

Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por

D. José Antonio Naranjo Puértolas

Con objeto de la consulta realizada por la Trabajadora X en relación a su situación laboral (retrasos continuados en el abono del salario y falta de pago de algunos complementos salariales).

Director

Ángel Luis de Val Tena

Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de Zaragoza en colaboración con el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (2014-2016).

DICTAMEN que, a petición de la **Trabajadora X** emite **D. JOSÉ ANTONIO NARANJO PUÉRTOLAS**, Letrado del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, sobre la extinción del contrato por voluntad del trabajador con motivo de la falta de pago y retrasos continuados en el abono del salario pactado con fecha de 15 de diciembre de 2015.

De la documentación trasladada y de la información verbal facilitada por la **Trabajadora X**, se deducen los siguientes:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 20 de marzo de 2015, la **Trabajadora X** acudió al despacho para plantearnos la situación ante la que se encontraba en su trabajo: la **Trabajadora X** comenzó a prestar servicios en la **Empresa Y** el 4 de julio de 2011, fecha en la que suscribió un contrato de duración determinada, encuadrándose en el grupo profesional de DEPENDIENTE de 2^a, incluida en el Convenio Colectivo del Sector Comercio del Metal de Zaragoza, mediante el cual se estipulaba una retribución de 19.583,56 € brutos anuales, de los cuales 17.370,36 € pertenecían al salario fijo anual, reflejado en las nóminas, más 739€ de comisiones anuales y 1.474,20 € de plus de encargada anual

El 4 de octubre de 2011, se acordó la prorroga del contrato eventual a tiempo completo por circunstancias de la producción, por un periodo de tres meses, hasta la fecha de 3 de enero de 2012.

Con fecha 4 de enero de 2012, volvió a suscribir con la empresa un nuevo contrato eventual a tiempo completo por circunstancias de la producción, por un periodo de seis meses, hasta la fecha de 3 de julio de 2012.

El 4 de julio de 2012, las partes firmaron nuevamente un contrato eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial (34 horas semanales).

En fecha 3 de enero de 2013, las partes firmaron un contrato indefinido a tiempo completo.

Finalmente, el 1 de septiembre de 2013 fue ascendida a encargada de tienda, pactando con la empresa un plus mensual, de acuerdo con el COR de la categoría de Encargado de establecimiento recogida en el Convenio Colectivo aplicable, cuyo importe ascendía a 122,85€.

SEGUNDO.- Desde el inicio de la relación laboral, la empresa procedía al pago del salario de una forma irregular en el tiempo, fraccionando en varias ocasiones el abono del mismo. Existen, por lo tanto, atrasos en el pago de salarios, además de que la empresa incumplía en incontables ocasiones la obligación del pago de las comisiones y del plus mensual, a pesar de que la trabajadora había requerido a la empresa para que regularizara el pago de su salario en distintas ocasiones.

TERCERO.- Dadas estas circunstancias, la **Trabajadora X** nos mostró su intención de abandonar la **Empresa Y**, ya que no se veía con fuerzas de permanecer más tiempo en su lugar de trabajo, debido al malestar generado a consecuencia de la ausencia de abono del salario por parte del empresario, así como a la falta de confianza que les transmitía el empresario, ya que en la reunión mantenida con la trabajadora, la misma ponía en duda que se le fueran a abonar las cantidades pendientes de cobro, generadas a lo largo del tiempo que estuvo trabajando y que no percibía o percibía de forma aminorada e irregular en el tiempo.

Por ello, el principal interés de la trabajadora era extinguir su relación laboral de forma inmediata, intentando, si fuera posible, cobrar las cantidades que no había percibido desde el inicio de la relación laboral y que le correspondían, así como obtener el derecho a solicitar la prestación por desempleo nada más se confirmara la extinción del contrato de trabajo.

En vista de los antecedentes relatados, al Letrado que suscribe se solicita Dictamen que versa sobre las siguientes:

II. Consultas

ÚNICA.- Qué medidas habría que adoptar y qué actuaciones debíamos seguir para poner fin a la relación laboral entre la trabajadora y la empresa, reclamando, si era posible, las cantidades adeudadas por parte de la empresa desde el inicio de la relación laboral.

Aceptando el requerimiento formulado, el Letrado que suscribe emite el siguiente:

III. Dictamen

1º Una vez sabíamos cual era la situación en la que se encontraba la cliente, le mostramos un primer punto de vista jurídico, para después exponerle las vías legales aplicables a su caso y, dadas sus pretensiones, ofrecerle nuestro punto de vista, teniendo como referencia los antecedentes arriba expuestos, así como la normativa legal aplicable para su caso.

Estudiando el caso y analizando la legislación vigente relacionada con el asunto, llegamos a la conclusión de que, para poder satisfacer todas las pretensiones que anhelaba la trabajadora, la mejor vía de actuación era el presentar una demanda conjunta de extinción de contrato por impago de salarios y reclamación de cantidad contra la **Empresa Y**.

Uno de los aspectos a tener en cuenta, era el elemento temporal, puesto que temíamos que esta empresa, dada la versión que nos había trasladado la cliente sobre la misma a cerca de su estado financiero, estuviera avocada a terminar en un procedimiento concursal. Consideramos esto un matiz importante, ya que de confirmarse, el procedimiento se hubiera dilatado en gran medida, además de que el crédito que se hubiera reconocido a favor de nuestra trabajadora hubiera estado pendiente de cobro junto a otros créditos reconocidos a diferentes acreedores, sin que supiéramos, en ese momento, ante qué tipo de créditos concursales nos íbamos a encontrar.

Para poder encauzar la demanda, el procedimiento laboral, en concreto el artículo 63 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, exige un acto de conciliación previo a la presentación de la demanda entre ambas partes:

Art. 63 Ley 36/2011: “*Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83*

del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como mediante los acuerdos de interés profesional a los que se refieren el artículo 13 y el apartado 1 del artículo 18 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo”.

Para poder celebrar ese acto de conciliación previo a la demanda, el primer paso sería presentar una papeleta de conciliación ante el Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje (SAMA), un órgano creado para gestionar y dar solución a los conflictos laborales surgidos en Aragón. La presentación de dicho documento tiene como objetivo el cumplir con la obligación de intentar el acto de conciliación entre empresa y trabajadora.

Este acto de conciliación previo a la presentación de la demanda tiene como finalidad el evitar un pleito posterior, esto es, intentar dar solución al conflicto existente entre las partes, en este caso entre la **Trabajadora X** y la **Empresa Y**. Se debe tener en cuenta que, un trabajador no puede presentar demanda ante el Juzgado de lo Social sin que previamente se haya celebrado acto de conciliación; podrá hacerlo, en cambio, cuando se haya celebrado sin avenencia o bien cuando la empresa no acuda a dicho acto.

Por ello, el día 4 de abril de 2015 ante el SAMA presentamos la papeleta de solicitud de conciliación sobre extinción contractual por atrasos e impago de salarios, acumulada a la acción de reclamación de cantidad por impago de salarios, la cual aporto como **ANEXO I**. La respuesta al porqué presentamos la extinción contractual acumulada a la acción de reclamación de cantidad reside en que el SAMA no concilia en el supuesto de reclamaciones de cantidad; es un órgano que no tiene dentro de sus competencias este tipo de reclamaciones, a diferencia del Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación, por ejemplo. Con esta medida, lo que buscábamos era agilizar el procedimiento, ya que de esta manera la trabajadora únicamente tenía que acudir al SAMA como paso previo al Juzgado.

El Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje citó a ambas partes el 10 de abril de 2015, día en el que se celebró el preceptivo acto de conciliación. En este acto comparecieron dos Letrados conciliadores de ese órgano, el representante de la empresa y la trabajadora asistida de Letrado.

En ese acto de conciliación expusimos la situación que había soportado la trabajadora, así como las pretensiones que solicitábamos, que fueron las mismas que plasmamos posteriormente en la demanda. El representante de la empresa reconocía que esa situación se

estaba produciendo (que la trabajadora percibía de forma irregular en el tiempo su salario, que la empresa no procedía al abono las cantidades atrasadas, etc.), pero de la misma forma reconocía que la empresa no podía hacer frente a la cantidad que solicitábamos, así como a la indemnización que correspondía a nuestra trabajadora. Por ello, ese acto finalizó sin que pudiéramos alcanzar ningún tipo de acuerdo, por lo que en el acta redactada por los Letrados conciliadores del SAMA, la cual adjunto en el **ANEXO II**, se dio como finalizado el acto con el resultado de “sin avenencia”.

Lo ideal hubiera sido que el conflicto hubiera terminado en el SAMA, que no hubiera tenido más recorrido, pero lamentablemente la empresa no reconocía unas cantidades que, bajo nuestro punto de vista, tenía derecho a percibir nuestra cliente. Con lo cual, una vez celebrado el preceptivo acto de conciliación, la trabajadora estaba habilitada para presentar la demanda, en la cual veníamos trabajando, debido a las pocas esperanzas que nos suscitaba el acto de conciliación. A pesar de esto, a dicha demanda había que incorporarle una serie de documentos que nos facilitó la trabajadora para acreditar la falta de pago de unas determinadas cantidades por parte de la empresa, así como la papeleta de conciliación y el acta otorgada en el SAMA en forma de anexos.

Una de las inquietudes de la trabajadora en este caso, residía en si era posible solicitar la extinción de su contrato de trabajo, sin que ello significase el dejar de percibir las cantidades que la empresa le adeudaba a consecuencia del impago de su salario, las comisiones y el plus de encargada mensual desde el inicio de la relación laboral.

La falta de pago o el retraso continuado en el abono del salario habilita al trabajador, tal y como establece el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, a solicitar la extinción del contrato de trabajo, pero no hace alusión a la posible percepción de las cantidades no abonadas al mencionado trabajador.

Por ello, nos planteamos la posibilidad de presentar una demanda que acumulara las dos acciones, esto es, tanto la de extinción del contrato de trabajo como la de reclamación de cantidad.

Finalmente, elaboramos una demanda conjunta de extinción del contrato por impago de salarios y reclamación de cantidad contra la **Empresa Y**, la cual adjunto en el **ANEXO III**. Esta demanda, incardinada dentro del procedimiento ordinario, tal y como señala el

artículo 80 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, tiene su fundamento en el artículo 26.3 del mismo cuerpo legal, el cual establece que:

Art. 26.3. LRJS: “*Cuando para la acción de extinción del contrato de trabajo del artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se invoque la falta de pago del salario pactado, contemplada en la letra b) del apartado I de aquel precepto, la reclamación salarial podrá acumularse a la acción solicitando la extinción indemnizada del vínculo, pudiendo, en su caso, ampliarse la demanda para incluir las cantidades posteriormente adeudadas*”.

El motivo principal de la demanda radica en falta de pago del salario y en los retrasos continuados en el abono del mismo, puesto que este hecho es el que nos habilita para poder articular la demanda a través del artículo 50.1.b) del TRLET, el cual establece lo siguiente:

Art. 50.1.b) ET: “*1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:*

b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado”.

Este artículo viene a habilitar al trabajador a instar una acción de extinción contractual cuando el empresario proceda al abono del salario de forma extemporánea, a pesar de que, efectivamente, el trabajador haya cobrado su salario, así como cuando el incumplimiento del empresario sea definitivo, esto es, cuando el trabajador no ha percibido su salario.

En relación con esta causa de extinción del contrato laboral, la Jurisprudencia¹ ha establecido que «para que prospere la causa resolutoria basada en “la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado”, es necesaria la concurrencia del requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial y que a 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 y 29.1 ET”, ponderando el alcance del incumplimiento de acuerdo con criterios de orden temporal (“retrasos continuados y persistentes 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

¹ STS 3 diciembre 2013 (Rec.141/2013), STS 25 de enero de 1999 (Rec. 4275/1997), STS 10 de junio de 2009 (Rec. 2461/2008), STS 9 de diciembre de 2010 (Rec. 4363/2009) y 16 de julio de 2013 (Rec. 2275/2012).

persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos”».

Siguiendo con esta línea jurisprudencial, otras Sentencias² establecen que «para determinar la gravedad del incumplimiento, debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario, partiendo de un criterio objetivo independiente de la culpabilidad de la empresa (continuación y persistencia en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado)». Por lo tanto, se va abandonando el criterio culpabilista del incumplimiento empresarial.

De la misma forma se han argumentado en la STS de 16 de julio de 2013 (Rec. 2275/2012), STS de 19 de noviembre de 2013 (Rec. 2800/2012) y la STS de 3 de diciembre de 2013 (Rec. 141/2013), en donde se han defendido esa misma línea de principios, haciendo alusión a que «el retraso habitual y continuado en el pago del salario es justa causa para solicitar la rescisión indemnizada del contrato, sin que pueda hacerse valer en contra la aquiescencia del trabajador por el largo tiempo transcurrido sin reclamar».

Complementando esta línea que esta vertiente jurisprudencial, encontramos Sentencias³ en las que se afirma que «el criterio para apreciar la gravedad del incumplimiento del deber de abonar puntualmente los salarios (art. 4.2.f) del ET) es de naturaleza objetiva, al margen de cualquier elemento de culpabilidad subjetiva del empresario incumplidor». Estableciéndose, en la STS de 24 de marzo de 1992 (Rec. 413/1991), 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 generarla», 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 (pagar puntualmente los salarios) con base en la difícil situación económica por la que atraviesa». Concluyendo que «es indiferente dentro del artículo 50, que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial».

² STS 19 enero 2015 (Rec. 569/2014), STS de 24 de septiembre de 2013 (Rec. 3850/2011), STS de 2 de diciembre de 2013 (Rec. 846/2013) y STS 5 de diciembre de 2013 (Rec. 2071/2012).

³ STS 5 diciembre 2013 (Rec. 2071/2012) y STS de 24 de marzo de 1992 (Rec. 413/1991).

De las anteriores Sentencias, lo que ha quedado claro, tal y como señala la STS de 19 de enero de 2015 (Rec. 569/2014), es 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 generarla, sino que incluso es indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa».

Por lo tanto, dentro de la modalidad de la extinción del contrato por la falta de pago o retrasos en el abono del salario, es cuestión menor la culpabilidad o no del empresario a la hora de enjuiciar esa falta de atendimiento de una obligación impuesta por Ley, siendo el matiz más importante la concurrencia del requisito de gravedad en ese incumplimiento empresarial, teniendo en cuenta, a la hora de medir el mismo, su alcance, esto es, su dimensión temporal y cuantitativa. Por ello, cuando se quiera alegar esa causa de extinción del contrato de trabajo, la misma debe estar fundada en un incumplimiento persistente en el tiempo, no valiendo un mero retraso esporádico, cuya magnitud económica conlleve un perjuicio para la economía personal del sujeto pasivo.

Cuestión distinta a la tratada en estas Sentencias, sería aquella en la cual entre empresario y trabajador existiera un acuerdo sobre plazos de pago, ya que sobre este aspecto la STS 5 de marzo de 2012 (Rec. 1311/2011) hizo hincapié en que «es necesario matizar, como ya se ha indicado anteriormente con cita de sentencias que mantienen este criterio, que la causa resolutoria se enerva si hay acuerdos sobre plazos de pago».

La misma Sentencia hace alusión a que «en los procesos resolutorios de contrato es inacogible la demanda por impago salarial de cantidades y conceptos regulados por acuerdo colectivo o de las partes, pues para que el impago pueda extinguir el contrato es necesario que la deuda sea exigible, y no lo es –de conformidad con los arts. 1113 y siguientes del Código Civil– si el acreedor y el deudor han convenido un aplazamiento del pago, aparte de que, en caso de pacto colectivo, toda pretensión resolutoria en tales circunstancias resultaría completamente desligada del principio de solidaridad que determina el acuerdo de los trabajadores, sobre los que repercutirían en forma negativa –si fueran amparables en derecho– las pretensiones de quienes disienten, sin más consideración que su propio beneficio y con perjuicio de los restantes compañeros y la empresa».

Esta Sentencia viene a señalar, entre otros aspectos, la importancia de que, en la acción de extinción contractual a iniciativa del empresario a causa de la falta de pago o retrasos en el abono del salario, la deuda debe estar vencida y ser exigible, ya que de lo contrario la misma no puede prosperar.

Prosiguiendo con este matiz, la doctrina⁴ ha venido recalando que para ejercitar esta extinción contractual, lo primero a determinar es conocer a cuanto asciende el salario pactado, sin que exista ninguna duda de cual es la cuantía a reclamar, y desde cuando puede ser exigible el mismo, pues este aspecto es presupuesto esencial para ejercitar dicha acción de extinción causal por voluntad del trabajador. En segundo lugar, deberemos atender a si la deuda salarial contraída por el empresario se encuentra vencida al momento de reclamarla, así como si la misma es exigible en ese momento, ya que de lo contrario no podrá imputarse al empresario un supuesto retraso o falta de pago en el abono del salario.

Junto a ello, hay que señalar que “en el ámbito laboral, a diferencia de lo que ocurre con las deudas en los procesos civiles, no es necesario que se constituya la mora, ya que la misma deviene automáticamente, una vez transcurrida la fecha establecida por el abono del salario y éste no tenga lugar”.

En cuanto a la deuda contraída por el empresario con el trabajador, nuestra doctrina viene a existir una diversidad de opiniones en cuanto a la gravedad del incumplimiento empresarial: por un lado, distintos autores⁵ consideran que la falta de pago y los retrasos continuados en el abono el salario constituyen por sí mismos un incumplimiento empresarial grave, mientras que, un sector mayoritario⁶ entiende que para poder instar la acción prevista en el artículo 50.1.b) ET hace falta un “plus” de gravedad, de tal forma que no siempre la falta de pago y los retrasos continuados en el abono del salario van a suponer un motivo de suficiente enjundia para extinguir el contrato de trabajo a través de esta vía.

⁴ ÁLVAREZ GIMENO, RAFAEL., *La extinción causal por voluntad del trabajador*, Editorial Comares, Granada, 2012, págs. 130-150.

⁵ VIQUEIRA PÉREZ, C., *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Editorial Civitas. Madrid, 1994, pág. 39. DURÁN LÓPEZ, F., «Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido», Relaciones Laborales, tomo 1-1990, pág. 370.

⁶ ALONSO OLEA, M., *Un problema cada vez más complejo: la extinción del contrato por voluntad del trabajador*, Coimbra, 1989, pág. 12. SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *El art. 50 del ET*. Editorial Aranzadi, 2001, pág. 80.

Bajo mi punto de vista, el establecer una serie de mensualidades o una cantidad como límite para poder encontrarse amparado bajo esta causa de extinción contractual puede servir de guía pero no debe convertirse en algo tasado. De este modo, cuando el empresario acometa una serie de retrasos injustificados o no proceda al abono del salario pactado, debe tomarse en consideración de acuerdo con las características, personales o familiares, del sujeto pasivo, que es el que va a sufrir el perjuicio, lo cual nos lleva a examinar caso por caso las circunstancias que rodean el caso para ver si de verdad procede aplicar el artículo 50.1.b) ET.

Junto a esto, otro aspecto muy debatido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia es la exigencia de culpabilidad del empresario a la hora de analizar esta causa de extinción por voluntad del trabajador: una primera vertiente subjetivista⁷ entiende que para que proceda aplicar el artículo 50 ET deben ser valoradas las mismas circunstancias concurrentes que en los supuestos de despido disciplinario del trabajador, lo que implicaba exigir un elemento subjetivo de culpa, de tal forma que debe concurrir por parte del empresario una voluntad deliberada de incumplir sus obligaciones, lo cual se aproxima más al dolo que a la culpa. De esta forma, esta interpretación resultaba muy restrictiva para los intereses de los trabajadores. Sin embargo, la actual postura del Tribunal Supremo es claramente objetivista⁸, al establecer que la extinción contractual por causa del art. 50.1.b) ET no requiere ningún tipo de culpa. En este sentido, el Alto Tribunal precisa que, teniendo el empresario instrumentos para paliar una situación económica adversa como la suspensión o la extinción del contrato de toda o de parte de su plantilla, mediante los cauces previstos en los arts. 47, 51 y 52 ET, no puede justificarse el incumplimiento del principal deber que le incumbe frente a sus trabajadores – el pago del salario- con base en causas económicas.

Otra cuestión a tener en cuenta, y tratada en la STS de 10 de junio de 2009 (Rec. 2461/2008), 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». Esta Sentencia discrepa “del planteamiento, conforme al cual la demora en la reclamación la convierte en

⁷ SSTS de 24 de octubre de 1988 (Ar. 8143), de 15 de enero de 1987 (Ar.38), 15 de noviembre de 1986 (Ar. 7384). Así como BORRAJO DACRUZ, E., «Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los trabajadores», Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo, Madrid, 1990, pág. 29 y ss.

⁸ STS de 24 de marzo de 1992 (Ar. 1870), SSTS de 25 de enero de 1999 (Ar. 898) y de 28 de septiembre de 1998 (Ar. 8553).

intempestiva, en base a que: 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 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, 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 feneidos por el transcurso de los plazos de por prescripción o caducidad, lo que no ha hecho específicamente respecto de la extinción del contrato por voluntad del trabajador».

En cuanto al momento que hay que tomar como referencia para valorar la conducta de la empresa en la que el trabajador fundamente su demanda de extinción del contrato es el del acto del juicio y no el de la demanda, de acuerdo con el artículo 400 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:

Art. 400 LEC: “*Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en*

ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación”.

La STS de 27 de enero de 2015 (Rec.14/2014) viene a matizar esto último, teniendo como premisa la veracidad de la anterior afirmación, ya que la misma señala que «no puede conducirnos a la conclusión de que, habiéndose saldado la deuda antes del acto del juicio, ello afectaría -en mayor o menor grado- al fundamento de la demanda del trabajador. Y no es así, por una razón: porque el trabajador ejercita habitualmente dos acciones que se acumulan en virtud de lo dispuesto en el art. 26.3, primer párrafo, segundo inciso, de la LRJS: la de extinción del contrato y la de reclamación de cantidad. Es claro que esta última decae si la deuda está saldada –a salvo de lo que haya podido ocurrir con los intereses por mora demandados en su caso- pero también es evidente que la acción extintiva sigue su curso sin que esa circunstancia le afecte en absoluto».

Lo que ha venido a establecer esta Sentencia es que si la empresa deudora paga los salarios debidos al trabajador antes del acto del Juicio, decae la acción de reclamación de cantidad, pero no por ello dicho pago va a extenderse su efecto a la acción de extinción del contrato por retrasos injustificados.

Sobre este aspecto, la STS de 25 de febrero de 2013 (Rec. 380/2012), en su Fundamento de Derecho Tercero, viene a establecer que: «cuando el trabajador ejercita la acción de extinción del contrato de trabajo por la causa justa de incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario consistente en “la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado” (art. 50.1.b. ET), la fecha límite hasta la que deben haber acontecido los hechos relativos a las demoras o impagos y/o a los abonos salariales, salvo supuestos de indefensión, puede extenderse hasta la propia fecha del juicio, tanto a efectos de constatar el alcance denunciado incumplimiento empresarial, y, en su caso, como de la posible concreción de la acción de reclamación de cantidad acumulada. (...) El sentido pragmático y economía procesal no es otro que el de acompañar las peticiones de las partes y el fin del proceso al tiempo y duración de su trámite, de tal modo que las variaciones sobrevenidas en su curso puedan ser tenidas en cuenta y también decididas, ya que no debe

olvidarse de otro lado, que se ha de fallar en relación al tiempo y hechos de la sentencia, no de la demanda, so pena de privar de sentido a la razonable previsión del Legislador al permitir con esa norma (548 LECiv) la aportación de nuevas circunstancias, respetándose ... la sustancia de la petición originaria».

Por último, y en cuanto a la hora de valorar el retraso continuado en el abono del salario pactado como causa de extinción contractual, esa misma Sentencia hace referencia a 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 pactado” es el primero; “retrasos continuados en el abono” del mismo, es 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 la acierto la propia sentencia recurrida, con cita de la STS de 25/1/1999, el comportamiento será grave cuando “no sea un retraso esporádico sino un comportamiento continuado y persistente».

Por otro lado, en cuanto a la cuantía de esta indemnización, la misma debe calcularse de acuerdo con lo establecido en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con lo establecido en la disposición Transitoria quinta de la Ley 3/2012, en donde se hace referencia a que:

Art. 56 ET: *“Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrataéndose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la*

extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.

DT 5.1. Ley 3/2012: “*La indemnización por despido prevista en el apartado 1 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción dada por la presente Ley, será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012”.*

DT 5.2. Ley 3/2012: “*La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso”.*

Sobre la base a los anteriores preceptos, el legislador ha establecido un régimen transitorio para la indemnización por despido improcedente, en virtud del cual la indemnización que le corresponde a esta parte por despido improcedente se compone, por un lado, de 45 días por cada año de servicio anterior a febrero de 2012 y, por otro lado, de 33 días por cada año de servicio desde la entrada en vigor de la reforma en febrero de 2012. Esta consideración es importante, dado que esta trabajadora tendrá que percibir una indemnización desde el año 2011, por lo tanto desde el inicio de su relación laboral con la **Empresa Y**, hasta febrero de 2012 la calculada teniendo como referencia los 45 días por año de trabajo, mientras que, a partir de esa fecha, la indemnización se calculará tomando como referencia 33 días por año de relación laboral.

En cuanto a la reclamación salarial acumulada a la extinción del contrato por falta de pago o retrasos continuados en el pago del salario, son de aplicación los preceptos 4.2.f), 26 y 29 del citado Estatuto de los Trabajadores, los cuales hacen referencia al derecho del trabajador a percibir el salario pactado, esto es la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios

laborales por cuenta ajena, pactadas o legalmente establecidas, de manera puntual y documentada:

Art. 4.2.f) ET: “*En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:*

f) A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida”.

Art. 26.1 ET: “*Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.*

En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional”.

Art. 29 ET: “*La liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres. El período de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes”.*

La reclamación de cantidades adeudadas estaba compuesta por las cantidades que la empresa no satisfizo desde el inicio de la relación laboral y que, o bien no se abonaron o se abonaron de forma parcial, en concreto, dentro de estas cantidades se encuentran englobadas las siguientes: las comisiones devengadas desde el inicio de la relación laboral, el plus mensual de Encargada y una cantidad de horas realizadas y no pagadas.

Esas horas realizadas no eran exigibles a la **Trabajadora X**, a pesar de que se realizaron día a día, durante la vigencia de toda la relación laboral, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda se hubiera abonado ningún tipo de cantidad o se hubiera compensado el trabajo realizado, lo cual derivó en unas graves consecuencias personales y familiares, puesto que no se correspondieron con el abono de ningún tipo de cantidad, ni se vieron reflejadas en días de descanso, siendo este uno de los principales motivos por los que la trabajadora tomó la decisión de acudir al despacho, de cara a poner fin a la relación laboral que mantenía con la empresa.

Un aspecto a señalar es que ninguna de las cantidades reclamadas se encuentran dentro de los conceptos a los que el artículo 26.2 del ET les atribuye el carácter de extra salariales:

Art. 26.2. ET: “*No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos*”.

En relación a las horas realizadas y no pagadas, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el Convenio Colectivo del Comercio del Metal en Zaragoza, pues es de aplicación para esta trabajadora, al ser el convenio aplicable para las trabajadoras de ese sector. En concreto, el artículo nueve de este convenio establece que:

Art. 9 CCCMZ: “*El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año, salvo lo previsto en el párrafo siguiente. Para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realizasen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas. No se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias.*

La dirección de la empresa informará mensualmente al comité de empresa, a los delegados de personal y delegados sindicales sobre el número de horas extraordinarias realizadas, especificando las causas y, en su caso, la distribución por secciones. La realización de horas extraordinarias conforme establece el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente. Todo ello se entiende sin perjuicio de la posibilidad de distribución irregular de la jornada. Por acuerdo entre el trabajador y la dirección de la empresa se podrán compensar las horas extraordinarias realizadas por un tiempo equivalente de descanso en lugar de su retribución monetaria, acordando igualmente, en este caso, el período de su disfrute.

Las horas extras se abonarán, si no se acuerda su disfrute en tiempo de descanso, con un recargo del 40% sobre el salario bruto hora de cada trabajador y con un 75% las horas realizadas en festivos y/o en horario nocturno”.

En dicho artículo se hace referencia al régimen que se aplica a las horas extraordinarias (límites, duración máxima, relación de las mismas, etc), pero en lo que a la reclamación se refiere, dicho artículo establece que las horas realizadas y no contempladas en el contrato de trabajo deben ser abonadas con un recargo del 40% sobre el salario bruto hora de cada trabajador, o con un 75% las horas realizadas en festivos y/o en horario nocturno, siempre que esas horas no se acuerden como disfrute en tiempo de descanso.

En este caso, a falta de acuerdo sobre descanso, y no habiéndose realizado esas en días festivos y/o en horario nocturno, resulta procedente que las mismas hubieran sido abonadas a la trabajadora con un recargo del 40% sobre su salario bruto por hora; salario que, en relación con lo expuesto anteriormente, deberá ser el correspondiente al grupo profesional en que se inserta el trabajador, según el trabajo desarrollado en la empresa.

Junto a ello, hay que señalar que en la demanda, añadimos a todas las cantidades reclamadas el interés por mora en el pago del salario del 10% de lo adeudado, puesto que en caso de percibir las cantidades, las mismas se percibirían en un momento que no corresponde, ya que se deberían haber percibido previamente, de ahí esa cantidad extra que se reclama. Este interés por mora está contemplado en el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores, en donde se establece que:

Art. 29.3. ET: “*El interés por mora en el pago del salario será el diez por ciento de lo adeudado*”.

Para ofrecer sustento a todo lo expuesto anteriormente en relación con la extinción contractual unilateral por parte del trabajador en caso de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de diciembre de 2013 (Rec.141/2013) señaló, en el Fundamento Jurídico segundo de la misma, lo siguiente:

“Conforme a nuestra doctrina, la falta de pago del salario o los retrasos continuados en su abono autorizan -ex art. 50.1.b) ET- la extinción causal del contrato, aún sin mediar culpabilidad empresarial, (...) entendiendo la doctrina unificada que el requisito de la

gravedad del comportamiento es el que modela en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial y ni siquiera la culpabilidad es requisito para generarlo (SSTS 24/03/92 (Rec. 413/1991) y 29/12/94 (Rec. 1169/1994)), sino que incluso es indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa (así, SSTS 24/03/92 (Rec. 413/1991), 29/12/94 (Rec. 1169/1994), 05/03/12 (Rec. 1311/2011), 03/12/12 (Rec. 612/2012) y 25/02/13 (Rec. 380/2012)).

En el referido sentido hemos afirmado que 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» es necesaria la concurrencia del requisito de «gravedad» en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal «gravedad» debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario «ex arts. 4.2f) y 29.1 ET, partiendo de un triple criterio objetivo [independiente de la culpabilidad de la empresa], temporal [continuado y persistente en el tiempo] y cuantitativo [montante de lo adeudado], y que -en consecuencia- concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no sea un mero retraso esporádico, sino un comportamiento continuado y persistente (SSTS 25/01/99 (Rec. 4275/1997), 17/01/11 (Rec. 4023/2009), 05/03/12 (Rec. 1311/2011) y 16/07/13 (Rec. 2275/2012)).

(...)

A efectos ejemplificativos hemos de señalar que se han considerado causa suficiente para extinguir el contrato de trabajo los retrasos y anomalías en el pago de once mensualidades consecutivas (STS 13/07/98 (Rec. 4808/1997)) o los supuestos similares de irregularidades continuadas (STS 25/01/99 (Rec. 4275/1997)) (...).”

Por lo tanto, de la documentación aportada en la demanda (correos electrónicos, nóminas, relación de horas realizadas y no pagadas, etc.) quedaba acreditada la existencia de retrasos continuados en el pago desde el inicio de la relación laboral existente entre las partes, lo cual facultaba a esta parte para instar la extinción de la relación contractual, a través de la prevista en el artículo 50.1.b) del ET, sin que la mala situación económica que atravesaba la empresa exonerara al empresario del cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 4.2.f) del ET.

No cabe duda que, en este caso, la actuación llevada a cabo por el empresario cumple con los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo para el reconocimiento de las cantidades adeudadas, así como para la admisión de la acción de extinción de la relación laboral, puesto que ha incumplido reiteradamente sus deberes empresariales, al no proceder de forma ordinaria al pago del salario, constituyendo tal proceder un grave incumplimiento empresarial, ya que no estamos ante un mero retraso esporádico en los pagos, sino ante un comportamiento continuado y persistente, considerando el Tribunal Supremo estos supuestos de irregularidades continuadas en el pago de salarios como causa suficiente para que el trabajador extinga unilateralmente el contrato de trabajo, reconociéndosele el derecho a las cantidades que se le adeuden, así como a la indemnización prevista para el despido improcedente.

Asimismo, la reclamación salarial por impago del salario puede extenderse, en caso de que el deudor no abone las cantidades adeudadas, hasta la fecha de juicio. Este aspecto es muy importante, ya que desde la presentación de la demanda hasta la efectiva fecha del juicio, pueden llegar a pasar varios meses. Por ello, es necesario dejar constancia en la demanda que los salarios que se vayan generando y no sean regularmente abonados van a reclamarse en el día del juicio, a pesar de que no aparezcan detallados de manera precisa en la demanda. Dicho aspecto se puso de relieve en la demanda, haciendo alusión a que a la fecha límite de los incumplimientos empresariales alegables en la *litis*, el Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias que dicha fecha límite puede extenderse hasta la propia fecha del juicio, si los retrasos e impagos se prolongan en el tiempo hasta tal fecha, tal y como se pone de manifiesto en el siguiente extracto:

“Sobre la fecha límite de los incumplimientos alegables, si bien se ha mantenido que son -«como es lógico»- los existentes en el momento de la interposición de la demanda, pues es este documento el que contiene la pretensión rectora del proceso «y es en este momento por tanto cuando se fija el objeto de la litis» (STS 26/07/12 (Rec. 4115/2011)), de todas formas esta afirmación inicial fue rectificada en el sentido de que «la fecha límite hasta la que deben haber acontecido los hechos relativos a las demoras o impagos y/o a los abonos salariales, salvo supuestos de indefensión, puede extenderse hasta la propia fecha del juicio» (STS 25/02/13 (Rec. 380/2012))”.

Poco después de haber presentado la demanda, el representante de la **Empresa Y** nos envió una oferta de cara a no tener que llegar a resolver la controversia ante el Juzgado. Ante

ello, le trasladamos a nuestra cliente las condiciones ofrecidas por la otra parte, indicándole que en caso de que las mismas no satisficieran sus pretensiones, siempre podíamos acudir en el último lugar al acto de juicio para someter ante un Juez la controversia, si es que de las negociaciones no se llegara a ningún acuerdo entre ambas partes. Tras varias llamadas telefónicas, correos electrónicos y reuniones entre las representaciones de ambas partes, las negociaciones llegaron “a buen puerto”, puesto que las condiciones estipuladas en el acuerdo satisfacían a ambas partes.

En cuanto a lo que nuestra parte se refiere, las condiciones que ofrecía el representante de la empresa a nuestra cliente eran bastante beneficiosas, puesto que las mismas complacían nuestras pretensiones. En primer lugar, las cantidades ofrecidas, tanto la que deriva de la indemnización, como la que le correspondía por la reclamación de cantidad, satisfacían a nuestra cliente, al incluirse dentro de las mismas una serie de cantidades que, aunque estaban incluidas en la papeleta de conciliación, a fecha de la elaboración de la demanda ya estaban prescritas, y en segundo lugar, una vez se pusiera en conocimiento judicial el acuerdo, nuestra cliente dejaría de ser una empleada de la empresa en la que venía trabajando, extinguiendo, de esta manera, el vínculo laboral que les unía, de tal forma que al día siguiente podía acceder a cobrar la prestación por desempleo que le correspondía.

En la negociación mantenida con el representante de la empresa deudora pude apreciar muchas de las cuestiones deontológicas que se producen en la relación entre compañeros de la profesión de abogado, reguladas dentro del Código deontológico aprobado en el Pleno de 27 de noviembre de 2002, adaptado al nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

Muchas de las cuestiones planteadas en este código deontológico se pusieron de manifiesto a lo largo de la negociación mantenida con el compañero abogado. La primera de ellas, la contenida en el artículo 14, el cual hace referencia a que siempre que alguna de las partes esté representada por otro Abogado, las relaciones o comunicaciones deben producirse entre ambos Letrados, no siendo posible la comunicación directa entre Letrado y cliente del compañero abogado:

Art. 14.1 CD: “*El Abogado ha de abstenerse de toda relación y comunicación con la parte contraria cuando le conste que está representada o asistida por otro Abogado,*

manteniendo siempre con éste la relación derivada del asunto, a menos que el compañero autorice expresamente el contacto con su cliente”.

En todo momento, dado que las partes conocían que ambos clientes se encontraban representados por dos Letrados, las comunicaciones se produjeron entre Letrados, de manera horizontal, sin que en ningún momento se realizaran de manera diagonal, lo cual contravendría éste Código deontológico.

Además de esta cuestión, a lo largo del proceso, he podido observar otro tipo de cuestiones relacionadas con la relación entre compañeros, reguladas en el artículo 12 del Código deontológico, como por ejemplo las establecidas en los apartados 1, 8 y 10 de este artículo:

Art. 12.1 CD: “*Los Abogados deben mantener recíproca lealtad, respeto mutuo y relaciones de compañerismo*”.

En este caso, desde las primeras comunicaciones, hubo respeto entre ambas partes, sin que en ningún momento el que cada Letrado quisiera defender los intereses de sus clientes supuso una traba para que a lo largo de las negociaciones existiera una relación cordial entre ambos profesionales.

Art. 12.8 CD: “*Las reuniones entre Abogados y sus clientes se procurará celebrarlas en lugar que no suponga situación privilegiada para ninguno de los Abogados intervenientes y se recomienda la utilización de las dependencias del Colegio de Abogados, cuando no exista acuerdo sobre el lugar de celebración de las reuniones. No obstante, si la reunión hubiere de celebrarse en el despacho de alguno de los Abogados intervenientes, será en el de aquél que tuviere mayor antigüedad, salvo que se trate del Decano o de un Ex-Decano, en cuyo caso será en el de éstos, a no ser que se decline expresamente el ofrecimiento. La norma deberá cumplirse, aunque uno o más de los Abogados presten sus servicios profesionales en empresas, entidades bancarias o de ahorro*”.

He incluido este artículo, para poner de relieve que en las negociaciones mantenidas entre ambas partes, no se cumplió la regla general, ya que el Letrado del despacho en donde realizaba las prácticas tenía una mayor antigüedad, pero, a pesar de ello, la reunión tuvo lugar en el despacho profesional del Letrado de la empresa deudora, puesto que el compañero abogado podía acceder en su despacho a una base de datos que utilizaba para poder calcular

de manera precisa, informatizada y rápida las indemnizaciones correspondientes, así como el finiquito procedente, además de que gran parte del historial de la trabajadora en la empresa se encontraban en su despacho; por lo tanto, de cara a agilizar el proceso y facilitar las cosas al compañero de la otra parte, aceptamos su ofrecimiento y le propusimos el celebrar la reunión en su despacho, aspecto al que él accedió y nos agradeció.

Art. 12.10 CD: “*El Abogado debe atender inmediatamente las comunicaciones escritas o telefónicas de otros abogados y estas últimas debe hacerlas personalmente*”.

Por último, este aspecto, más que en el caso concreto, que también, es algo que he podido apreciar a lo largo del periodo en el que he realizado prácticas en el despacho. Siempre que el representante de la otra parte realizaba algún tipo de llamada, el Letrado del despacho encargado de este asunto le atendía inmediatamente, a pesar de que se encontrara inmerso en una reunión con algún cliente o en alguna reunión con otro miembro del despacho, por ejemplo.

Una vez discutidos los flecos finales de la negociación con el representante de la **Empresa Y**, sometimos a conciliación judicial nuestro acuerdo para que fuera aceptado y reflejado en un documento judicial.

El acuerdo al que habíamos llegado era la siguiente: “En ese mismo acto la empresa aceptaba la resolución contractual solicitada por la parte actora y reconocía una indemnización de 6.518,89 euros, y asimismo reconocía adeudar por salarios y liquidación pendientes la cantidad de 5.000 euros, lo que hacía un total de 11.810,20 euros. Dicha cantidad sería abonada de la siguiente forma: 2.000 euros en el presente acto; 1.000 euros el 05/06/2015; 4.405,10 euros el 30/06/2015 y 4.405,10 euros el 30/07/2015, mediante transferencia en la cuenta bancaria en la que habitualmente la trabajadora percibía su salario. Con el percibo de las citadas cantidades la relación laboral habida entre las partes quedaría saldada y finiquitada, extinguida con fecha de efectos 15/05/2015, sin que nada más tuviera que reclamarse por concepto alguno”.

Con este acuerdo, pudimos satisfacer todas las demandas que ansiaba la trabajadora desde el día que acudió al despacho, ya que pudimos obtener mediante conciliación judicial un acuerdo que le complaciera, al reconocerse las cantidades que la empresa le adeudaba,

pudiendo la trabajadora poner fin a su relación laboral y teniendo derecho a la prestación por desempleo el día siguiente en el que se celebraba la conciliación judicial.

Un aspecto importante es que no sometimos la conciliación ante el SAMA, ya que al ser un órgano administrativo, y no judicial, las resoluciones de ese órgano no tienen validez ante el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), por lo que en caso de tener que acudir a éste órgano con motivo del impago del acreedor principal, la conciliación dictada en el seno de ese órgano no hubiera servido de nada, puesto que las indemnizaciones reconocidas en conciliación administrativa quedan excluidas del ámbito de protección del FOGASA.

Ante ello, decidimos acudir a conciliación judicial, ya que era un riesgo innecesario someter el acuerdo alcanzado por ambas partes ante al SAMA, teniendo la opción de acudir a conciliación judicial, donde en caso de no resarcir las cantidades el principal acreedor, el FOGASA pagaría las cantidades adeudadas, siempre dentro de unos límites.

Nuestra cliente era titular del derecho a percibir las cantidades a través del FOGASA, tal y como se establece en el artículo 13 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo:

Art. 13 RD 505/1985: “*Podrán percibir las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial todos los trabajadores vinculados por relación laboral a alguno de los empresarios enumerados en el artículo 11, cuando sean titulares de un crédito por salarios o indemnizaciones y en la forma que para cada caso se especifica en los artículos siguientes*”.

Ese crédito del que mi cliente era titular se encuentra definido en el artículo 14.2 del citado Real Decreto:

Art. 14.2 RD 505/1985: “*Se considerará crédito por indemnización la cantidad reconocida a favor de los trabajadores en sentencia, resolución de la autoridad laboral o resolución judicial complementaria de éstas, a causa de despido o extinción de los contratos de trabajo, conforme a los artículos 50 y 51 del Estatuto de los Trabajadores*”.

Así pues, este órgano podrá garantizar el abono a los trabajadores de los salarios con sus pagas extraordinarias, incluidos los de tramitación, pendientes de pago por declaración de insolvencia o procedimiento concursal de la empresa, siempre que se encuentren dentro de la cantidad máxima a abonar por el FOGASA, la cual resulta de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, con prorrateo de pagas extras, por el número de días

pendientes de pago, con un máximo de ciento veinte días (esto es, $50,35 \text{ €/día} \times 120 \text{ días} = 6.042 \text{ €}$). Este límite no operaba con nuestra trabajadora, ya que se encontraba por debajo de este umbral establecido por el FOGASA, ya que la reclamación de cantidad que solicitaba era inferior al límite legal establecido. Esto, se encuentra regulado en el artículo 18 del Real Decreto 505/198, el cual hace referencia a que:

Art. 18 RD 505/198: “*El Fondo de Garantía Salarial abonará en concepto de salarios pendientes de pago una cantidad equivalente a multiplicar el salario correspondiente al trabajador en el momento del devengo o el doble del salario mínimo interprofesional cuando aquél rebase esta cifra, por el número de días trabajados, de descanso computable como de trabajo o de tramitación, según los casos, con el límite máximo de ciento veinte días. Cuando se soliciten salarios de tramitación se tendrá en cuenta la limitación establecida en el artículo 56.5 del Estatuto de los Trabajadores*”.

Además de los salarios adeudados por la empresa, también hay que tener en cuenta la indemnización reconocida judicialmente, ya que el FOGASA también garantiza este tipo de retribuciones, siendo necesario que se encuentren reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos, así como las indemnización por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan, y siempre que no superen el límite de una anualidad, sin que el salario diario pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias ($50,35 \text{ €/día} \times 360 \text{ días} = 18.126 \text{ €}$). Dicho límite tampoco se superaba por la cantidad que correspondía a la indemnización de la trabajadora. En consecuencia, tanto la reclamación de cantidad como la indemnización por despido aparejada a la extinción del contrato del artículo 50.1.b) del ET no excedían el límite establecido legalmente. Dicho régimen lo establecen los apartados 1 y 2 del artículo 19 del RD 505/198:

Art. 19.1 RD 505/198: “*El Fondo de Garantía Salarial abonará indemnizaciones reconocidas por la extinción de los contratos de trabajo por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, cuya cuantía se calculará a razón de veinte días de salario por año de servicio, prorrataéndose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de una anualidad.*

El salario que servirá como base de cálculo de las indemnizaciones a satisfacer por el Fondo de Garantía Salarial será el que acredite percibir el trabajador, excepto cuando sea superior al doble del salario mínimo interprofesional, en cuyo caso se tomará esta última cifra.

A los solos efectos del cálculo de las prestaciones a que se refiere este artículo, y salvo que el trabajador acredite un período superior de vigencia de la relación laboral, los años de servicio serán los que resulten de la certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social relativa al período de alta en la empresa deudora”.

Art. 19.2 RD 505/198: “*Cuando se trate de indemnizaciones derivadas de despido o de extinción del contrato por voluntad del trabajador, el importe de las prestaciones se calculará a razón de veinticinco días de salario por año de servicio, con aplicación de la misma base de cálculo y del mismo límite fijado en el número anterior”.*

La **Empresa Y** cumplió con los dos primeros pagos acordados en conciliación, esto es, los 2.000 euros abonados en el momento de la conciliación judicial, así como los 1.000 euros abonados el 05/06/2015, pero a la llegada del 30/06/2015 no satisfizo la cantidad acordada de 4.405,10 euros. Por ello, y al estar en conocimiento de que la empresa deudora no iba a hacer efectivo el pago de los dos restantes plazos, decidimos presentar demanda de ejecución el 01/07/2015, la cual adjunto como **ANEXO IV** por las cantidades adeudadas por la empresa a esa fecha y por la cantidad que tenía que pagar en fecha de 30/07/2015 y que teníamos conocimiento de que no iba a satisfacer, sobre la base de los artículos 68.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y en el artículo 517.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

Art. 68.1 LRJS: “*Lo acordado en conciliación o en mediación constituirá título para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal, y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos en el Libro Cuarto de esta Ley.”*

Art. 517.2.3º LEC: “*Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:*

3.º Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones”.

Junto a ello, y en relación con lo anterior, establece el artículo 239.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que:

ART 239.2 LRJS: “*La ejecución podrá solicitarse tan pronto la sentencia o la resolución judicial ejecutable haya ganado firmeza o desde que el título haya quedado constituido o, en su caso, desde que la obligación declarada en el título ejecutivo fuese exigible, mediante escrito del interesado*”.

El Juzgado de lo Social respondió dictando auto por el que despachaba ejecución por la cantidad de 4.405,10 €, correspondiente al primer plazo vencido y no pagado, más 440,51 € que se fijan provisionalmente en concepto de intereses y costas. Por otro lado, el Juzgado no admitió a dictar ejecución por la cantidad que se tenía que pagar el 30/07/2015 porque no había vencido aún.

Ante esto, el 03/09/2015 presentamos ampliación de la ejecución, adjuntada como **ANEXO V**, al haber incumplido la **Empresa Y** el último pago, ya vencido, acordado en conciliación judicial.

Una vez presentada ampliación de la ejecución, el 09/09/2015 instamos ante el mismo Juzgado la tramitación de insolvencia de la **Empresa Y** por la ejecución parcial que se había despachado, la cual adjunto como **ANEXO VI**, dado el carácter infructuoso de las averiguaciones patrimoniales practicadas por ese Juzgado.

En relación con el procedimiento de insolvencia, el artículo 15 del RD 505/198 establece que:

Art. 15 RD 505/198: “*Se entenderá que existe insolvencia del empresario cuando, instada la ejecución en la forma establecida en la Ley de Procedimiento Laboral, no se consiga satisfacción de los créditos laborales. La resolución en que conste la declaración de insolvencia será dictada previa audiencia del Fondo de Garantía Salarial.*

Durante el plazo concedido para cumplimentar el trámite de audiencia, el Fondo de Garantía Salarial realizará cuantas gestiones estime necesarias en orden a la verificación de la real situación económica de la Empresa, especialmente la citación a ésta y a los trabajadores”.

Posteriormente, se notificó a esta parte auto por el cual se ampliaba la ejecución por importe de los restantes 4.405,10 € más 440,51 euros, fijados provisionalmente en concepto de intereses. El mismo auto contenía en su parte dispositiva que si en diez días no se designaban nuevos bienes susceptibles de traba, se procedería a dictar decreto de insolvencia por la cantidad ampliada de 4.405,10 euros. Aspecto que sucedió al no presentar ni esta parte ni la representación de la **Empresa Y** ningún bien susceptible de traba.

El FOGASA, el 22 de septiembre de 2015, notificó a esta parte que, en plazo de diez días, debíamos desglosar en todos sus conceptos la cantidad de 5.291,31 euros reconocidos en acta de conciliación como salarios y liquidación pendientes o aportar documentación relativa a los mismos. Esta notificación por parte del FOGASA nos sorprendió, dado que ya desglosamos previamente estas cantidades ante el Juzgado de lo Social, tal y como se puede apreciar en el **ANEXO VII**. A pesar de haber desglosado previamente estas cantidades ante ese Juzgado, tuvimos que repetir el desglose, para, esta vez, presentarlo ante el FOGASA.

En el escrito que la trabajadora presentó en el FOGASA, atendiendo al requerimiento realizado por ese órgano, quisimos dejar constancia de las reiteradas reclamaciones extrajudiciales realizadas a la empresa deudora, desde que la **Empresa Y**, faltó a su obligación en el abono del salario.

De cara a acreditar esas reclamaciones, adjuntamos al escrito todos los correos electrónicos enviados a la empresa reiterando la falta de abono del salario, en donde se puede apreciar la intención de nuestra cliente de reclamar las cantidades adeudadas, así como el conocimiento de la otra parte de que le reclamaba las cantidades adeudadas.

El llevar a cabo esta serie de reclamaciones extrajudiciales hace que se interrumpe el plazo de prescripción de la acción de reclamación de cantidad, tal y como se establece en el artículo 1973 del Código Civil, el cual establece que:

Art. 1973 CC: “*La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor*”.

Quisimos dejar constancia de esto último con la intención de que el FOGASA no realizara ningún tipo de recorte en las cantidades que se conciliaron judicialmente, ya que la empresa empezó a faltar al pago de las mismas desde el inicio de la relación laboral, lo que

hacía que algunos conceptos estuvieran prescritos. Por ello, al igual que hicimos en la demanda, hicimos referencia a que nuestra clienta, desde que empezó a sufrir esa falta de pago o retrasos en el abono de su salario, realizó, a través del envío de correos electrónicos al empresario, reclamaciones extrajudiciales de las cantidades adeudadas, en las que ponía en conocimiento del empresario su clara intención de reclamar las cantidades que se le venían adeudando.

Con esto, la trabajadora vino interrumpiendo la prescripción de la acción de reclamación de cantidad, lo cual fue muy relevante, ya que de no haber reclamado extrajudicialmente al empresario, no podríamos haber reclamado los conceptos anteriores a un año, ya que la acción para exigir percepciones económicas prescribe al año, plazo que empezará a computarse desde el día en el que la reclamación pudo ejercitarse, tal y como establecen los apartados 1º y 2º el artículo 59 del ET:

Art. 59.1. ET: “*Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación*”.

Art. 59.2. ET: “*Si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de trato único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse*”.

Finalmente, el siete de octubre de 2015 ese mismo Juzgado de lo Social decretó la ampliación de la declaración de insolvencia de la ejecutada, **Empresa Y**, por importe de 4.405,10 euros.

Una vez decretada la insolvencia, la trabajadora pudo acudir al FOGASA a presentar el formulario que precisa esta entidad para que el abono de las cantidades no percibidas, y reconocidas judicialmente, a favor de la trabajadora se haga efectivo.

Sobre la base a las consideraciones contenidas en el presente Dictamen, y sobre el extremo objeto de Consulta, el Letrado que suscribe formula las siguientes

IV. Conclusiones

ÚNICA.- Una vez relatados los antecedentes del caso, además de un Dictamen en el que he expuesto la forma de trabajo, así como las vías legales que emprendimos, apoyado en la legislación vigente, doctrina y jurisprudencia, procedo a finalizar este trabajo con unas conclusiones sobre el caso concreto y sobre la extinción del contrato de trabajo por parte del trabajador como consecuencia de la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.

En lo que al caso concreto se refiere, y a pesar de que gran parte del trabajo realizado no fue realmente útil a efectos prácticos, dado que la demanda formulada no tuvo una desembocadura judicial, pero sí a efectos formativos, debido a la cantidad de horas para realizar la misma, así como para el estudio de las cuestiones planteadas *ut supra*, considero que realizamos un trabajo digno, del cual se encuentra agradecida la cliente, puesto que el balance entre el panorama actual (extinguida la relación laboral en una empresa en la que no deseaba estar, cobrando la prestación por desempleo y percibiendo unas cantidades a través del FOGASA que satisfacían sus intereses) en comparación con la situación que nos planteó por primera vez en el despacho (el realizar más horas de las establecidas en el contrato, el retraso en el pago del salario, que, en reiteradas ocasiones, se transformaba en una falta de pago del mismo por parte del empresario) es, en mi opinión, bastante positivo.

Junto a mi valoración personal del supuesto de hecho planteado, he de decir que mi visión acerca de esta modalidad de extinción causal por voluntad del trabajador la he ido mostrando al mismo tiempo que exponía la opinión de la doctrina y de la jurisprudencia sobre esta materia. Pero, para dejarla totalmente definida, mi posicionamiento entre las distintas vertientes jurisprudenciales expuestas se acerca más a la objetivista que a la subjetivista, puesto que, en mi opinión, el aspecto más importante dentro de esta modalidad de extinción contractual reside en la gravedad del incumplimiento, dejando de lado la culpabilidad o no del empresario. Sin embargo, no estoy de acuerdo con que se deba establecer un límite (ya sea el número de retrasos en los que ha incurrido el empresario o una determinada cantidad dineraria) mediante el cual los Tribunales vean cumplido ese requisito establecido jurisprudencialmente para poder dar o no la razón a los trabajadores que hayan decidido plantear su caso ante un Juzgado. No me muestro conforme con este planteamiento, ya que el

perjuicio para el trabajador dependerá de la situación económica y familiar del mismo, por lo que se debe analizar caso por caso, sin que un límite establecido jurisprudencialmente pueda denegar, por sí mismo, a un trabajador la extinción contractual establecida en el artículo 50.1.b) del ET.

A modo de conclusión final, me gustaría hacer hincapié en el hecho de que el trabajador, no sólo en esta materia, sino en toda relación laboral en la que exista por parte del empresario un incumplimiento contractual, debe encontrarse siempre amparado por nuestros Tribunales, puesto que en esa relación mantenida con el empresario, el trabajador ocupa una posición más débil, en la que, para nuestra desgracia, en muchas ocasiones se establecen una serie de medidas que limitan sus derechos, suprimiéndolos, incluso, en muchas ocasiones, creando una situación de verdadera desigualdad entre estos dos sujetos. Por ello, es preciso que los Tribunales de nuestro país, siempre que se encuentren en la tesitura de juzgar una situación como la descrita anteriormente, decanten la balanza a favor del trabajador, pues es la pieza más débil, la que más tiene que perder.

Este es mi Dictamen que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

En la I.C. de Zaragoza, a 17 de diciembre de 2015.

V. ANEXOS

I.- Papeleta de solicitud de conciliación de extinción contractual por atrasos e impago de salarios, acumulada a la acción de reclamación de cantidad por impago de salarios.

II.- Acta de conciliación finalizada “sin avenencia”, dictada en el Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje (SAMA).

III.- Demanda conjunta de extinción de contrato por impago de salarios y reclamación de cantidad.

IV.- Demanda de ejecución.

V.- Ampliación de la ejecución.

VI.- Solicitud de declaración de insolvencia.

VII.- Escrito de subsanación ante el Juzgado de lo Social.

IX.- Bibliografía.

I) Sentencias

1. STS de 3 de diciembre de 2013 (Rec.141/2013).
2. STS de 25 de enero de 1999 (Rec. 4275/1997).
3. STS de 10 de junio de 2009 (Rec. 2461/2008).
4. STS de 9 de diciembre de 2010 (Rec. 4363/2009).
5. STS de 16 de julio de 2013 (Rec. 2275/2012).
6. STS de 19 enero de 2015 (Rec. 569/2014).
7. STS de 24 de septiembre de 2013 (Rec. 3850/2011).
8. STS de 2 de diciembre de 2013 (Rec. 846/2013).
9. STS de 5 de diciembre de 2013 (Rec. 2071/2012).
10. STS de 16 de julio de 2013 (Rec. 2275/2012).

11. STS de 19 de noviembre de 2013 (Rec. 2800/2012).
12. STS 5 de diciembre de 2013 (Rec. 2071/2012).
13. STS de 24 de marzo de 1992 (Rec. 413/1991).
14. STS de 5 de marzo de 2012 (Rec. 1311/2011).
15. STS de 10 de junio de 2009 (Rec. 2461/2008).
16. STS de 25 de febrero de 2013 (Rec. 380/2012).
17. STS de 29 de diciembre de 1994 (Rec. 1169/1994).
18. STS de 3 de diciembre de 2012 (Rec. 612/2012).
19. STS de 17 de enero de 2011 (Rec. 4023/2009).
20. STS de 13 de julio de 2013 (Rec. 4808/1997).
21. STS de 26 de julio de 2012 (Rec. 4115/2011).
22. STS de 24 de octubre de 1988 (Ar. 8143).
23. STS de 15 de enero de 1987 (Ar.38).
24. STS de 15 de noviembre de 1986 (Ar. 7384).
25. STS de 28 de septiembre de 1998 (Ar. 8553).

II) Publicaciones

1. ÁLVAREZ GIMENO, RAFAEL., *La extinción causal por voluntad del trabajado*, Editorial Comares, Granada, 2012.
2. VIQUEIRA PÉREZ, C., *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Editorial Civitas, Madrid, 1994.
3. DURÁN LÓPEZ, F., «Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido», *Relaciones Laborales*, tomo 1-1990.
4. ALONSO OLEA, M., *Un problema cada vez más complejo: la extinción del contrato por voluntad del trabajador*, Coimbra, 1989.
5. SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *El art. 50 del ET*, Editorial Aranzadi, 2001.
6. BORRAJO DACRUZ, E., «Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los trabajadores», *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1990.