



Roj: **STS 6207/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:6207**

Id Cendoj: **28079140012012100679**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2012**

Nº de Recurso: **1601/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **AURELIO DESDENTADO BONETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Julio de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Mercantil NIZTEL COMUNICACIONES, S.L., representada y defendida por el Letrado Sr. Menaya Nieto Aliseda, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 17 de marzo de 2011, en el recurso de suplicación nº 46/2011, interpuesto frente a la sentencia dictada el 16 de junio de 2010 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Badajoz, en los autos nº 224/10, seguidos a instancia de D. Iván contra dicha recurrente, sobre resolución de contrato.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido D. Iván, representado y defendido por el Letrado Sr. Montero Carbonero.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Aurelio Desdentado Bonete**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El 17 de marzo de 2011 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dictó sentencia, en virtud de los recursos de suplicación interpuestos contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Badajoz, en los autos nº 224/10, seguidos a instancia de D. Iván contra dicha recurrente, sobre resolución de contrato. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura es del tenor literal siguiente: "Con desestimación de los recursos de suplicación interpuestos por D. Iván y NIZTEL TELECOMUNICACIONES, S.L. contra la sentencia dictada el 16 de junio de 2010 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Badajoz, en autos seguidos a instancia del primer recurrente frente al segundo, confirmamos la sentencia recurrida. Se condena a la empresa recurrente a la pérdida del depósito y de la consignación que efectuó para recurrir, así como a las costas de su recurso, en las que se incluirán los honorarios del Letrado de la impugnación en cuantía de 400 euros".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 16 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Badajoz, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- D. Iván prestó servicios para NIZTEL TELECOMUNICACIONES S.L. desde el 24/10/2005, percibiendo una retribución diaria de 41.50 euros diarios euros (f. 128). --- 2º.- El trabajador abandonó voluntariamente su puesto de trabajo el día 16/3/2010 (f. 96, 206, 209 a 213 e interrogatorio del actor). ---3º.- En fecha 28 de octubre de 2009 el trabajador certifica que ha recibido de la empresa demandada las siguientes cantidades: 1.002,31 euros, en concepto de nómina del mes de julio de 2009, habiéndose abonado en tres pagos parciales de fecha 7,20 y 21 de agosto; 1.148,34 euros, en concepto de nómina del mes de agosto, habiéndose abonado en dos pagos parciales de fecha 3 y 15 septiembre y 8 de octubre; 600 euros, en concepto de nómina de septiembre de 2009, abonándose en fecha 23 de octubre (f. 45). En fecha 7 de enero de 2010, el trabajador recibe de la empresa demandada los siguientes abonos: 995,96 euros, en concepto de nómina del mes de septiembre, habiéndose abonado en tres pagos parciales de fecha 23 de octubre (600 euros), 5 de noviembre (300 euros) y 10 de noviembre (95, 96 euros); 1.050; 55 euros, en concepto de nómina del mes de octubre, habiéndose abonado en tres pagos parciales de



13 de noviembre (300 euros), 1 de diciembre (400 euros), y 9 de diciembre (350,55 euros); importe de 1.075, 21 euros, en concepto de nómina de noviembre, abonándose con fecha 19 de diciembre. En fecha 25/2/2010 percibe un total de 1.082, 06 euros, en fecha 11/3/2010 un importe de 200 euros, en fecha 26/3/2010 un total de 653, 24 euros, en fecha 12/4/2010 un importe de 400 euros y en fecha 14/4/2010 un total de 633, 24 euros (f. 95). La nómina correspondiente al mes de diciembre de 2009 fue abonada por transferencia bancaria en fecha 22/2/2010 (f. 204 y 133). ---4º.- El trabajador percibió un incentivo mensual de 50 euros durante el periodo abril de 2008 (f. 109) a junio de 2009 (f. 123). ---5º.- La empresa demandada presenta las siguientes importes netos de cifras de negocios:

Ejercicio económico 2007: 1.098. 614,20 euros (f. 232).

Ejercicio económico 2008: 1080. 599, 84 euros (f. 243).

Ejercicio económico 2009: 387.667,60 (f. 226).

---6º.- La empresa demandada presenta los siguientes resultados en la cuenta de pérdidas y ganancias:

Año 2008: 651,73 euros (f. 244).

Año 2009: -118.058, 72 euros (f. 226).

---7º.- En fecha 16/3/2010 el demandante presta sus servicios laborales para la Universidad de Extremadura (f. 17 y 79). ---8º.- El trabajador no ostenta o ha ostentado el año anterior, la condición de miembro del comité de empresa o delegado sindical. --- 9º.- En fecha 17/2/2010 interesó la parte demandante la celebración del preceptivo acto de conciliación ante la UMAC, que se celebró el día 8/3/2010 con el resultado por intentado sin avenencia. La parte actora comunica a la empresa que si en el plazo de ocho días naturales contados a partir de este acto no le son abonados los salarios atrasados, procederá a no asistir a su puesto de trabajo, a aceptar cualquier otra oferta de trabajo para su subsistencia económica y familiar, manteniendo la demanda y el derecho a la rescisión indemnizatoria. La parte demandada, contestando, dice que en el caso de que dichos hechos se produzcan, podrá ser considerado baja voluntaria o causa de despido quedando la empresa liberada para tomar la decisión que corresponda incluida la reclamación de daños y perjuicios que se ocasionen como consecuencia del abandono del puesto de trabajo por parte del trabajador al entender que esta demanda no es otra cosa que una excusa para obtener un beneficio ilícito al que no tiene derecho, teniendo y prefija si (sic) intención de abandonar la empresa y que las cantidades que se adeudan no son causa de extinción del contrato de trabajo solicitado (f. 96 y 206)".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Iván contra "NIZTEL TELECOMUNICACIONES, S.L.", declaro, en su virtud, extinguido el contrato de trabajo litigioso, condenando a la entidad demandada a que abone a la actora una indemnización de 8.870,62 euros".

TERCERO.- El Letrado Sr. Menaya Nieto Aliseda, en representación de la Mercantil NIZTEL COMUNICACIONES, S.L., mediante escrito de 16 de mayo de 2011, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 5 de octubre de 2001 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 50 del ET .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 17 de mayo 2011 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 19 de junio actual. Por providencia de esa misma fecha se acordó que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate en Sala General, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el día de hoy, trasladando el mismo para el día 18 de julio de 2012, para cuya fecha se convocará a todos los Magistrados de esta Sala. En la mencionada fecha tuvo lugar el nuevo señalamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el acto de conciliación que tuvo lugar el 8 de marzo de 2010 el trabajador comunicó a la empresa que si en el plazo de ocho días naturales contados a partir de este acto no le eran abonados los salarios atrasados, procedería a no asistir a su puesto de trabajo, a aceptar cualquier otra oferta de trabajo para su subsistencia económica y familiar, manteniendo la demanda y el derecho a la rescisión indemnizatoria.



La empresa advirtió en ese mismo acto que consideraría esa conducta como una baja voluntaria y cuando efectivamente el actor dejó de prestar servicios el 16 de marzo la demandada le comunicó la baja, que se recibió el 5 de abril. En el hecho probado figuran los retrasos en los abonos del salario y los incumplimientos en esta materia se resumen en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida, en el que se indica que "a partir del salario del mes julio de 2009, se vino incurriendo por la demandada en retrasos en el pago. Así, ese mes se le abonó en tres plazos durante el mes siguiente; el de agosto se le abonó en dos plazos en septiembre; el de este mes, se le abonó en tres plazos, uno en octubre y dos en noviembre; el de octubre, en otros tres, uno en noviembre y dos en diciembre; el de noviembre se le abonó el 19 de diciembre; el de ese mes, se le abonó el 25 de febrero y, no constando con precisión a qué meses correspondían, ya en el 2010, el 11 de marzo se abonaron 200 euros, el 26 de ese mismo mes 653, el 12 de abril 400 y el 14 de ese mes, 633". De ahí que, según la sentencia recurrida, resulta que "cuando el demandante dejó de trabajar el día 16 de marzo de 2010, se le adeudaban unos 1800 euros, que se saldaron casi en su totalidad en los pagos que se le hicieron el 26 de marzo y el 12 y el 14 de abril". La sentencia de instancia estimó la demanda y declaró extinguido el contrato, condenando a la empresa al abono de la correspondiente indemnización; pronunciamiento que confirma la sentencia recurrida, razonando, por una parte, que dada la situación de incumplimiento de la empresa estaba justificado que el actor dejase de prestar servicios en la misma antes de que se dictase la sentencia acordando la extinción del contrato valorando dos circunstancias: 1ª) que el pago, tras la conciliación de la totalidad de lo adeudado "en poco más de un mes", muestra que ese pago pudo hacerse antes y 2ª) que el actor tenía una oferta de otro trabajo que debía aprovechar. Por otra parte, considera la sentencia recurrida que las irregularidades en el pago de salarios unidas a otras circunstancias justifican la resolución del contrato.

SEGUNDO.- En el recurso de la empresa se plantean, con la denuncia de la infracción del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, dos puntos de contradicción: uno para sostener que, al haberse producido el cese en la prestación de servicios antes de dictarse la sentencia de instancia, no podía declararse la extinción del contrato de trabajo y otro para combatir la existencia de causa de resolución por falta de gravedad de los incumplimientos. Se aporta, sin embargo, una única sentencia como contradictoria, que es la de la Sala de lo Social de Asturias de 5 de octubre de 2001. En ella se resuelve un caso en el que consta que la empresa "adeuda a D. Carlos Daniel los salarios correspondientes a los meses de mayo junio y julio de 2000, habiéndose retrasado en el pago de los salarios de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1997; enero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 1998; enero, febrero, marzo, abril, mayo, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1999; febrero, marzo y abril de 2000". También se acredita que el 20 de julio de 2000 el actor había dejado de comparecer en el trabajo. La sentencia de contraste confirma la desestimación de la demanda por resolución del contrato, argumentando que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que cita, para que pueda prosperar la acción extintiva ejercitada por el trabajador debe estar viva y vigente la relación laboral, salvo supuestos excepcionales que atentan gravemente a la dignidad del trabajador o su integridad física, situándole en una posición insoportable, supuestos que a juicio, de la resolución de contraste, no concurren en el caso examinado en el que solo se acreditan los incumplimientos mencionados.

Tanto la parte recurrida, como el Ministerio Fiscal niegan la existencia de contradicción y esta Sala en su providencia de 13 de octubre de 2011 también apreció la posible falta de contradicción, a partir de dos circunstancias -el pago de las cantidades adeudadas un mes después del acto de conciliación y la incorporación del actor a un nuevo trabajo- no concurrentes en el supuesto decidido por la sentencia de contraste. Pero por providencia de 27 de enero de 2012 se admitió el recurso por considerar la Sala irrelevantes esas diferencias en orden al único problema que se debate en el recurso que es el relativo a la necesidad de la vigencia del vínculo en el momento de dictarse la sentencia. Es obvio que el que la empresa pagara lo adeudado poco después del acto de conciliación fallido en nada afecta a aquella exigencia y ello aunque se sostenga, como hace la sentencia recurrida, que la empresa pudo haber realizado ese pago antes, pues la apreciación de ese elemento de culpabilidad -en el supuesto de que tal apreciación fuese correcta- no repercute sobre la situación intolerable del trabajador que, según la sentencia de contraste, debería existir para la dispensa del mantenimiento del vínculo hasta que se dicte la sentencia que resuelva sobre la acción resolutoria. Lo mismo hay que decir de la oferta de un trabajo que tampoco incide en esa situación, aunque pueda explicar la decisión del trabajador de no esperar a que se resuelva el vínculo por sentencia. El Ministerio Fiscal y la parte recurrida destacan también la distinta conducta de los trabajadores a la hora del cese: hay una advertencia con preaviso en el caso de la sentencia recurrida; preaviso que no se produce en la sentencia de contraste, pero, aunque esa actuación pudiera ser relevante a otros efectos, no lo es en orden a establecer que el contrato tiene que estar vigente cuando se dicta la sentencia que decide sobre la resolución.

Dicho esto, es claro que no hay contradicción entre las sentencias comparadas en lo que se refiere a la existencia de la causa de resolución invocada, porque la sentencia de contraste no decide sobre esta cuestión, pues se limita a excluir el pronunciamiento de fondo sobre la existencia de un incumplimiento empresarial que



podiera justificar la resolución por considerar que el vínculo ya se había extinguido al haber abandonado el trabajador su trabajo. Pero sí hay contradicción en la otra cuestión debatida, pues en los dos supuestos se ejercita una acción por resolución del contrato y el trabajador cesa por decisión propia antes de dictarse la sentencia y mientras que la sentencia recurrida considera que ello no excluye la resolución del contrato en los términos del art. 50 del ET, la sentencia de contraste llega a conclusión contraria. La conducta de los demandantes a la hora de instrumentar el cese no presenta, como ya se ha anticipado diferencias relevantes. En la sentencia recurrida se advierte sobre el cese en la conciliación, pero en la sentencia de contraste consta que, si bien el trabajador dejó de asistir al trabajo a partir del 20 de julio de 2000, el acto de conciliación tuvo lugar el 28 siguiente, con lo que se concluye que la papeleta de conciliación tuvo que ser presentada con anterioridad y que la empresa tenía conocimiento de la misma en el momento en se produjo el cese.

TERCERO.- Debe, por tanto, examinarse la infracción que se denuncia en el punto en que se aprecia la contradicción y que el recurso fundamenta, señalando que la relación debe mantenerse viva y vigente en el momento de celebrarse el juicio y dictarse la sentencia. Con esta argumentación el motivo enlaza con la doctrina de la Sala que ha venido sosteniendo que, según la síntesis que realiza nuestra sentencia de 8 de noviembre de 2000, con cita de las sentencias de 22 de octubre de y 26 de noviembre de 1986, 18 de julio de 1989, 18 de julio de 1990 y 23 de abril de 1996, no cabe que el trabajador "resuelva extrajudicialmente el contrato de trabajo, sino que lo procedente es que solicite la rescisión del contrato laboral, sin abandonar la actividad laboral que desempeña en la empresa, dado que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme, que estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes de hacerse este pronunciamiento, salvo (...) que "la continuidad laboral atente a la dignidad, a la integridad personal o, en general, a aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el solo hecho de su nacimiento".

La cuestión planteada resulta, sin embargo, más compleja. Es cierto que el art. 50.1 del ET, al regular la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador por incumplimiento del empresario, comienza refiriéndose a las causas en virtud de las cuales el trabajador puede *solicitar* la extinción del contrato, lo que en la letra de la ley puede llevar a la conclusión de que el contrato no puede ser extinguido por una declaración unilateral del trabajador. Ahora bien, el texto legal no resulta decisivo, porque el apartado j) del art. 49 del ET establece que el contrato se extingue "por voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario" y en el derecho histórico el art. 76. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo disponía que el contrato de trabajo *terminará* por voluntad del trabajador, estimándose justas causas para que el trabajador pueda *por su voluntad* dar por terminado el contrato las que el art. 78 de esa Ley enumera. Por otra parte, partiendo de que el art. 50 del ET cumple al igual que el art. 54 del mismo texto legal una función análoga al art. 1124 del Código Civil debe tenerse en cuenta que la doctrina de la Sala Primera de este Tribunal viene señalando que "la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo por la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva -claro está- de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada" (sentencia de la Sala Primera 8 de mayo de 2002, que cita las de 17 de febrero de 1996 y 23 de enero de 1999). Más recientemente la sentencia de la misma Sala de 13 de noviembre de 2009 recuerda que "la resolución se produce extrajudicialmente por acuerdo de las partes, pero si no hay acuerdo y tanto más si hay oposición, se precisa la declaración judicial (sentencia de 6 de octubre de 2000) de que está bien hecha (...) y los efectos de la resolución serían *ex tunc* (sentencias de 17 de junio de 1986 y 15 de julio de 2003) para lo cual hace falta el ejercicio de la acción, en demanda o en reconvenición (sentencias de 26 de diciembre de 2001 y 28 de junio de 2002).

La sentencia de la Sala de lo Civil de 19 de noviembre de 1984, resolviendo un caso que en la actualidad sería sin duda laboral, señaló que "no cabe desconocer la existencia de poderes que permiten al sujeto en una situación singular prevista en la norma legal o establecida por los contratantes en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial, *ocasionar por su exclusiva voluntad* un determinado efecto jurídico, sea constitutivo, modificativo o cancelatorio de la relación, poniendo término a la misma en este último caso; derechos o facultades que se actúan normalmente no por medio de una acción sino a través de una declaración de voluntad recepticia, como tal dirigida a la otra parte, que genera el efecto deseado una vez producida la notificación del destinatario, de suerte que la intervención de los organismos jurisdiccionales sólo es menester cuando el afectado discuta la eficacia de la declaración potestativa". La sentencia citada añade que en estos casos "la decisión pronunciada en vía judicial no causa la resolución sino que se limita a proclamar la procedencia de la ya operada", con lo que no será necesario que se ejercite una acción constitutiva con miras al futuro -es decir, con eficacia "ex nunc"-, ni que se dicte una sentencia de esta clase. La sentencia será declarativa o constitutiva, pero con una eficacia *ex tunc*".



CUARTO.- En el ámbito laboral la exigencia, salvo excepciones, de la declaración judicial ha operado en la práctica como un mecanismo de seguridad para evitar que en los casos en que el trabajador da por extinguido el contrato, instando el reconocimiento de la indemnización, y la sentencia no le fuese favorable, no se produzca la pérdida del empleo como consecuencia del "abandono" del puesto de trabajo. De ahí la exigencia de una resolución judicial que al mismo tiempo se acompaña de un régimen de excepciones. Pero la propia doctrina de la Sala ha señalado en ocasiones que ésta puede ser una solución demasiado rígida para la protección de los intereses del trabajador que el art. 50 del ET tutela. En este sentido tiene especial interés la sentencia de 3 de junio de 1988 . En ella se resuelve sobre un caso en el que en un pleito previo sobre la resolución del contrato la sentencia favorable a la resolución había sido recurrida por la empresa, dejando el trabajador de prestar servicios, por lo que fue despedido, pese a que la sentencia final en el proceso de resolución del contrato confirmó el fallo de instancia favorable al trabajador. El despido se deja sin efecto y la sentencia razona que "la falta de prestación de servicios durante la sustanciación del recurso contra la sentencia que, estimando la pretensión del trabajador, declarara la resolución indemnizada de su contrato de trabajo, sólo podría ser eventualmente ponderada en el supuesto de estimación del recurso, *correspondiendo a la esfera de decisión del trabajador la asunción de tal posible riesgo* ". Esta solución con determinadas correcciones se recoge hoy en el art. 303.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que reconoce al trabajador que ha obtenido sentencia favorable en un pleito de resolución del contrato la posibilidad de optar entre continuar prestando servicios o dejar de hacerlo con las consecuencias que el precepto establece. Pues bien, esta norma no es aplicable aquí tanto por razones de vigencia temporal, como por las diferencias en el supuesto de hecho; precepto que se completa con la previsión que contiene el art. 79.7 en materia de medidas cautelares. Todo ello confirma la necesidad de introducir una mayor flexibilidad en estos supuestos en la línea de nuestra sentencia de 3 de junio de 1988 , de forma que no se obligue al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, pueden implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales. De ahí que haya de concederse al trabajador la posibilidad en estos casos de optar entre ejercitar la acción resolutoria y continuar prestando servicios en cuyo caso se estará en el marco de la resolución judicial o dejar de prestar servicios al tiempo que se ejercita la acción, asumiendo en este caso el riesgo del resultado del proceso en los términos a que se ha hecho referencia. En este sentido y en virtud de lo razonado ha de revisarse la doctrina anterior de la Sala a que se ha hecho referencia.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, con las consecuencias que de ello se derivan en orden a la imposición de las costas y la pérdida del depósito constituido para recurrir. En cuanto a la consignación realizada, debe mantenerse en garantía del cumplimiento de la condena.

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 Mercantil NIZTEL COMUNICACIONES, S.L., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 17 de marzo de 2011, en el recurso de suplicación nº 46/2011 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 16 de junio de 2010 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Badajoz , en los autos nº 224/10, seguidos a instancia de D. Iván contra dicha recurrente, sobre resolución de contrato. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, manteniéndose la consignación realizada como garantía del cumplimiento de la condena. Condenamos a la empresa recurrente al abono de los honorarios del Letrado de la parte recurrida en la cuantía que, dentro de los límites legales, fijará la Sala si a ello hubiera lugar.

Devuélvase las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura , 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 el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agusti Julia, D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, D^a. Rosa María Viroles Piñol y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, en la sentencia de fecha 20 de julio de 2012 dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de doctrina núm. 1601/2011.** Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ , formulo

voto particular

a la sentencia dictada en el recurso 2191/2009, por discrepar -siempre con la mayor consideración y respeto- del criterio adoptado y argumentación utilizada por la mayoría de la Sala, cuando razona y resuelve -



fundamento jurídico tercero- que el trabajador puede, mediando las causas descritas en el art. 50.1 ET , poner fin indemnizado al contrato de trabajo por su exclusiva voluntad y sin necesidad de resolución judicial, asumiendo como contrapartida el correspondiente riesgo de que - finalmente- su decisión no tenga confirmación judicial. Discrepancia que pretendo justificar sobre la base de tres puntos: a) que la doctrina tradicional -y unánime- de la jurisprudencia es la que se ajusta a la literalidad normativa; b) que una interpretación diversa -como la adoptada en la sentencia de la que disiento- creo que supone una indebida trasposición de criterios civiles a un ordenamiento-el laboral- regido por principios diversos y que desproteje al trabajador de forma innecesaria; c) que los excesos a los que pudiera llevar la doctrina tradicional en algunos supuestos -como el de autos-, tendrían fácil remedio en la aplicación extensiva de los supuestos en los que -por excepción- la jurisprudencia ha venido entendiendo que el trabajador queda exento de su obligación de continuar prestando servicios; y d) que, en último término, la cuestión ya está legalmente resuelta -en forma diversa a la aceptada por la mayoría obtenida en el Pleno- por el art. 79.7 LRJS. **PRIMERO.-** 1.- Aunque sólo sea por claridad explicativa he de recordar que para la unánime -hasta la fecha- doctrina unificada de la Sala, que reproduce la precedentemente dictada en infracción de Ley [por ejemplo, SSTS 22/10/86 Ar. 5878 ; 26/11/86 Ar. 6516 ; 12/07/89 Ar. 5461 ; y 18/07/90 Ar. 6425], la facultad resolutoria que consagra el art. 50 ET [«Extinción por voluntad del trabajador»] únicamente puede llevarse a cabo mediante el ejercicio de una acción que a su vez exige inexorablemente que el contrato esté vivo, siendo así -se ha venido razonando hasta ahora- que la sentencia necesariamente a dictar ex art. 50 tiene carácter constitutivo y *ex nunc* , y que -de prosperar la acción- es la que declara extinguido el contrato en la misma fecha en la que se dicta (así, SSTS 08/11/00 -rcud 970/00 -; 22/05/00 -rcud 2180/99 -; 05/04/01 -rcud 2194/00 -; 26/10/10 -rcud 471/10 -; 13/04/11 -rcud 2149/10 -; y 11/07/11 -rcud 3334/10 -), afirmándose al efecto que «salvo casos excepcionales ... no cabe que éste resuelva extrajudicialmente el contrato de trabajo, sino que lo procedente es que el trabajador solicite la rescisión del contrato laboral, sin abandonar, la actividad laboral que desempeña en la empresa, dado que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme, que estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes de hacerse este pronunciamiento..., salvo ... que la continuidad laboral atente a la dignidad, a la integridad personal o, en general, a aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el solo hecho de su nacimiento» (SSTS 08/11/00 -rcud 970/00 -; 24/05/00 -rcud 2928/99 -; 11/03/98 -rcud 2517/97 -; y 23/04/96 -rcud 2762/95 -). Aunque las tres últimas sin la indicación concreta de los supuestos de excepción). Y abundando en la doctrina se argumenta que «[s]i la sentencia tiene un carácter meramente declarativo, como ocurre en el supuesto del despido, la relación quedaría extinguida desde el momento de la demanda - únicamente sería preciso que estuviese viva en el momento de ésta- y la prestación de servicios por el trabajador no sería un derecho, ni tampoco una obligación, de éste. Si, por el contrario, se atribuye a la sentencia un carácter constitutivo, la relación continuará subsistente mientras no adquiera firmeza y en este caso tendrá el trabajador el derecho, y también la obligación, de continuar ocupando su puesto de trabajo en tanto no se resuelva el recurso pendiente» (SSTS 24/05/00 -rcud 2928/99 -; y 23/04/96 -rcud 2762/95 -). 2.- Esta jurisprudencia se ajusta a la literalidad de la norma - art. 50.1 ET -, en la que se dispone con rotundidad que «[s]erán justas causas para que el trabajador pueda solicitar la extinción de su contrato...». La clara dicción legal no debe quedar empañada por la circunstancia de que previamente el art. 49.-1 de la misma disposición establezca que «[e]l contrato de trabajo se extinguirá ... j) Por *voluntad del trabajador* , fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario», siendo así que una y otra me parecen perfectamente compatibles, dado que bien puede entenderse que el primer precepto hace referencia a lo que es verdaderamente la «causa» de la extinción [la voluntad del trabajador] y que el segundo determina lo que en propiedad son meras «condiciones» [incumplimientos empresariales y solicitud en instancia judicial], que legitiman y articulan el ejercicio de la acción extintiva. Es más, esa indicación al instrumento de ejercicio del derecho entiendo que representa -una vez más- el expreso acogimiento de la doctrina jurisprudencial que con práctica unanimidad se había mantenido ya con el art. 78 de la LCT [Decreto 27/Enero/44], pese a que pudiera sostenerse lo contrario a la vista de sus expresos términos [«[s]e estimarán causas justas para que el trabajador pueda, *por su voluntad, dar por terminado* el contrato»], pero cuya aplicación literal bien pudiera perjudicar -entendieron los Tribunales Supremo y Central de Trabajo- los intereses de los trabajadores [me remito a los manuales entonces al uso]; doctrina que fue posteriormente acogida por el legislador en el art. 21.2 LRL -Ley 16/1976, de 8/Abril -, que ofrece una redacción -en lo que a la cuestión debatida se refiere- muy similar a la posterior del ET [«El trabajador *podrá solicita* r la resolución del contrato de trabajo, con derecho a indemnización...»]. **SEGUNDO.-** 1.- Frente a esta justificada y tan arraigada doctrina creo -con todo respeto- que no es argumentable la doctrina dictada en los últimos tiempos por la Sala Primera en aplicación del art. 1.124 CC : a).- Ciertamente es innegable que el art. 50 ET significa la trasposición laboral de la resolución por incumplimiento que aquel precepto civil dispone, pero ha de tenerse en cuenta que no sólo la redacción de ambas normas es diversa [frente al texto laboral arriba reproducido, el mandato civil establece que «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita... El perjudicado podrá escoger entre...»], sino que tampoco coinciden en la consecuencia resarcitoria de la resolución [la indemnización es automática y tasada en el contrato de trabajo; en tanto que en la previsión del Código



Civil, tal resarcimiento está subordinado al acreditamiento de daños y perjuicios], pero sobre todo la más sustancial diferencia se halla en una consecuencia conexas de extrema importancia, cual es la percepción de prestaciones por desempleo en el caso de la extinción del contrato de trabajo, y que -como veremos- queda muy comprometida con el criterio seguido en esta sentencia por la mayoría de la Sala. Aparte de que en el caso de ruptura unilateral del contrato no justificada, el trabajador pudiera incluso -al menos en teoría- ser condenado a indemnizar al empresario, por abandono o dimisión no preavisada [art. 49.1.d) ET]. b).- De otra parte, no me parece oportuno aplicar la jurisprudencia interpretativa [incluso la más moderna y progresista] de un Cuerpo legal del siglo XIX e inspirado en principios del derecho tradicional y -al decir de la doctrina- espíritu exageradamente individualista, a otro -como el laboral- cuya redacción se ha producido ya en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, ajeno por completo a ese individualismo que impregna el Código Civil. **TERCERO.**- 1.- Tal como adelanté más arriba, la tesis aprobada por la mayoría de la Sala considero que en manera alguna beneficia al trabajador, siendo así que la resolución «motu proprio» del contrato de trabajo: a) compromete acusadamente la percepción de prestaciones por desempleo; y b) resulta innecesaria, pues la tutela del más que probable interés del trabajador en no prestar servicios mientras persista el incumplimiento empresarial, siempre ha tenido la razonable solución de considerar los incumplimientos más graves como causa legitimadora de que dejen de prestarse servicios mientras persista la situación antijurídica empresarial, y en la actualidad encuentra claro remedio en la posible solicitud de medida cautelar suspensoria ex art. 79.7 LRJS. 2.- En efecto, el art. 208 LGSS considera situación legal de desempleo -1.1.e)- la resolución voluntaria del contrato en los supuestos del art. 50 ET , pero a la par precisa -2.1- que los trabajadores no se encontrarán en la citada situación legal «[c]uando cesen voluntariamente en el trabajo, salvo lo previsto en el apartado 1.1.e) de este artículo». Y dado que la sola palabra del trabajador no bastará -obviamente- para que la EG tenga por acreditada la situación legal del desempleo por concurrencia de legítima causa de extinción del contrato, cualquier solicitud de prestaciones que no vaya acompañada de resolución judicial extintiva del contrato por fuerza se verá rechazada con la invocación -por parte del Servicio Público de Empleo- de la voluntariedad del cese. Solicitud innecesaria si la relación laboral persiste y con mayor motivo si se continúan devengando salarios, pese a no prestarse servicios, si estamos ante supuestos en los que razonablemente el trabajador pueda obtener declaración judicial de estar justificada el cese en la actividad laboral, bien en la sentencia -constitutiva- de la resolución contractual [supuestos anteriores a la LRJS], bien en decisión sobre la medida cautelar solicitada al efecto en el procedimiento rescisorio [tras la entrada en vigor de la LRJS]. 3.- Es más, la propia existencia de la medida cautelar que se ha indicado y la redacción efectuada por el art. 79.3 LRJS [«En los procesos en que se ejercite acción de extinción ... con fundamento en el artículo 50 ... en los que se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o integridad..., una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas o posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación...»] muestran bien a las claras -me parece- que para el legislador la única vía que el trabajador tiene para ejercitar la facultad resolutoria es la judicial, sin resultar admisible que por su propia voluntad ponga término al contrato [como unánimemente hasta entonces había entendido la jurisprudencia]; y que incluso se descarta que pueda el empleado -por su exclusiva volición- suspender la prestación de servicios; suspensión ésta que a partir de la LRJS ha de ser acordada por el Magistrado en el marco del proceso resolutorio y vía medida cautelar. De esta forma - parece- se tutelan todos los intereses en juego y además se evitan decisiones individuales que finalmente pudieran resultar harto perjudiciales para los intereses de las partes y muy especialmente para el empleado, cuya medida -de no estar justificada- muy factiblemente fuese considerada abandono voluntario del trabajo, con lo que ello significa respecto de perder todo derecho a indemnización legal y a las prestaciones por desempleo. 3.- Coincido plenamente -como no podía ser menos- con la afirmación que hace la sentencia mayoritaria respecto de que es necesario introducir una mayor flexibilidad en la materia, de forma que «no se obligue al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, puedan implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales». La conveniencia de esta flexibilidad se hace evidente -dentro de los supuestos a los que sería razonable extender la posibilidad de suspender servicios- en los casos de impago de salarios, supuestos en los que no cabe negar al trabajador la posibilidad de allegar -para sí mismo y su familia- medios económicos en otro empleo, pues de lo contrario se consagraría una inaceptable suerte de servidumbre. Flexibilidad que finalmente ha sido acogida por el legislador, tal como evidencia la lectura del reproducido art. 79.3 LRJS, y que en todo es igualmente aplicable a los supuestos anteriores a la entrada en vigor de la referida Ley , pero no por la vía de medida cautelar [para tales casos inaplicable] ni la de facultar al trabajador para dar por concluido el contrato de trabajo, como se mantiene en la sentencia de la que discrepo, sino por la más lógica -a lo que entiendo- de autorizarle para que en tales supuestos suspenda la prestación de servicios, tal como tradicionalmente ha venido entendiendo la doctrina jurisprudencial de forma más restrictiva y -por lo dicho- deseablemente ampliable. Entenderlo de otra manera supondría un inicial -o aparente- beneficio que finalmente habría de tener un efecto perverso, por autorizar formalmente al trabajador a adoptar unas medidas que bien pudieran resultar precipitadas o injustificadas [la existencia de causa suficiente para resolver el contrato no es la más propicia para la objetivización, como patentizan los repertorios jurisprudenciales]



y que por ello bien podrían conducirle a unas consecuencias muy nocivas para sus intereses laborales y prestacionales. 4.- Como colofón entiendo, en aplicación del criterio que he expuesto, que si bien la sentencia recurrida habría de ser confirmada, en tanto ratificación de que se hubiese declarado resuelto el contrato de trabajo, pero no por la vía de entender que el trabajador estaba facultado para resolverlo por sí mismo y que la sentencia no tenía eficacia constitutiva, sino por considerar que el prolongado impago -o grave irregularidad en el abono- de salarios justificaba que el trabajador allegase medios económicos prestando servicios en otra empresa, persistiendo la relación laboral hasta que fue dictada la sentencia que con carácter constitutivo puso fin a la relación laboral. Madrid, a 20 de Julio de 2012

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete y el voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agusti Julia, D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, D^a. Rosa Maria Viroles Piñol y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEND