

## Sentencia de Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, 24 de Febrero de 2016

Ponente: Fernando Salinas Molina

Puede parecer que esta sentencia no tiene relación con los riesgos laborales, pero si pensamos en el sufrimiento que debe padecer un trabajador que lleva meses sin cobrar, en este caso con dos hijos y un crédito, veremos que el riesgo no sólo existe, sino que ya se ha provocado el daño, el accidente: el padecimiento del trabajador.

Y como a todo riesgo debe corresponder una medida protectora, sea ésta la publicación de esta sentencia, como aviso a los empresarios del riesgo (económico) que supone para ellos dejar de pagar los salarios. Por una parte, el cese de la relación laboral se considerará despido improcedente, de acuerdo con el art. 50.2 del ET, que asciende a "treinta y tres días de salario por año de servicio... hasta un máximo de veinticuatro mensualidades" (art. 56 ET) y por otra deberá abonar el 10% de intereses por mora.

Naturalmente, cada situación puede ser distinta, por lo que es imprescindible consultar un buen abogado, antes de iniciar ninguna acción. Recordar que AEPSAL firmó un convenio de colaboración con Qualit abogados, asesores y mediadores gracias al cual los asociados a disponen, además de un trato preferente, de importantes descuentos.

En esta sentencia el trabajador no estuvo 3 meses sin cobrar, sino 6. El plazo de 3 meses es el que establece el Supremo.

El trabajador anunció su marcha de la empresa antes de la conciliación en el CEMAC. La parte negativa es que ni el juzgado ni el TSJ de Andalucía reconocieron sus derechos y tuvo que recurrir en casación al TS, que aplicó su doctrina en esta sentencia del 24 de febrero de 2016.

La doctrina jurisprudencial deriva de la STS de 20 de julio de 2012 (rcud 1601/2011 , Pleno):

*«... la STS/4ª/Pleno de 20 de julio 2012 (rcud 1601/2011) dio un paso más al permitir, entre otras cosas, la introducción de una mayor flexibilidad, particularmente en supuestos como el que aquí se nos plantea, "de forma que no se obligue al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, pueden implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales"»*

La doctrina jurisprudencial la resume la STS de 16 de enero de 2015 (rcud 257/2014) en los siguientes puntos:

- 1) *no es exigible para la concurrencia de la causa de resolución del artículo 50.1.b) ET la culpabilidad en el incumplimiento del empresario;*

2) para que prospere la causa resolutoria basada en "la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado" se exige exclusivamente el requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial;

y 3) este criterio objetivo de valoración del retraso continuado, reiterado o persistente en el pago de la retribución **no es de apreciar cuando el retraso no supera los tres meses** (TS 25-9-1995; rcud 756/1995)»,

añadiendo que «En el caso examinado, puede concluirse con la sentencia recurrida que: los pagos ulteriores empresariales no pueden dejar sin efecto el dato objetivo de la existencia de un incumplimiento empresarial grave, constatado por la existencia de un retraso continuado, reiterado o persistente en el pago de la retribución **superando con exceso el retraso los tres meses**»;

En la mencionada sentencia (citada en la que analizamos hoy) consta expresamente el plazo que determina el incumplimiento empresarial y, todavía más importante, en el último añadido excluye que "los pagos ulteriores" puedan dejar sin efecto "la existencia de un incumplimiento empresarial grave".

Como no puede ser de otra forma, el Tribunal Supremo estima el recurso, con los efectos indemnizatorios mencionados.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO

El día 5 de junio de 2014 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación nº 657/2014 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Málaga, en los autos nº 185/2013, seguidos a instancia de Don Juan Carlos contra "APS Compañía para la Integración, S.L.", sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, es del tenor literal siguiente: "Que debemos **desestimar** y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por Don Juan Carlos , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº dos de Málaga de fecha 21/11/2013 , recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por Don Juan Carlos contra APS Compañía para la Integración S.L. sobre despido-extinción de contrato y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, sin costas".

### SEGUNDO

La sentencia de instancia, de fecha 21 de noviembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Málaga , contenía los siguientes hechos probados:

**"Primero.-** D. Juan Carlos, con DNI nº NUM000 , comenzó a prestar servicios para la empresa demandada con fecha **21 de Abril de 2003**, con carácter indefinido, a jornada completa de 40 horas / semanales de Lunes a Viernes, ostentando la categoría de Titulado grado medio / gerente y percibiendo un salario mensual de 2.418,61 euros, incluidas Proratas de Pagas Extras.

**Segundo.-** La demandada, desde el año 2011, viene retrasándose en el abono del salario del trabajador. A la fecha de interposición de la demanda, **le adeudaba los salarios correspondientes a los meses de Septiembre, Octubre, Noviembre, Diciembre y paga extra, del año 2012, así como**

el salario de los meses de enero y febrero de 2013, lo que hace un total adeudado de 14.511,63€, según detalle que obra al hecho segundo de la demanda que se da por reproducido en aras a la brevedad.

**Tercero.-** El actor tiene dos hijos menores de edad, nacidos el NUM001 /2012 y NUM002 /2005. (f. 26 y 28).

**Cuarto.-** Asimismo, ha de hacer frente a un pago mensual de un préstamo por importe de 315,26€. (f. 31).

**Quinto.-** El 13/12/2013, el actor interpuso papeleta de conciliación contra la demandada interesando la extinción del contrato a su instancia por el retraso y falta de abono de su salario. (f. 25). En el primero otrosí digo, manifestaba:... por medio del presente escrito vengo a requerir a la empresa a fin de que me abone los salarios adeudados en el plazo máximo del día de la celebración del acto de conciliación ante el Organismo, comunicando desde este momento que si dicho pago no se produce en la fecha indicada, procederé a interponer la correspondiente demanda dejando de prestar servicios desde el día siguiente a dicha celebración.

**Sexto.-** El 27/02/2013 se intentó, sin efecto, el preceptivo intento de conciliación ante el CMAC. (f. 5).

**Séptimo.-** El 19/02/2013 el actor remitió burofax a la empresa del tenor que obra al folio 35 de los autos, que se da por reproducido. En el mismo, el actor manifestaba que dejaba de prestar servicios en la empresa con efectos desde el 28/02/2013, como anticipaba en la papeleta de conciliación antes referida.

**Octavo.-** La empresa procedió a cursar la baja voluntaria en SS del trabajador con efectos desde el 28-02-2013. (f. 40-41).

**Noveno.-** El actor, el 1/03/2013, solicitó su reincorporación en la empresa CANF- COCEMFE Andalucía, de la que estaba excedente forzoso, con reserva de puesto de trabajo y cómputo de antigüedad, desde el 11/04/2008 hasta el 10/04/2013. (f. 42-43:48).

**Décimo.-** El 14/05/2013, CANF-COCEMFE Andalucía procedió a cursar alta del actor en dicha empresa. (f. 32 y 44).

**Undécimo.-** El 15/06/2013 el actor interpuso papeleta de conciliación interesando la resolución de su contrato con CANF-COCEMFE Andalucía. En el hecho segundo de la papeleta se decía: La empresa ha incumpliendo (sic) la obligación de incorporación, así como dar de alta en seguridad social. Igualmente incumple de forma reiterada el abono de los salarios devengado. Más en concreto, y en la actualidad, me adeuda los meses de marzo, abril y mayo de 2013".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que, en la demanda interpuesta por D. Juan Carlos , contra la empresa APS Compañía para la Integración, S.L. se producen los siguientes pronunciamientos: **1.-** Se estima la excepción de falta de acción puesta por la empresa demandada respecto a su pretensión de resolución indemnizada del contrato, al haberse producido un **abandono voluntario del actor a su puesto de trabajo** con efectos desde el 28-02-2013, absolviendo a la empresa de dicha pretensión. **2.-** Se condena a APS Compañía para la Integración, S.L. a abonar al actor la suma de 15.963 € correspondientes a los salarios no abonados correspondientes a los meses de septiembre a diciembre de 2012, incluida la paga extra, y los meses de enero y febrero de 2103 y el 10% de intereses por mora".

## TERCERO

Por la representación de Don Juan Carlos se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el 14 de julio de 2014. Se alega como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 20-julio-2012 (rollo 1601/2011 Pleno) y la también dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 17- enero-2011 (rollo 4023/2009), una por cada motivo de contradicción, articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Considera que la sentencia recurrida quebranta la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo que cita, no concediendo la opción al trabajador de la extinción de la indemnización de su contrato de trabajo amparada en el art. 50.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Segundo.- Considera que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el art. 50.1.b) del ET de acuerdo con la doctrina contenida en la sentencia de contraste.

## CUARTO

Por providencia de esta Sala de 6 de abril de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

## QUINTO

No habiéndose personado la parte recurrida, no obstante haber sido emplazada, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de interesar la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO

Dos cuestiones se plantean en el presente recurso de casación unificadora:

a) la primera, la problemática del mantenimiento de la relación laboral hasta la firmeza de la sentencia que estime como causa justa para extinguir a instancia del trabajador la relación laboral y las posibles excepciones a tal mantenimiento para poder ejercitar la acción extintiva, con las derivadas consecuencias;

y b) la segunda, la determinación de la gravedad del incumplimiento empresarial para configurarlo como causa justa extintiva a instancia del trabajador en el supuesto de *"falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado"* (art. 50.1.b ET).

### SEGUNDO

1.- Sobre la primera cuestión, **la sentencia recurrida** (STSJ/Andalucía, sede de Málaga, 5-junio-2014 -rollo 657/2014), confirmatoria de la sentencia de instancia (SJS/Málaga nº 2 de fecha 21-noviembre-2013 -autos 185/2013), **interpreta** que el trabajador que anuncia a la empresa que, tras el intento conciliatorio extrajudicial y ante la falta de pago salarial, dejaría de prestarle

servicios, no cabe incluirle entre los supuestos que justifican el poder dejar de prestar servicios para la empresa y califica **tal conducta de abandono por parte del trabajador**; argumentando, en lo esencial, que “no se puede aplicar la medida resolutoria del... art. 50 en su número 2, por cuanto no se puede resolver lo que ya no existe, así como exige que la relación laboral esté viva, no pudiendo prosperar la pretensión resolutoria en este caso al apreciar que la relación laboral se había extinguido previamente, ya que el carácter constitutivo de la acción de resolución exige que la relación laboral se mantenga viva y vigente al dictarse la Sentencia, pues se trata de acción de obligado ejercicio ante los Tribunales para que aprecien la existencia de causa justa para la resolución, con la única excepción de que el actor viera en peligro -de seguir acudiendo al trabajo- derechos fundamentales por ataques a la vida, la integridad, la libertad, la dignidad o la seguridad personal”, así como que “no cabe acceder a la pretensión resolutoria ejercitada, toda vez que el actor comunicó a la empresa demandada su intención de dejar su puesto de trabajo abandonándolo de modo efectivo, y **tal conducta constituye una manifestación firme, inequívoca e incontestable de extinguir por su propia voluntad la relación laboral constitutiva de dimisión extintiva, por lo que la relación laboral mantenida quedó extinguida por la voluntad unilateral del actor** constitutiva de dimisión y no cabe ya la resolución judicial a su instancia de una relación laboral que ya no está ya viva... y sin que puedan acogerse las alegaciones efectuadas pues en nada altera tal conclusión al no aparecer justificado el citado abandono por las razones que expone ni concurren los supuestos y requisitos del referido precepto adjetivo art. 79.7 de la Ley 36/2011..., ni tampoco planteó ni solicitó la parte demandante la indicada medida cautelar, y, en consecuencia, la pretensión resolutoria no puede prosperar, pues está ausente el requisito de relación laboral viva dado que el vínculo laboral dejó de existir incluso con anterioridad a la presentación de la demanda y a la celebración del juicio y con mayor motivo en el momento de la Sentencia..., sin que se trate de un supuesto de los excepcionales que permiten y justifican la ausencia del centro de trabajo... al no constar... que concurren las circunstancias requeridas para ello de que viera en peligro -de seguir acudiendo al trabajo- derechos fundamentales por ataques a la vida, la integridad, la libertad, la dignidad o la seguridad personal... ”.

2.- Por el contrario, en **la sentencia invocada como de contraste** (STS/IV 20-julio-2012 -rcud 1601/2011 , Pleno), -- recaída en un supuesto en el que también el trabajador comunicó a la empresa que si en el plazo de ocho días naturales contados a partir del acto de conciliación no le eran abonados los salarios atrasados, procedería a no asistir a su puesto de trabajo, a aceptar cualquier otra oferta de trabajo para su subsistencia económica y familiar, manteniendo la demanda y el derecho a la rescisión indemnizatoria --, **interpreta que no existe abandono por parte del trabajador al que no puede obligársele a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, pueden implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales**; razonando, en esencia, sobre « la necesidad de introducir una mayor flexibilidad en estos supuestos en la línea de nuestra sentencia de 3 de junio de 1988 , de forma que no se obligue al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, pueden implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales. De ahí que **haya de concederse al trabajador la posibilidad en estos casos de optar entre ejercitar la acción resolutoria y continuar prestando servicios 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**».

3.- Concorre sobre este primer motivo el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS (“El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones

sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos”) para viabilizar el recurso de casación unificadora, ya que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se ha llegado a pronunciamientos distintos en las sentencias objeto del juicio de contradicción. Sin que sea obstáculo a ello, como pretende el Ministerio Fiscal, la circunstancia de que, dada la fechas de los hechos, en la sentencia recurrida se aplique la LRJS (en vigor desde el 11-12-2011) y en la de contraste la precedente Ley de Procedimiento Laboral (LPL -Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril) al no regular esta última las medidas cautelares que puede instar el trabajador en los procesos en los que se ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo ex art. 50 ET ; y ello, entendemos, dado que en el supuesto de la sentencia recurrida, aun pudiendo haberlo efectuado, no se habían solicitado por parte del trabajador las medidas cautelares ex art. 79.7 LRJS , lo que tampoco aconteció en el caso enjuiciado en la sentencia de contraste, pues aun estando vigente la LPL, de la norma procesal laboral era también supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil (DA 1ª LPL) y, con fundamento, en ella, pudieran haberse instado medidas similares, como se deduce, entre otros, de los arts. 721.1 (“Bajo su responsabilidad, todo actor... podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”) y 727.11ª LEC (“... podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:... 11.ª Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”); y, por otra parte, la interpretación jurisprudencial, antes y después de la LRJS, sobre si es el trabajador el que extingue el contrato cuando concurre justa causa o es necesario para ello una declaración judicial, se ha basado en la interpretación, entre otras, de las normas sustantivas contenidas en los arts. 50.1.b) en relación con el art. 49.1.j) ET , así como el art. 1124 Código Civil.

### TERCERO

1.- Por lo que respecta a la segunda cuestión planteada, la relativa a la determinación de la gravedad del incumplimiento empresarial para configurarlo como causa justa extintiva a instancia del trabajador en el supuesto de *“falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado”* (art. 50.1.b ET), la sentencia recurrida, como se ha adelantado y por lo en ella razonado, no configura como causa justa extintiva la demora en el abono salarial a pesar de que en su inmodificado HP 2º declara que *“La demandada, desde el año 2011, viene retrasándose en el abono del salario del trabajador. A la fecha de interposición de la demanda [01-03-2013], le adeudaba los salarios correspondientes a los meses de Septiembre, Octubre, Noviembre, Diciembre y paga extra, del año 2012, así como el salario de los meses de enero y febrero de 2013, lo que hace un total adeudado de 14.511,63”*... “y a cuyo pago condena a la empleadora estimando la acción acumulada de reclamación de cantidad (extremo que ya no se cuestionó en suplicación).

2.- La sentencia invocada como de contraste (STS/IV 17-enero-2011 -rcud 4023/2009), -- en un supuesto en también el trabajador demandante tras el acto conciliatorio extrajudicial sin efecto comunicó a la empresa que no acudiría más a su puesto de trabajo como efectuó y al que se le adeudaban pagas extras de 2007, pagas ordinarias de diciembre 2007 y de enero a mayo 2008, inclusive --, estima el recurso del trabajador, declarando que el incumplimiento empresarial constituye causa bastante para que pueda prosperar la acción resolutoria ejercitada al amparo del art. 50.1.b) ET. Argumenta que el hecho de que el trabajador demandante comunicara a la empresa que a partir del intento de conciliación sin efecto no asistiría al puesto de trabajo, interponiendo después la correspondiente demanda, no implica dimisión por parte de aquél, sino que integra un supuesto excepcional (llevaba más de seis meses sin percibir ninguna retribución) *“lo que indudablemente habría de afectar no sólo a la propia dignidad del empleado, sino*

además a su propia subsistencia y a la de las personas que de él dependieran”, lo que autoriza a considerar viva la relación laboral en el momento de entablarse la demanda que, por ello, debió prosperar, procediéndose en dicha sentencia de casación unificadora a extinguir la relación laboral desde la fecha en que dejó de asistir al trabajo y con derecho a la correspondiente indemnización.

3.- Concorre, igualmente, sobre este segundo motivo el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS, sin que tampoco sea obstáculo a ello la idéntica objeción opuesta por el Ministerio Fiscal sobre la normativa aplicable dado lo anteriormente expuesto; y además, teniendo en cuenta que ahora se trata esencialmente de interpretar la gravedad de la conducta definida en la norma sustantiva estatutaria (art. 50.1.b ET) que no ha sufrido modificación en los periodos temporales objeto de comparación.

#### CUARTO

1.- Sobre el primer motivo, alega el recurrente que la sentencia de suplicación impugnada vulnera los arts. 50.1.b) en relación con el art. 49.1.j) ET, así como el art. 1124 Código Civil.

2.- Con carácter previo, debe hacerse especial referencia a los arts. 79.7 (“Régimen aplicable para la adopción de medidas cautelares”) en relación con el art. 180.4 (medidas cautelares en el proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas), 303.3 (“Ejecución provisional de sentencias dictadas en otras modalidades procesales”) y 304.2 (compatibilidad de medidas cautelares y ejecución provisional) de la LRJS en cuanto afectan a los procesos en los que se ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador con fundamento en el art. 50 ET; disponiéndose en los citados preceptos que:

1. *“En los procesos en los que se ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador con fundamento en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores en aquellos casos en los que se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral de trabajador, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas o posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior, podrá acordarse, a instancia del demandante, alguna de las medidas cautelares contempladas en el apartado 4 del artículo 180 de esta Ley con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios sin perjuicio de lo que pueda resolverse en la sentencia”* (art. 79.7 LRJS); y en el art. 180.4 LRJS al que se remite señala que *“... podrán solicitarse, además, la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquéllas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste”*.

2. *“De ser recurrida por el empresario la sentencia que acuerde la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador con fundamento en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, el trabajador podrá optar entre continuar prestando servicios o cesar en la prestación en cumplimiento de la sentencia, quedando en este último caso en situación de desempleo involuntario desde ese momento, sin perjuicio de las medidas cautelares que pudieran adoptarse. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina judicial, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de que la empresa ha recurrido. Si la sentencia fuera revocada, el empresario deberá comunicar al trabajador, dentro del plazo de diez días a partir de su notificación, la fecha de reincorporación, para*

efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción del escrito. Si el trabajador no se reincorporase quedará extinguido definitivamente el contrato, siguiéndose en otro caso los trámites de los artículos 278 y siguientes, si la sentencia hubiese ganado firmeza. En este caso y a efectos del reconocimiento de un futuro derecho a la protección por desempleo, el período al que se refiere el párrafo anterior se considerará de ocupación cotizada” (art. 303.3 LRJS); y

3. “No obstante lo dispuesto en el número anterior, el juez o tribunal, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada o de oficio, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia y en garantía y defensa de los derechos afectados atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 79” (art. 304.2 LRJS).

3.- De la interrelación de la doctrina jurisprudencial derivada fundamentalmente de las SSTS/IV 20-julio-2012 (rcud 1601/2011 , Pleno), 28-octubre-2015 (rcud 2621/2014) y 3-febrero-2016 (rcud 3198/2014) con los arts. 79.7 , 303.3 y 304.2 LRJS , es dable deducir que:

1. **Cuando el trabajador** que ejercita la acción de extinción del contrato de trabajo a su instancia con fundamento en el art. 50 ET , sin solicitar al órgano judicial las medidas cautelares ex art. 79.3 en relación con el art. 180.4 LRJS , **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.** En este sentido, se razona sobre « la necesidad de introducir una mayor flexibilidad en estos supuestos en la línea de nuestra sentencia de 3 de junio de 1988, de forma que no se obligue al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, pueden implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales. De ahí que haya de **concederse al trabajador la posibilidad en estos casos de optar entre ejercitar la acción resolutoria y continuar prestando servicios** 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 » (STS/IV 20-julio-2012 -rcud 1601/2011 , Pleno); y, se reitera, que no cabe la exigencia del mantenimiento de la relación laboral hasta que recaiga sentencia en los supuestos en que el trabajador puede tener un grave perjuicio patrimonial, indicando que **«... la STS/4ª/Pleno de 20 de julio 2012 (rcud 1601/2011) dio un paso más al permitir, entre otras cosas, la introducción de una mayor flexibilidad, particularmente en supuestos como el que aquí se nos plantea, "de forma que no se obligue al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, pueden implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales"»**, que « La situación analizada en el presente caso encaja perfectamente en el sustrato fáctico sobre el que se asienta el criterio jurisprudencial expuesto, ya que nos hallamos ante un ejemplo de incumplimiento empresarial de especial gravedad y con extraordinaria incidencia sobre la estabilidad de la supervivencia del trabajador, el cual no puede ser obligado a mantenerse en una relación de la que no obtiene el medio de subsistencia desde hace casi una anualidad »(STS/IV 28-octubre-2015 -rcud 2621/2014). En este sentido cabe tener también en cuenta la ya citada STS/IV 17-enero-2011 (rcud 4023/2009), en la que loablemente se afirma que la prolongada falta de retribución afecta a la dignidad del trabajador e interpretando que «... estamos en presencia de uno de los supuestos excepcionales de anterior referencia, por cuya virtud la relación laboral cuya resolución se está pretendiendo se mantenía aún vigente en el momento de entablarse la demanda, toda vez que lo estaba aún a la hora de postularse la conciliación previa, e incluso en el acto de su intento sin efecto, pues fue esta

*incomparecencia de la empresa al acto conciliatorio lo que dio lugar a que el trabajador le comunicara que, a partir de ese día, ya no asistiría más a su puesto de trabajo. Tal decisión de inasistencia no puede considerarse en modo alguno como dimisión del empleado, ya que en todo momento se ha manifestado claramente su voluntad de mantener el vínculo contractual hasta tanto se declarara judicialmente su extinción como consecuencia del grave incumplimiento empresarial, que ya en Septiembre de 2007 (a los nueve meses del comienzo de los servicios) había dejado de abonarle la paga extraordinaria correspondiente a dicha mensualidad, y que a partir de Diciembre dejó de abonarle todos los conceptos retributivos. Nos hallamos, pues, en uno de los supuestos en los que debe considerarse justificada la interrupción del trabajo efectivo por el que hacía ya más de seis meses que no se percibía ningún tipo de retribución, lo que indudablemente habría de afectar no solo a la propia dignidad del empleado, sino además a su propia subsistencia y a la de las personas que de él dependieran », procediéndose en dicha sentencia de casación unificadora a extinguir la relación laboral desde la fecha en que se dejó de asistir al trabajo y con derecho a la correspondiente indemnización.*

2. Cuando el trabajador que ejercita la acción de extinción del contrato de trabajo ex art. 50 ET , opta por solicitar al órgano judicial las medidas cautelares ex art. 79.3 en relación con el art. 180.4 LRJS , de justificarse la concurrencia de los presupuestos para ello ("se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral de trabajador, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas o posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior") y adoptarse tales medidas por el órgano judicial, mientras subsistan tales medidas, -- las que incluso puede adoptarse en concurrencia con la ejecución provisional (arg. ex arts. 303.3 y 304.2 LRJS) --, la relación laboral se considerará subsistente durante la vigencia de éstas y hasta que, en su caso, recaiga sentencia firme, con la derivada incidencia en la fecha de extinción de la relación laboral y en los salarios a abonar.

4.- En el presente caso, en el que al trabajador demandante sufre continuadas demoras en el abono salarial puesto que « La demandada, desde el año 2011, viene retrasándose en el abono del salario del trabajador. A la fecha de interposición de la demanda [01-03-2013], le adeudaba los salarios correspondientes a los meses de Septiembre, Octubre, Noviembre, Diciembre y paga extra, del año 2012, así como el salario de los meses de enero y febrero de 2013, lo que hace un total adeudado de 14.511,63 €... » (HP 2º) y que anunció a la empresa que, tras el intento conciliatorio extrajudicial y ante la falta de pago salarial, dejaría de prestarle servicios, lo que efectuó, no puede estimarse jurídicamente correcta la solución adoptada por la sentencia recurrida de calificar la conducta del trabajador como abandono, por entender que no existía causa justa para dejar de prestar servicios por no existir peligro para el demandante, de seguir acudiendo al trabajo, para sus "derechos fundamentales por ataques a la vida, la integridad, la libertad, la dignidad o la seguridad personal ". Por el contrario, -- aun no habiendo instado en el presente caso las posibles medidas cautelares ex art. 79.3 en relación con el art. 180.4 LRJS , y aunque la larga demora en el abono salarial encajaría, como mínimo, en el supuesto de las "posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior" --, vista la doctrina contenida, entre otras, en las citadas SSTs/IV 17-enero-2011 (rcud 4023/2009), 20-julio-2012 (rcud 1601/2011 , Pleno), 28- octubre-2015 (rcud 2621/2014) y 3-febrero-2016 (rcud 3198/2014), recaídas en supuestos análogos al ahora enjuiciado, debe considerarse justificada la interrupción del trabajo efectivo puesto que hacía ya más de seis meses que no se percibía ningún tipo de retribución, lo que indudablemente habría de afectar no solo a la propia dignidad del trabajador, sino además a su propia subsistencia y a la de las personas que de él dependieran; por lo que se estima este primer motivo del recurso.

## QUINTO

1.- Respecto al segundo motivo del recurso, --sobre la determinación de la gravedad del incumplimiento empresarial para configurarlo como causa justa extintiva a instancia del trabajador en el supuesto de "falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado" (art. 50.1.b ET) --, alega el recurrente que la sentencia de suplicación impugnada vulnera el art. 50.1.b) ET.

2.- El motivo debe ser estimado, dado que los retrasos salariales injustificados superan los seis meses continuados y en aplicación de la doctrina ya expuesta y contenida en la invocada como de contraste STS/IV 17-enero-2011 (rcud 4023/2009), concurre justa causa para la extinción contractual instada por el trabajador recurrente en base al art. 50.1.b) ET ; como en análogos supuestos se ha reiterado por nuestra jurisprudencia, entre los más recientes:

1. En la STS/IV 16-enero-2015 (rcud 257/2014) que destaca que **«La referida doctrina jurisprudencial se puede resumir en los siguientes puntos:**

1) no es exigible para la concurrencia de la causa de resolución del artículo 50.1.b) ET la culpabilidad en el incumplimiento del empresario;

2) para que prospere la causa resolutoria basada en "la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado" se exige exclusivamente el requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial;

y 3) este criterio objetivo de valoración del retraso continuado, reiterado o persistente en el pago de la retribución **no es de apreciar cuando el retraso no supera los tres meses** (TS 25-9-1995; rcud 756/1995)»;

añadiendo que **« En el caso examinado, puede concluirse con la sentencia recurrida que: los pagos ulteriores empresariales no pueden dejar sin efecto el dato objetivo de la existencia de un incumplimiento empresarial grave, constatado por la existencia de un retraso continuado, reiterado o persistente en el pago de la retribución superando con exceso el retraso los tres meses»;**

2. Así como en la STS/IV 27-enero-2015 (rcud 14/2014), razonando que « Nótese que el art. 50.1,b) tipifica la conducta del empresario que puede dar lugar a la demanda del trabajador **sobre la base de dos hechos separados por la disyuntiva "o": "la falta de pago del salario pactado" es el primero; "retrasos continuados en el abono" del mismo, es el segundo.** En el momento de la demanda existían los dos. En el momento del juicio ya solamente queda el segundo. Pero ello es suficiente siempre que esos retrasos sean graves. La clave para determinar si concurre esa gravedad nos la proporciona el propio legislador: los retrasos deben ser "continuados". Obsérvese que el precepto no se refiere a la "magnitud" del retraso, es decir, al tiempo transcurrido entre el momento en que debió hacerse el abono y el momento en que se hizo (aunque, obviamente, ese será un dato a tener muy en cuenta, como de hecho hace nuestra jurisprudencia que, a veces, se ha referido al transcurso de 3 meses) sino a la duración de ese comportamiento moroso: debe ser continuado, si bien el legislador deja a los tribunales la apreciación de cuan larga deba ser esa reiteración en la conducta morosa. Y así lo ha hecho esta Sala Cuarta, como prueba la sentencia de contraste, aunque, como es prudente, sin fijar una duración concreta. Lo que es claro que, en el caso de autos, se cumple el requisito de la "continuidad" pues, como afirma con acierto la propia sentencia recurrida, con cita de la STS de 25/1/1999 (RCUD 4275/1997), el comportamiento será grave cuando "no sea un retraso esporádico sino un comportamiento continuado y persistente".

Que es lo que ocurre en el caso de autos: la empresa, durante más de un año, jamás ha pagado los salarios a su debido tiempo»; y

3. En la STS/IV 3-febrero-2016 (rcud 3198/2014), en la que se analiza un supuesto en el que « se había demorado ampliamente el pago de varias mensualidades salariales (entre octubre y diciembre de 2012 más la paga extra de diciembre de dicho año) hasta el mes de junio de 2013, es decir, más de siete meses la primera mensualidad, con transcurso incluso de más de tres desde la presentación de la papeleta de conciliación y más de uno desde la interposición de la correspondiente demanda, sin que ni siquiera conste acreditado en el relato de la sentencia de instancia una explicación de tal conducta ni tentativa alguna empresarial de compensar de algún modo ese retraso, todo lo cual, ya de por sí, afecta negativamente a la dignidad del trabajador, y si como se dice en la sentencia de instancia éste permaneció dos días desempleado tras su marcha de la empresa y se incorporó después a otra, es evidente que tras esa prolongada espera había encontrado un nuevo empleo que no podía (sobre todo en las circunstancias de crisis generalizada del tiempo de los hechos) desdeñar, porque como dice nuestra sentencia, no se puede obligar al trabajador a mantener unas condiciones laborales que le puedan generar un grave perjuicio patrimonial o "una pérdida de opciones patrimoniales" ».

## SEXTO

Todo lo expuesto obliga a estimar el recurso de casación unificadora, oído el Ministerio Fiscal, casando y anulando la sentencia de suplicación recurrida y, estimar asimismo el recurso de esta última clase interpuesto por el trabajador demandante, para revocar en el concreto extremo impugnado (sin incidencia en la condena al abono de salarios) la decisión de instancia y, en consecuencia, estimar también la demanda en el extremo de la extinción contractual, declarando extinguida a instancia del actor y desde el día 28-febrero-2013 la relación laboral que le vinculaba con la expresada demandada, quien abonará al trabajador una indemnización, calculada conforme al art. 50.2 en relación con el art. 56.1 ET y DT 5ª Ley 3/2012, de 6 de julio, teniendo en cuenta que su antigüedad data del día 21-abril-2003 y el salario a tener en cuenta asciende a 2.418,61€ mensuales brutos incluida la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias. Sin costas en ninguno de ambos recursos, al no concurrir los condicionamientos que para su atribución contempla el art. 235.1 LRJS.

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

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Don Juan Carlos contra "APS COMPAÑÍA PARA LA INTEGRACIÓN, S.L." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en fecha 5-junio-2014 (rollo 657/2014), confirmatoria de la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2º de Málaga en fecha 21-noviembre-2013 (autos 185/2013).Casamos y anulamos la sentencia de suplicación recurrida y, estimamos el recurso de esta última clase, revocando en el concreto extremo impugnado (sin incidencia en la condena al abono de salarios) la decisión de instancia y, en consecuencia, estimamos también la demanda en el extremo de la extinción contractual, declarando extinguida a instancia del actor y desde el día 28-febrero-2013 la relación laboral que le vinculaba con la expresada demandada, quien abonará al trabajador una indemnización, calculada conforme al art. 50.2 en relación con el art. 56.1 ET y DT 5ª Ley 3/2012, teniendo en cuenta que su antigüedad data del día 21-abril-2003 y el salario a tener en cuenta asciende a

2.418,61 € mensuales brutos, incluida la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias. Sin costas en ambos recursos.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

