/08] se revocó la decisión pronunciada en 16/Enero/08 por el Juzgado de lo Social nº 9 de los de Madrid y se declaró extinguido el contrato de trabajo a instancia de la trabajadora accionante, con reconocimiento del derecho a la correspondiente indemnización, partiendo los hechos probados resumibles en los siguientes términos: a) la trabajadora prestaba servicios para la empresa demandada con antigüedad de 01/08/91; b) la actora y sus compañeros -tan sólo uno desde hace cinco años- «ha percibido sus salarios de forma irregular» y desde Febrero/03 lo hace con retraso que oscila entre quince y veinte días.

Sentencia contra la que se formula recurso de casación para la unidad de la doctrina, proponiendo como contraste la STSJ Comunidad Valenciana 04/Febrero/99 (LA LEY 26136/1999) y denunciando la infracción de los arts. 7 CC y 50 ET, en relación con doctrina de Suplicación que se tiene por reproducida.

2.- El art. 217 LPL exige -para la viabilidad del RCU- -que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (entre las más recientes, SSTS 27/02/09 (LA LEY

23191/2009) -rcud 955/08-; 03/03/09 (LA LEY 8897/2009) -rcud 4424/07-; y 24/03/09 (LA LEY 40569/2009) -rcud 1028/07 -).Y el presupuesto se cumple en el presente caso, por cuanto que en la decisión de contraste se trata de trabajador al que la empresa satisface su remuneración con retraso de 10 a 20 días y a la que -a la fecha de la demanda- adeuda una mensualidad, una paga extraordinaria y los atrasos de convenio, pese a lo cual se niega la extinción del contrato por voluntad del trabajador; lo que si bien propiamente no comporta identidad con el supuesto fáctico de la recurrida, lo que excluye la existencia contradicción en sentido estricto, de todas formas integra contradicción a fortiori, en tanto que la sentencia de comparación ha ido «más allá» que la recurrida, por basarse en afirmaciones fácticas de inferior apoyo a la pretensión (entre las recientes, SSTS 08/02/07 (LA LEY 9963/2007) -rcud 5556/05-, que habla de contradicción «reforzada»; 20/02/07 (LA LEY 6776/2007) -rcud 3654/05-; 04/07/07 (LA LEY 118269/2007) -rcud 2215/06-; y 14/05/08 (LA LEY 53537/2008) -rcud 884/07 -).

3.- A destacar que si bien el ATS 20/12/04 -rcud 205/04 - se rechazó la existencia de contradicción entre la misma sentencia de contraste y otra dictada por el TSJ Madrid, lo cierto es que -aparte de los defectos de falta de relación precisa y circunstanciada, ausencia de fundamentación legal y división artificial de la controversia- se añade, en lo que a la contradicción se refiere, que «Por otro lado, la sentencia de contraste parte de la constatación de una práctica consentida, lo que, a pesar de los reiterados intentos de la parte recurrente, no consta en este caso, al haber expresa y razonadamente rechazado la Sala de suplicación la revisión fáctica propugnada por la empresa para que se hiciera constar la existencia de un acuerdo, expreso o tácito, con los trabajadores». Diferencia que no concurre en el caso de autos, pues tanto en una como en otra sentencia consta que los respectivos actores no habían reclamado por el retraso en el abono del salario [ordinal segundo de la recurrida; y fundamentación jurídica -con valor fáctico- de la referencial]. Y aunque en aquel Auto también se hace alusión a la dificultad de unificar doctrina en materia de resolución del contrato por incumplimiento del empresario, al depender de una valoración casuística de las circunstancias individualizadas variables, lo cierto y verdad es que esa doctrina [de la que son exponentes las SSTS 30/04/03 -rcud. 4125/02-; 18/02/04 -rcud 1057/03-; 08/06/04 -rcud 4796/03; y 10/07/08 -rcud 2196/07 -], en manera alguna excluye de forma categórica la posibilidad de que medie contradicción, muy particularmente en los supuestos -como el presente- en que se evidencie su concurrencia *a fortiori* .

SEGUNDO.- 1.- En la resolución de la cuestión de fondo ha de partirse de una premisa, y es la de que la falta de pago del salario o los retrasos continuados en su abono autorizan la extinción causal del contrato ex art. 50.1.b) ET , aún sin mediar culpabilidad empresarial. Como esta Sala viene señalando con reiteración, salvo precedentes temporalmente lejanos en que se ha exigido un incumplimiento grave y culpable, haciendo una paridad con las causas originadoras del despido

disciplinario [así, SSTS 03/11/86 (LA LEY 5331/1986); y 04/12/86 (LA LEY 11630-JF/0000)], o en que más matizadamente se ha requerido que el retraso sea grave y culpable, continuado y persistente [STS 20/01/87 (LA LEY 176/1987)], este Tribunal entiende que el requisito de 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 (SSTS 24/03/92 (LA LEY 12881/1992) -rcud 413/91-; 29/12/94 (LA LEY 14292/1994) -rcud 1169/94-; 13/07/98 (LA LEY 86097/1998) -rcud 4808/97-; 28/09/98 (LA LEY 10120/1998) -rcud 930/98-; 25/01/99 (LA LEY 2851/1999) -rcud 4275/97-; y 22/12/08 (LA LEY 244094/2008) -rcud 294/08 -). En este línea se mantiene 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 arts. 4.2 f) y 29.1 ET , 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 (así, SSTS 25/01/99 (LA LEY 2851/1999) -rcud 4275/97-; y 26/06/08 (LA LEY 132504/2008) -rcud 2196/07-, en *obiter dicta*).

2.- Las anteriores precisiones -excluyendo el elemento intencional en la apreciación de la causa de extinción- nos conducen a la respuesta que haya de darse a *la cuestión nuclear que en el recurso se plantea*, cual *es si la falta de reclamación de la trabajadora durante un cierto periodo de tiempo enerva -por su transcurso- la acción extintiva, precisamente por la concurrencia de un componente también intencional en la conducta del perjudicado*. Consecuencia que el recurso defiende con la doble consideración de que esa formal inacción comporta aquiescencia [se argumenta una manifestación de voluntad tácita] y de que la advertencia previa es exigencia derivada de la buena fe, de manera que la tardía -se dice- reclamación judicial extintiva integraría en tales circunstancias el ejercicio abusivo de un derecho, tratándose de actuar proscrito por el art. 7 del CC .

Discrepamos de tal planteamiento, conforme al cual la demora en la reclamación la convierte en intempestiva. Y disentimos, *porque*: a) *con ella se trata de introducir gratuitamente en el ejercicio de la acción un requisito inexistente en la Ley, puesto que la facultad extintiva prevista en el art. 50.1.b) ET no requiere intentos previos del trabajador dirigidos a que el empresario cumpla con la*

obligación que le impone el art. 4.2.f) del mismo Estatuto , operando la causa extintiva -como hemos visto- *de manera totalmente objetiva*; b) no hay que olvidar que el art. 50 ET no deja de ser trasunto laboral del art. 1.124 CC , que permite al perjudicado por el incumplimiento ajeno «escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos», sin condicionar en forma alguna la solicitud de resolución por incumplimiento a la previa exigencia de que la obligación sea cumplida; c) *la tesis recurrente comporta rechazable inseguridad jurídica para el trabajador, que se vería en la impuesta -y desconcertante- situación de esperar a que el retraso en el pago revista de la suficiente gravedad por su reiteración como para justificar la resolución del contrato [incumplimiento reiterado], pero sin llegar a un punto tal en el que la falta de reclamación frente a la desatención obligacional por el empresario pueda valorarse como aquiescencia* [incumplimiento consentido]; d) admitir el pretendido consentimiento tácito, no solamente supone la inválida renuncia al derecho de instar judicialmente la extinción del contrato mediando causa legal [arts. 24.1 CE y 3.5 ET], sino que en todo caso se presenta como una invitación a la litigiosidad, por sancionarse al trabajador más comprensivo -paciente- con los incumplimientos empresariales; e) resulta paradójico que quien incumple sistemáticamente una obligación contractual [la retributiva], argumente la buena fe de la otra parte para excluir que el perjudicado por tal incumplimiento [el trabajador] ejercite finalmente el derecho que la Ley le confiere como posible reacción a la vulneración de aquel básico deber; y f) el ejercicio de los derechos únicamente es modulable por la inactividad de su titular cuando el legislador -en causa a la seguridad del tráfico jurídico- considera oportuno establecer un determinado periodo de tiempo tras cual decaen y se consideran legalmente fenecidos por el transcurso de los plazos de prescripción o caducidad, lo que no ha hecho específicamente respecto de la extinción del contrato por voluntad del trabajador.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal, en su planteamiento subsidiario- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de recurrida y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada. Con pérdida del depósito y destino legal para la consignación [art. 226 LPL] e imposición de costas [art. 233.1 LPL].

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de «OFICINA DE PATENTES Y MARCAS ARICHA S.A.» y confirmamos la sentencia dictada por el TSJ Madrid en fecha 19/Mayo/2008 [recurso de Suplicación nº 1586/08], que a su vez había revocado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 16/Enero/2008

pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 9 de los de Madrid [autos 1336/07], a instancia Doña Luisa y en procedimiento por la que la trabajadora reclamaba la extinción del contrato por incumplimiento empresarial de su obligación de abono puntual del salario.

Se acuerda la pérdida de la consignación, el destino legal para el depósito constituido y la imposición de costas a la recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

PUBLICACIÓN.-

En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.