



Daniel Toscani Giménez

Profesor Titular de la Universidad de Valencia. Of Counsel
Laboral de Alentta Abogados

LEER
ONLINE



La rescisión del contrato de trabajo por el trabajador por la falta de pago o el retraso continuado en el abono del salario

El trabajador puede rescindir su contrato alegando el incumplimiento del empresario de la obligación de abonar los salarios puntualmente. **No existe incumplimiento si el trabajador ha tolerado los retrasos**, de manera habitual (STSJ de Murcia de 18 de febrero de 2002 AS 487), **salvo que los retrasos sean crónicos**, en cuyo caso se entiende que se puede solicitar la rescisión aún cuando inicialmente hubiera sido consentido (STSJ de Murcia de 10 de abril de 2006 AS 1447).

Aún cuando se ha producido algún pronunciamiento entendiéndose que, a estos efectos, **se considera salario cualquier retribución que tenga derecho a percibir el trabajador** incluyéndose también las cantidades que no tienen carácter salarial, por ejemplo, gastos de representación y viajes (STSJ Madrid de 8 marzo 2005).

La gran mayoría establece que la falta de abono se refiere únicamente a los salarios propiamente dichos, con independencia del tipo o forma de retribución, **pero no a las percepciones extrasalariales** (STS de 2 de noviembre de 1996), (Rodríguez Rodríguez, E., 2010).

Así, se incluyen las comisiones (STSJ de Valencia de 10 de julio de 1991 AS 4746 y STSJ de Canarias de 6 de febrero de 1996 AS 934); las mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social por su carácter salarial (STS de 22 de mayo de 1995 RJ 3995). En contra, en este último caso, se puede ver (STSJ de Extremadura de 17 de mayo de 2006 AS 1716). Sin embargo, en sentido contrario, la no falta de abono de gastos de locomoción (STSJ de Castilla y León/Valladolid de 16 de enero de 1996 AS 713) o el pago delegado de la prestación de incapacidad temporal (STS de 2 de noviembre de 1996 RJ 8187, STSJ de Madrid de 28 de junio de 2005 AS 2404); salarios de tramitación (STSJ de Cantabria de 12 de junio de 2007 AS 2809), ni indemnizaciones en general (STSJ de Murcia de 19 de enero de 2004 AS 244). No obstante, en cualquier caso, **es más un problema teórico que práctico**, ya que en este último plano, los incumplimientos se pueden reconducir a la letra c) del art. 50 del ET, cualquier otro incumplimiento grave y culpable.

Consideración casuista

No existe una cantidad o plazo fijo para estimar la falta de pago o el retraso en el abono de salarios como causa de extinción: **su consideración como tal es casuista.**

Debe valorarse si el retraso o impago es o no grave, partiendo de un criterio objetivo temporal cuantitativo. (STS de 25 de enero de 1999 RJ 898). Cuando se trate de **retrasos menores** o esporádicos en la percepción de las retribuciones, **no puede calificarse de grave**, no revistiendo la entidad o gravedad suficiente para justificar la extinción. (STSJ de Galicia de 15 de noviembre de 2005 AS 368/06, STSJ de Extremadura de 17 de abril de 2006 AS 897/06, STSJ de Valencia de 24 de enero de 2006 as 1034). **Se entienden como retrasos menores los que van de un mes a tres**, en el marco de una larga trayectoria laboral (SSTS de 21 de junio de 1986 RJ 3696 y 25 de septiembre de 1995 RJ 6892) y retrasos justificados para poder solicitar la extinción indemnizada los que superan dichos umbrales (SSTS de 24 de marzo de 1992 RJ 1870 y 13 de julio de 1998 RJ 5711) o siendo inferiores, no obstante, se reiteran sucesivamente, de forma continuada, pese a los requerimientos y sanciones impuestas (STSJ de Canarias/Las Palmas de 31 de octubre de 2005 AS 3058 y STSJ de Valencia de 28 de junio de 2007 AS 2787).

En estos últimos supuestos sólo generan derecho a exigir el **10% como interés por demora** (art. 29 del Estatuto de los Trabajadores (ET)). No se considera que hay un atraso justificativo de la acción rescisoria cuando la falta de abono del concepto en cuestión es debido a la **discrepancia de la realidad de la deuda o de su cuantía** (SSTS de 5 de mayo de 1986 RJ 2484 y 6 de mayo de 1991 RJ 4169). Si bien, en estos casos, se admite la compatibilidad de la acción extintiva con la reclamación judicial por las cantidades adeudadas (STS de 6 de mayo de 1991 AS 4169).

(IMAGEN: E&J)

La extinción por esta causa origina una **indemnización como si fuera un despido improcedente**: 33 días de salario por año trabajado, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año hasta un máximo de 24 mensualidades.

El impago y el retraso reiterado en el pago de los salarios constituyen además infracciones muy graves sancionables de acuerdo con la LISOS (Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social). Finalmente, 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, puesto que no es justificable estar sin abonar los salarios correspondientes varios meses continuados y abonarlos en mensualidades posteriores.

Tampoco es óbice para la extinción del contrato, por la vía del art. 50 del ET, el que, en **el período que media entre la demanda y la celebración del acto de juicio, se hayan abonado al demandante las retribuciones ordinarias pendientes**, pues el retraso existió y se mantenía al ejercitarse la acción resolutoria, demostrando ese pago posterior, y siendo una clara respuesta a tal ejercicio, que estaba al alcance de la demandada pese a

sus indudables dificultades económicas, si no cumplir regularmente sus obligaciones, atenuar al menos la gravedad del incumplimiento, cuando el retraso probado es de meses (SSTS de 3 de diciembre de 2012 y 9 de diciembre de 2016).

El plazo para interponer la demanda es de 1 año desde que se produce la causa (art. 59 del ET). Dicho plazo **empieza a computarse desde el día en que se hubiera podido ejercitar**, de acuerdo con el art. 1969 del CC y, por lo tanto, la acción resolutoria se encuentra sometida a prescripción.

Para que la resolución judicial **tenga efectos** constitutivos **debe ser firme**, razón por la cual el vínculo contractual seguirá subsistiendo siempre que no se resuelva el posible recurso que interponga el empresario (STS de 12 de julio de 1989 RJ 5461). Si bien, a partir de la STS de 20 de julio de 2012, el alto Tribunal entiende que el trabajador que haya solicitado esta rescisión del contrato, **puede optar**, en todos los casos, **entre seguir trabajando hasta que se dicte la sentencia o dejar de prestar servicios**. Eso sí, fuera de los casos de vulneración de derechos fundamentales, supondrá la suspensión del pago del salario también, asumiendo el riesgo de que en el caso de que su solicitud sea desestimada por el juez, se entiende que se extingue el contrato de trabajo por dimisión del trabajador, sin derecho a **indemnización ni desempleo**.

Ahora bien, en el caso de que la primera sentencia de instancia estima la demanda del trabajador y la recurra la empresa, conforme al art. 303.3 LRJS, *"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 el recurso confirma la sentencia de instancia, el contrato queda **extinguido por incumplimiento del empresario**, con el derecho del trabajador de la indemnización de 33 días de salario por año de servicio. Se ha de decir que si el recurso revocara la sentencia de instancia, esto es, que el recurso lo gane la empresa, en dicho caso, **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 quedaría extinguido definitivamente el contrato, sin derecho a indemnización, ni prestación por desempleo**.

La relación debe estar viva al solicitar la rescisión y hasta que la resolución judicial firme que la estime. Por ello, la suspensión del contrato de trabajo, por ejemplo por la situación de incapacidad temporal del trabajador (STSJ Extremadura Sala de lo Social de 1 septiembre 2004 y STSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2005 AS 2794) o por haber solicitado una excedencia por maternidad (STSJ de Cataluña de 9 de junio de 2005 AS 2379), **no impide la extinción del mismo basada en incumplimientos empresariales**.

Cabe recordar que el despido tiene efectos inmediatos de extinción de la relación laboral, mientras que la **acción de extinción** por incumplimiento empresarial tiene **efectos constitutivos desde la fecha de la sentencia** que estime la demanda. Así pues, por regla general, si ya se ha producido el despido, no cabría la formulación con posterioridad de una demanda por resolución de un contrato ya extinguido por la acción unilateral del empresario. Sin embargo, no se debe olvidar que el despido puede ser declarado nulo o incluso,

declarándose improcedente, y el empresario puede optar por la **readmisión**. En estos casos, al considerarse vigente ininterrumpidamente la relación laboral, se puede pasar a considerar la pretensión de resolución formulada por el trabajador (STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2006 AS 2038).

(IMAGEN: E&J)

Para estos supuestos y en el caso que el trabajador haya formulado demanda resolutoria del vínculo y una segunda contra el despido del empresario, el art. 32 de la LRJS, señala que la demanda que se promueva posteriormente **se acumulará a la primera**, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio (ALEGRE NUENO, 2007 págs. 44 y ss.).

Lo que trata el art. 32 de la LRJS es de evitar, por un lado, **actuaciones torticeras del trabajador** que persigan eludir las consecuencias de un despido inminente mediante el ejercicio de la acción resolutoria o, por otro, **buscar la enervación**, esta vez por parte del empresario, de la acción resolutoria mediante la imposición de un despido (STS de 25 de enero de 2007 RJ 2141 y 10 de julio de 2007 RJ 8299). (BLASCO PELLICER, A., 2005, pág. 640).

Tampoco el hecho de existir un expediente de regulación de empleo pendiente de decisión, constituye, conforme a ningún precepto legal que así lo disponga de manera expresa, ningún óbice para el ejercicio por parte de uno o varios trabajadores del derecho que a éstos les otorga el art. 50, ni siquiera cuando la causa de pedir por parte de empleador y empleados fuere idéntica, de tal suerte que, en principio, no puede aducirse una especie de «**excepción de litispendencia**» en el proceso judicial instado por los trabajadores por el hecho de la latencia del expediente administrativo incoado a solicitud del empresario.

Por consiguiente, debe llegarse a la conclusión en el sentido de que, en tanto el contrato de trabajo esté vigente y el ERE iniciado antes de presentarse la demanda no se haya resuelto, **no hay obstáculo legal** alguno para la interposición de la aludida demanda y, por ende, para que el Juzgado dicte sentencia resolviendo el fondo de la pretensión, ya sea para estimar la demanda, o ya para desestimarla (STS de 5 de abril de 2001 RJ 4885 y 5 de abril de 2001 Rec. n.º. 2194/00).

La situación de concurso en la que no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la crisis y el paro no anulan la acción de rescisión, y la falta de trabajo o de salario será **justa causa para accionar la rescisión una vez iniciado el expediente de regulación de empleo por extinción**, siempre y cuando, no esté resuelto. Sin embargo, no cabe entrar a conocer la solicitud de extinción del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial formulado por el trabajador durante el periodo de consultas tras la solicitud de la Administración concursal de la extinción colectiva de los contratos de trabajo, presentada previamente y estimada por el juez mercantil (STSJ de Valencia de 25 de octubre de 2005 AS 1049/06).

La conciliación administrativa o judicial en la que las partes acuerdan la rescisión, **tiene el mismo efecto que la resolución judicial firme para acreditar el derecho al desempleo**. Se considera **periodo de ocupación** cotizada el transcurrido entre **la fecha de la sentencia extintiva del contrato por voluntad del trabajador y la fecha de firmeza de aquélla** (STS de 8 de noviembre de 2000 Rec. n.º. 970/00).