



Roj: **STS 7640/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:7640**

Id Cendoj: **28079140012010100905**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/10/2010**

Nº de Recurso: **471/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Octubre de dos mil diez.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña María Suceso Alegre Gómez, en nombre y representación de DON Jose Ramón , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 4 de diciembre de 2009, recaída en el recurso de suplicación nº 2615/09 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia, dictada el 26 de mayo de 2009 , en los autos de juicio nº 222/09, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Jose Ramón contra Transportes Mudanzas y Muebles Los Ochando, S.L., y el Fondo de Garantía Salarial sobre Rescisión de contrato.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de mayo de 2009, el Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por COMISIONES OBRERAS DEL PAIS VALENCIANO, en interés de D. Jose Ramón contra la empresa TRANSPORTES MUDANZAS Y MUEBLES LOS OCHANDO, S.L., declaro no haber lugar a lo solicitado sin perjuicio de que la parte actora pueda ejercitar acción de reclamación de cantidad."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO.- El trabajador en cuyo interés actúa el Sindicato demandante COMISIONES OBRERAS DEL PAIS VALENCIANO, D. Jose Ramón , ha prestado servicios por cuenta de la empresa demandada, TRANSPORTES MUDANZAS Y MUEBLES LOS OCHANDO, S.L., con categoría de conductor y salario de 1.670'80 euros mensuales con prorrata de pagas extras, desde el 20- 12-76 hasta el 31-3-09 en que ha quedado extinguida la relación al hacer uso la empresa de la autorización dada al efecto por la Resolución de 30-3-09 del Director Territorial de Empleo recaída en ERE Nº NUM000 ; SEGUNDO.- El referido Expediente, según se narra en los Resultandos de la Resolución indicada se siguió habiéndose realizado el preceptivo periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores y habiendo concluido con acuerdo según Acta de 26-2-09 y la autorización de extinción afectó a la totalidad de la plantilla (19 trabajadores), estando D. Jose Ramón incluido y disponiéndose que la empresa abonará a los trabajadores afectados la indemnización prevista en el artículo 51.8 del ET ; TERCERO.- En fecha 8-1-09 presentó el trabajador D. Jose Ramón papeleta de conciliación en solicitud de extinción del contrato, celebrándose el acto de conciliación ante el SMAC el 11-2-09 con el resultado de "intentado sin efecto" y el 13-2-09 presentó la demanda efectuando la misma petición en base al artículo 50 del ET alegando retrasos e impagos de salarios; CUARTO.- Al presentar la demanda la empresa no había abonado al demandante la paga de verano 08 ni los salarios de los meses de octubre, noviembre y diciembre 08 y paga de Navidad 08."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Jose Ramón formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia



en fecha 4 de diciembre de 2009 , en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don Jose Ramón contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de los de Valencia el día 26 de mayo de 2009 en proceso de EXTINCIÓN DE CONTRATO seguido a su instancia contra TRANSPORTES MUDANZAS Y MUEBLES LOS OCHANDO, S.L. y confirmamos la aludida sentencia. Sin costas."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la representación de D. Jose Ramón , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 6 de junio de 2008, rec. suplicación 683/2008 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado las partes recurridas, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de interesar que se declare la PROCEDENCIA del presente recurso y en consecuencia se CASE Y ANULE la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 19 de octubre de 2010, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada. En dicho acto la Excm. Sra. Magistrada Ponente Sra. D^a Rosa María Viroles Piñol señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Los hechos sometidos a enjuiciamiento en las presentes actuaciones consisten, básicamente, en los dos siguientes: a) el trabajador accionante prestó servicios para la demandada hasta el 31/03/09, fecha en la que su contrato fue extinguido -junto con los restantes 18 trabajadores de la empresa-, a virtud de Resolución recaída en el ERE NUM000 , de la Comunidad Valenciana, tras acuerdo con los representantes de los trabajadores; b) en 08/01/09 el acto presentó papeleta de conciliación instando la extinción -indemnizada- de su contrato, por impago de salarios.

2.- La pretensión fue rechazada por el Juzgado de lo Social nº 16 de los de Valencia en sentencia de 26/05/2009 [autos 222/09] y esta decisión fue confirmada por la STS Comunidad Valenciana 04/12/2009 [rec. 2615/09], con el argumento de que la la extinción del contrato ex art. 50 ET posee eficacia «ex nunc» y requiere la subsistencia de la relación laboral.

3.- Se formula recurso de casación por la representación del trabajador, aduciendo la infracción del art. 50.1 ET y señalando como contraste la STSJ Galicia 06/06/08 [rec. 683/08], en la que -revocando la sentencia que en 14/12/2007 había dictado el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Lugo - se accede a la extinción contractual solicitada en fecha no concretada de finales de 2006 [también por impago de salarios], pese a que la empresa se hallaba en procedimiento de concurso desde Diciembre/04 y a que por Auto de 07/09/07 ya se había autorizado la extinción colectiva de los contratos de trabajo de todos los trabajadores de la plantilla.

4.- Las precedentes referencias ponen de manifiesto -sin lugar a dudas- que nos encontramos ante pronunciamientos de signo opuesto recaídos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales; con lo que se cumple la exigencia impuesta por el art. 217 LPL para la admisibilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina (recientes, SSTS 07/07/10 -rcud 3871/09 -; 07/07/10 -rcud 4315/08 -; 14/07/10 -rcud 3531/09 -; 20/07/10 -rcud 2121/09 -; y 20/07/10 -rcud 3715/09 -). La única diferencia -extinción acordada a virtud de ERE en la recurrida y en el marco de concurso de acreedores en la referencial- carece de la menor trascendencia a los efectos de que tratamos, porque en ambos casos el contrato estaba ya extinguido a la fecha en que la sentencia de instancia se dicta.

SEGUNDO.- 1.- Como se deduce de las precedentes referencias fácticas, la cuestión litigiosa se reduce a la posibilidad de declarar judicialmente la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador, por incumplimiento empresarial de sus obligaciones contractuales, si la relación ya había fenecido por decisión empresarial adoptada a virtud de autorización administrativa concedida en el marco de un ERE. Cuestión a la que ha de darse una respuesta negativa, tal como en su día decidieron la sentencia de instancia y la recurrida, siendo así que es consolidada doctrina de la Sala que el éxito de la acción basada en el art. 50 ET exige que el contrato esté vivo en el momento de dictarse la sentencia, porque la sentencia tiene en estos supuestos carácter constitutivo y -de prosperar la acción- declara extinguido el contrato en la misma fecha en la que se dicta (en recursos por infracción de ley, SSTS de 14/02/83 Ar. 587, para supuesto de disolución de la empresa ; 23/06/83 Ar. 3041, para cese voluntario del trabajador ; 12/12/84 Ar. 6367, respecto de despido con impugnación judicial desistida ; 28/02/85 Ar. 717, para despido consentido ; 02/04/85 Ar. 1844, para dimisión ;



18/11/85 Ar. 5801, para despido tácito ; 02/07/85 Ar. 3664, para previa extinción por ERE; 04/02/86 Ar. 703, para despido previo; 22/10/86 Ar. 5878, para abandono del trabajador; 26/11/86 Ar. 6516, para abandono del trabajador; 19/05/88 Ar. 4261, para despido; 12/07/89 Ar. 5461, para dimisión del trabajador; 18/07/90 Ar. 6425, para dimisión del trabajador; 18/09/89 Ar. 6455, para despido; 29/12/89 Ar. 9100, para despido; 11/04/90 Ar. 3463, para extinción previa por inactividad. Y ya en unificación de doctrina, SSTS 22/05/00 -rcud 2180/99 -, para despido posterior a la demanda rescisoria y no combatido judicialmente enerva la acción extintiva reclamada. También ATS 11/03/98 -rcud 2517/97 - Ar. 2561 LBM, apreciando falta de contenido casacional).

2.- El mismo criterio mantiene de forma inequívoca en nuestra posterior sentencia de 05/04/01 [-rcud 2194/00 -], al afirmar que el ejercicio de la acción por impago de salarios es posible aunque se haya iniciado un ERE por crisis económica, dado que «el ejercicio por parte del empresario ante la Administración de la facultad que le confiere el art. 51 del ET , mientras el expediente se encuentre pendiente de decisión, no 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»; y 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, a la vista de las alegaciones y pruebas de ambas partes, en tanto en cuanto es preciso distinguir entre el derecho de acceso al proceso ... y la acomodación o no a derecho de sus pretensiones, fundamentalmente si se parte de la inhabitual situación que se ha producido al solicitar una extinción por la vía del art. 50 del ET cuando existe una previa solicitud que persigue igual finalidad con amparo en el art. 51 del propio Estatuto ». Y aunque con esta última afirmación se apunte a una cuestión no debatida en el presente proceso [la posible inconveniencia de facilitar reclamaciones que se puedan calificar de insolidarias], lo cierto es que el texto literalmente reproducido -en cursiva, por nuestra parte- no ofrece duda alguna respecto de que reitera la exigencia que la relación laboral esté vigente para que la sentencia pueda declarar -con carácter constitutivo y ex nunc- la extinción del contrato de trabajo a instancia del operario. Mal se puede declarar que un contrato se extingue desde la fecha de la sentencia y con derecho a determinada indemnización [45 días por año de servicio], si el mismo ya había fenecido anteriormente por mor de una legítima decisión administrativa y con otra indemnización [20 días por año de servicio]; por definición, sólo cabe «extinguir» lo que esté «vivo».

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de recurrida y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada. Sin imposición de costas [art. 233.1 LPL].

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Jose Ramón y confirmamos la sentencia dictada por EL Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 04/12/2009 [recurso de Suplicación nº 2615/09], que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 26/05/2009 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 16 de los de Valencia [autos 222/09], absolviendo a la empresa «TARNSPORTES, MUDANZAS Y MUEBLES LOS OCHANDO SL», en reclamación de extinción del contrato a instancia del trabajador.

Sin imposición de costas..

Devuélvase las actuaciones a la Sala de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

Voto particular

que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa María Viroles Piñol, en la sentencia STS. de fecha 26 de octubre de 2010 dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de doctrina núm. **471/2010**.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 3361/2009.



El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo de la misma, con carácter general, al considerar que apreciando con carácter previo la existencia de contradicción debió estimarse el recurso, por los razonamientos que a continuación se expondrán.

SEGUNDO.- 1.- Se formula recurso de casación para la unificación de doctrina, contra la sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de diciembre de 2009 -rec. 2615/09 -, que desestima el recurso de suplicación formulado por el demandante frente a la decisión que declaró no haber lugar a la resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. El actor ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada "Transportes, Mudanzas y Muebles Los Ochando S.A.", con categoría de conductor, siendo el 31-3-2009 extinguido el contrato en virtud de autorización administrativa (ERE NUM000) que afectó a toda la plantilla de 19 trabajadores. Consta acreditado que en fecha 8-1-09 el trabajador presentó papeleta de conciliación en solicitud de extinción del contrato, celebrándose el acto de conciliación el 11- 2-09, y el siguiente 13-2-09 presenta la demanda origen de las presentes actuaciones. La Sala de suplicación -como queda dicho- confirma la sentencia de instancia, rechazando la extinción del contrato de trabajo ex art. 50 ET , razonando básicamente que el éxito de dicha acción se subordina a que ésta esté viva.

2.- Disconforme el demandante con la sentencia dictada por la Sala de suplicación, se alza ahora en casación para la unificación de doctrina, designando como sentencia de contraste la dictada por la Sala Social del TSJ de Galicia de 6 de junio de 2008 (rec. 683/2008), seleccionada en el propio escrito de formalización del recurso. En el supuesto decidido en al referida sentencia de contraste, sin hechos relevantes para la decisión los siguientes: la actora ha venido prestando servicios por cuenta de la demandada -Conservas Burela S.A.- con la categoría profesional de Titulado Superior. La demandante presentó papeleta de conciliación sobre resolución de contrato de trabajo el día 1 de diciembre y sobre despido el 12 de diciembre de 2006, celebrándose los preceptivos actos de conciliación, los días 29 de diciembre y 5 de enero respectivamente. A la fecha de la conciliación previa la demandada no había abonado los salarios de los meses de septiembre a noviembre de 2006. El 7 de diciembre de 2006 la actora se encontró las instalaciones de la demandada cerradas. Desde diciembre de 2004 se tramita en el Juzgado de lo Mercantil correspondiente, procedimiento de concurso de la demandada, y en fecha 2 de enero de 2007 se presenta por la empresa solicitud de extinción colectiva de los contratos de trabajo de los trabajadores, incluida la actora. Por Auto de 7 de septiembre de 2007 se autoriza la extinción colectiva de las relaciones laborales de la totalidad de la plantilla. La sentencia de instancia desestimó las demandas acumuladas por extinción y resolución del contrato de trabajo; solución que no comparte la Sala de suplicación, que razona al respecto, que de una lectura coordinada de los arts. 51.1 y 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio , avala solución diversa atendidas las concretas circunstancias del caso, puesto que acreditado el incumplimiento empresarial e interpuestas las demandas (el 8 de enero de 2007) antes de haber sido autorizada por el Juzgado de lo Mercantil la extinción colectiva de las relaciones laborales de la totalidad de la plantilla de la empresa (7 de septiembre de 2007) resulta de aplicación la doctrina contenida en la STS. de 5 de abril de 2001 -rec. 2194/2000 - a propósito de la interposición de acción individual de extinción de la relación laboral, cuando ya se ha iniciado el ERE, no concluido.

3.- Coincidiendo con el voto mayoritario, una atenta lectura de las sentencias comparadas en el recurso, evidencia la triple identidad legal ex art. 217 LPL que permite la viabilidad del presente recurso. En ambas sentencias se autoriza la extinción colectiva de los contratos de trabajo con posterioridad a la presentación de las demandas por resolución de contrato de trabajo ex art. 50 ET , y en ambos casos, la sentencia de instancia es posterior a la fecha de extinción colectiva. Por otro lado, la secuencia cronológica de los hechos es similar, pues en los dos supuestos se presenta papeleta de conciliación con anterioridad a la resolución colectiva de los contratos de trabajo. No se desconoce que en la sentencia de contraste se contempla la extinción colectiva autorizada en sede de procedimiento concursal por la vía del art. 64 de la Ley 22/2003 , y en la sentencia recurrida, se ha efectuado en sede de procedimiento administrativo ex art.51 ET , lo cual carece de relevancia a los efectos que nos ocupan, máxime cuando la propia sentencia referencial sustenta su decisión en doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo recaída en un supuesto en el que la acción de resolución contractual con indemnización (art. 50 ET) entablada cuando se hallaba pendiente de decisión por la Autoridad Laboral el ERE instado por la empresa. Ninguna duda cabe pues, que concurre el requisito de contradicción a que se refiere el art. 217 LPL .

TERCERO.- Sentado lo anterior, mi discrepancia se refiere al fondo del asunto. El recurrente formula un único motivo de recurso, en el que denuncia la infracción del art. 50.1.b) y c) del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el art. 4.2 .f) del mismo texto legal.



Considero, dicho sea con los debidos respetos, que la solución dada por el voto mayoritario, choca frontalmente contra la doctrina unificada de esta Sala del Tribunal Supremo, que se altera sin motivación alguna al respecto, por cuanto a continuación se expone.

Cabe recordar que el objeto del presente recurso de casación unificadora, consiste en esclarecer si la pendencia de un ERE, planteado por la empresa al amparo del art. 51 del ET para extinguir las relaciones laborales con el personal a su servicio a causa de crisis económica, impide el planteamiento -o al menos la decisión- de demandas formuladas por parte de uno, (o varios trabajadores), en las que éstos pretendan que se declare la extinción de sus respectivos contratos, mediante la oportuna indemnización, por entender que la empleadora ha incurrido en alguno de los incumplimientos que contempla el art. 50.1 del propio Estatuto, teniendo en cuenta que el aludido ERE, se resolvió después de presentarse por el trabajador la demanda, y antes de que se celebrara el acto de juicio.

Como señala esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia de 5 de abril de 2001 (rec. 2194/2000):

"Para dar adecuada respuesta a la cuestión que se nos plantea, ha de ponerse de manifiesto, ya desde ahora, que ningún precepto legal en nuestro Ordenamiento jurídico se pronuncia de manera expresa en el sentido en el que se orienta la Sentencia recurrida, esto es, en el de prohibir el ejercicio de la acción que a los trabajadores confiere el art. 50 del ET encaminada a obtener la resolución del contrato, con base en los incumplimientos graves por parte del empresario que en dicho precepto se contemplan, por el hecho de que, previamente a la interposición de la demanda, haya solicitado el patrono, a través del correspondiente ERE, la extinción de los contratos al amparo de lo previsto en el art. 51 del propio Estatuto. Dicho en otras palabras: **el ejercicio por parte del empresario ante la Administración de la facultad que le confiere el art. 51 del ET, mientras el expediente se encuentre pendiente de decisión, no 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** (como en el presente caso, en que la empresa se apoyaba en una crisis económica que decía impedirle satisfacer los salarios, y los trabajadores aducían precisamente este impago salarial como apoyo de su pretensión), 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.

Siendo ello así, **habrá que indagar ahora si, a falta de precepto legal expreso y claro en el sentido antes apuntado, es posible deducir, por vía de interpretación, que haya sido voluntad del legislador establecer el mencionado óbice para impedir el pronunciamiento de fondo sobre la demanda de los trabajadores mientras se encuentre pendiente de decisión el ERE instado por el empresario.**

(...) **Esta Sala, aun sin haber tratado hasta ahora de forma directa la cuestión que aquí nos ocupa, si ha tenido ocasión de ocuparse de temas que se relacionan con ella de manera tangencial**, pudiendo hacerse referencia a las Sentencias de 12 de Mayo de 1988 y 22 de Diciembre de 1988.

(...) Como se ve, en ninguno de estos dos casos la existencia del ERE supuso óbice de ningún género para la decisión del fondo de la acción entablada por los trabajadores al amparo del art. 50 del ET, acción que en el primer supuesto se estimó y en el segundo se desestimó. **No hay, por consiguiente, motivo alguno para pensar que la doctrina de esta Sala se haya orientado en ningún momento en el sentido que preconiza la Sentencia recurrida, antes al contrario, lo ha hecho -por más que haya sido tácitamente- en la dirección opuesta.**

(...) **En cambio, en pro de la tesis contraria a la que sustenta la resolución que aquí se combate existen preceptos legales expresos, tales como el citado art. 50 del ET, que confiere a éstos, sin ninguna limitación, la acción resolutoria contractual, cuyo ejercicio -así como el de cualquier otra acción individual derivada del contrato- constituye un derecho laboral básico** a tenor del art. 4.2 g) del mismo Texto estatutario, precepto éste último que supone el reflejo en un aspecto particular y concreto del derecho fundamental al libre acceso a los Tribunales y a la tutela judicial efectiva que consagra de manera general el art. 24.1 de nuestra Ley Fundamental".

Concluye dicha sentencia señalando 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, ó ya para desestimarla, a la vista de las alegaciones y pruebas de ambas partes, en tanto en cuanto es preciso distinguir entre el derecho de acceso al proceso -que aquí se reconoce a los actores- y la acomodación o no a derecho de sus pretensiones, fundamentalmente si se parte de la inhabitual situación que se ha producido al solicitar una extinción por la vía del art. 50 del ET cuando existe una previa solicitud que persigue igual finalidad con amparo en el art. 51 del propio Estatuto .".



Igualmente, y respecto al incumplimiento denunciado por el trabajador, es reiterada la doctrina que tiene su punto de partida en la STS de 24 de marzo de 1992 (rec. 413/1991) al concluir "que es indiferente dentro del art. 50 , que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación empresarial"; y se sigue en resoluciones posteriores, entre otras, la de 22 de diciembre de 2008 (rec. 294/2008) y la de 16 de enero de 2009 (251/2008).

El voto mayoritario, apunta a "la posible inconveniencia de facilitar reclamaciones que se pueden calificar de insolidarias" para reiterar la exigencia de que la relación laboral esté vigente para que la sentencia pueda declarar la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador. Esta interpretación sesgada comportaría dejar en determinados casos en manos de la empresa la oportunidad del ejercicio de un derecho y acción legítimos por parte del trabajador.

TERCERO.- Considero que la referida doctrina era la aplicable al supuesto enjuiciado, y ello determinaba que de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, hubiera de estimarse que la doctrina correcta en la materia aquí examinada era la contenida en la Sentencia de contraste, de la que la recurrida se ha apartado, quebrantándola, por lo que, la solución -según mi criterio- es, que procede casar ésta última (art. 226.2 de la LPL), y resolver el debate planteado en suplicación. Y a este respecto, como quiera que la cuestión suscitada en la demanda quedó irresoluta, al no entrarse en el fondo de la pretensión actora, procedía estimar el recurso de suplicación en el sentido de acordar de oficio devolver las actuaciones al Juzgado de procedencia para que dicte nueva Sentencia, pronunciándose sobre el fondo de lo solicitado en la demanda.

Madrid, a tres de noviembre de 2010.

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