



Roj: **STS 6909/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6909**

Id Cendoj: **28079140012012100781**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2012**

Nº de Recurso: **4115/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO MARTIN VALVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 7363/2011,**  
**STS 6909/2012**

## **SENTENCIA**

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por CLINICA000 , C.B., Isidoro Y Vanesa , representados y defendidos por la Letrado Dña. Silvia Vázquez Senín, contra la sentencia dictada en recurso de suplicación, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 6 de octubre de 2011 (autos nº 8/2010 ), sobre RESOLUCION DE CONTRATO DE TRABAJO. Es parte recurrida DOÑA Antonieta .

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Martin Valverde,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ha dictado la sentencia impugnada en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 25 de febrero de 2011, por el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña , entre los litigantes indicados en el encabezamiento, sobre resolución de contrato de trabajo.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia, es el siguiente: "1º.- La parte demandante prestó servicios para la demandada con la antigüedad de 17 de septiembre de 1999, y el salario mensual de 1676,65 euros al mes (con prorrateo de pagas extraordinarias), y con la categoría de odontóloga. 2º.- A fecha de presentación de la papeleta de conciliación, es decir, el 13 de julio de 2010, no se habían abonado las siguientes mensualidades: - la nómina de mayo de 2010, que fue abonada el 22 de julio. - la nómina de junio de 2010, que fue abonada el 29 de julio. Con posterioridad y hasta la presentación de la demanda, el 9 de septiembre de 2010, se produjeron los siguientes retrasos: - La nómina de julio de 2010 fue abonada el 9 de agosto. - La nómina de agosto de 2010 fue abonada el 8 de septiembre. Y aún después: - La nómina de septiembre de 2010 fue abonada el 6 de octubre. - La nómina de octubre de 2010 el 10 de noviembre. - La nómina de noviembre de 2010, el 10 de diciembre. - La nómina de diciembre de 2010, el 10 de enero. - La nómina de enero de 2011, el 7 de febrero. Desde el inicio de su relación laboral la actora venía cobrando el importe de su nómina "en mano", hasta que mediante burofax de 15 de junio de 2010 interesó que se le abonará mediante ingreso en cuenta, reclamando asimismo en dicho burofax el abono por tal medio del salario correspondiente a mayo 2010. 3º.- La parte actora tuvo un hijo el 15 de enero de 2010, disfrutando desde tal momento del permiso por maternidad hasta el 6 de mayo de 2010. A continuación disfrutó de vacaciones desde el 7 de mayo de 2010 al 6 de junio de 2010. Posteriormente, permaneció en proceso de IT por enfermedad común del 7 de junio al 9 de junio de 2010. A continuación interesó el disfrute de licencia por lactancia, sin efectiva reincorporación hasta el 27 de junio de 2010. Asimismo, a instancia de la actora, desde el 3 de julio de 2010 la jornada de trabajo de la actora por guarda legal de hijo menor, se redujo a 33 horas semanales, pactando por escrito ambas partes



un horario de trabajo que alternaba prestación de servicios en los centros de trabajo de Coruña y Lorbé. En resumen, la actora no se reincorpora desde el nacimiento de su hijo hasta el 28 de junio de 2010, y desde tal fecha presta servicios hasta que el 6 de julio de 2010 inicia un proceso de IT que continua en la actualidad. 4°.- En cuanto al proceso de IT iniciado el 28 de junio de 2010, se emite informe el 20 de agosto de 2010, por el Dr. Teodosio de Atención Primaria del SERGAS, señalando que la causa de la misma es "trastorno adaptativo a situación estresante". Y que la actora "relata actividades por parte de sus empleados descritas en el inventario de actitudes hostiles". El mismo facultativo emite informe el 19 de enero de 2011, donde refiere "trastorno adaptativo con ansiedad debido al conflicto laboral", prescribiendo tratamiento con ansiolíticos. Asimismo se emite informe el 17 de agosto de 2010 por la psicóloga Sra. Isidora , de la clínica CPC, señalando que la actora "recibe tratamiento psicológico desde el mes de julio", que presenta un cuadro de ansiedad y estado de animo deprimido entre otros síntomas, y que todo ello, "según relata la paciente, aparece como consecuencia de una serie de problemas que ha tenido en su trabajo en el que parece haber sido víctima de mobbing".- 5°.- El día 2 de julio de 2010 la demandante suscribió una notificación en la que se le comunicaba que había llegado al puesto de trabajo con seis minutos de retraso, manifestando en la misma estar "no conforme" con dicha comunicación. Antes de su embarazo la actora ya alternaba la prestación de servicios en la clínica de la empresa demandada en A Coruña y en Lorbé. Tras haber tenido a su hijo, la actora fue en al menos una ocasión de visita a su centro de trabajo, encontrándose con la demandada D<sup>a</sup> Vanesa y manteniendo una actitud cordial ambas partes. También, estando de baja, acudió la actora a la clínica a hacerle una revisión a su madre y a otro familiar. 6°.- El día 27 de agosto de 2010 se celebró ante el SMAC el preceptivo acto de conciliación sin efecto".

El fallo de la sentencia de instancia es del siguiente tenor: "FALLO: Que DESESTIMO la acción sobre RESOLUCIÓN DE CONTRATO formulada por D<sup>a</sup>. Antonieta frente a la Clínica Dental Lorbe Comunidad de Bienes, D. Isidoro y D<sup>a</sup> Vanesa y, en consecuencia, absuelvo a los demandados en relación a la pretensión ejercitada en su contra".

**SEGUNDO.-** En el fundamento de derecho primero de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, hoy recurrida en unificación de doctrina, se accedió a la adición al hecho probado segundo lo siguiente: "La trabajadora a medio de notificación de fecha había reclamado a la empresa el abono de los salarios de ese mes". La parte dispositiva de la misma es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Estimamos el recurso de suplicación formulado por la letrada Dña. María Luisa Tato Fouz, en nombre y representación de Dña. Vanesa , contra la sentencia de fecha veinticinco de febrero de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de A Coruña , en el procedimiento número 808/10, seguido contra la CLINICA000 C.B. y D. Isidoro , declarando la extinción de la relación laboral que ligaba a las partes litigantes, condenando a los demandados, solidariamente, a que indemnicen a la demandante en la cuantía de 28.314'8 euros (s.e.u.o), desestimando las restantes peticiones".

**TERCERO** .- La parte recurrente considera contradictoria con la impugnada en el caso la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 8 de noviembre de 2000 . La parte dispositiva de dicha sentencia es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Carmen contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, de 13 de julio de 2000 , en autos seguidos a instancia de la recurrente frente a la empresa "Studios 1994, S.L.", confirmando la sentencia recurrida".

**CUARTO.-** El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de 29 de noviembre de 2011. En él se alega como motivo de casación al amparo del art. 221 de la Ley de Procedimiento Laboral , contradicción entre la sentencia reseñada en el antecedente de hecho anterior y la ahora impugnada en el caso. Alega también el recurrente infracción de los arts. 50 y 4.2.f) del Estatuto de los Trabajadores . Finalmente alega quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

El recurrente ha aportado la preceptiva certificación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que considera contradictoria a los efectos de este recurso.

**QUINTO** .- Por Diligencia de Ordenación de 12 de diciembre de 2011, se tuvo por personado e interpuesto en tiempo y forma el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Pasados los autos al Magistrado Ponente, se admitió a trámite el recurso. No habiéndose personado la parte recurrida, se trasladaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, que dictaminó en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**SEXTO** .- El día 19 de julio de 2012, previamente señalado al efecto, tuvieron lugar la votación y el fallo de la presente resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO** .- La cuestión de fondo que plantea el presente recurso de casación unificadora, sobre la que esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya ha fijado doctrina general en sentencias que se citarán luego, versa sobre la aplicación del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET) que regula la resolución indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, motivada por incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario. Más concretamente, se trata de determinar si los retrasos en el pago de salarios padecidos por la actora, odontóloga que presta servicios por cuenta de una clínica dental, tienen suficiente gravedad para justificar la extinción de su relación contractual laboral por esta causa.

Para el enjuiciamiento de asuntos como el presente es necesario tener en cuenta las circunstancias del caso que permiten valorar la gravedad de las conductas de incumplimiento empresarial tipificadas en el precepto. Estas conductas son dos: la "falta de pago" y los "retrasos continuados en el abono del salario pactado" [art. 50.1.b) ET]. En particular, pero no sólo, habrá que tener en cuenta las circunstancias temporales del impago o del retraso en el pago de los salarios debidos, factor que suele resultar determinante de la graduación del incumplimiento, y de la consiguiente calificación de la gravedad del mismo; estas circunstancias temporales se indican expresamente en el precepto citado, al adjetivar la falta o los retrasos en el pago como "continuados".

Otra consideración metodológica que conviene adoptar en la fundamentación de nuestra sentencia es que los impagos o retrasos en el pago a tener en cuenta en la resolución del litigio son, como es lógico, los existentes en el momento de la interposición de la demanda. Es este documento de iniciación del proceso de instancia el que contiene la pretensión rectora del mismo, y es en este momento por tanto cuando se fija el objeto de la litis. En nuestro caso, la demanda se presentó en el Juzgado de lo Social número 3 de La Coruña el 10 de septiembre de 2009. Ha de tenerse en cuenta además que, a raíz de la interposición de la demanda, la empresa ha abonado a la odontóloga demandante el importe de su remuneración en los primeros días (entre el 6 y el 10) de cada mensualidad (hecho probado 2º).

**SEGUNDO** .- Las circunstancias del caso, incluidas las temporales, que es preciso tener en cuenta para su resolución con arreglo a derecho son las siguientes: a) en el momento de la presentación de la papeleta de conciliación previa al proceso (13 de julio de 2010) la empresa adeudaba a la actora dos mensualidades, correspondientes a las nóminas de mayo y junio; b) la nómina de mayo fue pagada el 22 de julio y la de junio el 29 de julio; c) en el momento de la interposición de la demanda no había, por tanto, ninguna nómina pendiente de pago, aunque sí se había producido el referido retraso en el pago de la retribución de dos meses; d) en el propio momento de la interposición de la demanda, es decir el 10 de septiembre de 2010, se había pagado la nómina del mes anterior (agosto), pago que tuvo lugar en fecha 9 de septiembre.

Otras circunstancias del incumplimiento de la empresa de abono puntual del salario de la actora que también merecen ser valoradas a efectos de su calificación con arreglo al artículo 50 ET son las siguientes: e) la actora tuvo un hijo el 15 de enero de 2010 y desde entonces "hasta la actualidad" (es decir, hay que entender, hasta la fecha de la sentencia de instancia: 25 de febrero de 2011) (hecho probado 3º, al final) ha estado de baja médica (y presumiblemente ausente del centro de trabajo), por causas diversas (sucesivamente: descanso maternal, vacaciones, incapacidad temporal, licencia por lactancia, incapacidad temporal), con la excepción de los días laborables transcurridos desde el 28 de junio hasta el 6 de julio del propio año 2010; y f) figura en hechos probados que, hasta el 15 de junio de 2010 en que interesó se le abonara en cuenta, la actora había venido percibiendo su salario "en mano" sin que conste reclamación alguna de impago o de retraso anterior a tal fecha.

La sentencia de instancia ha desestimado la demanda, mientras que la sentencia de suplicación, con revocación de la misma, ha procedido a estimarla, condenando a la empresa y a los codemandados al pago de una cantidad de 28.314'8 euros.

Para el juicio de contradicción las recurrentes (CLINICA000 y personas codemandadas) han seleccionado una sentencia de suplicación de la propia Sala de lo Social de Galicia dictada el 8 de noviembre de 2000. Se trata también en el caso de retrasos en el pago de los salarios de una trabajadora, con categoría de "representante"; los retrasos afectan a los meses de febrero a diciembre de 1999 salvo octubre (diez mensualidades); sin embargo, la sentencia de contraste "atendiendo a criterios temporales y cuantitativos" (los retrasos se habían producido pero no se habían convertido en impagos a la fecha de presentación de la demanda) desestimó la resolución del contrato de trabajo pedida por la trabajadora. No parece dudoso por tanto, y así lo ha apreciado también el Ministerio Fiscal, que existe la contradicción denunciada.

**TERCERO** .- La evolución de la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en materia de calificación de los incumplimientos empresariales de la obligación de pago puntual de la retribución ha experimentado una tendencia marcada hacia la objetivación de tales incumplimientos. Esta línea jurisprudencial ha quedado recogida en numerosas resoluciones de la que es señalado exponente la sentencia de 10 de junio de 2009 (rcud 2461/2008), que resume y puntualiza la doctrina precedente de la Sala, seguida



luego literalmente en sentencia de 9 de diciembre de 2010 (rcud 3762/2009 ). A esta corriente jurisprudencial se refiere, por cierto, la sentencia recurrida, pero sin aplicar correctamente su doctrina, como se verá enseguida.

La referida doctrina jurisprudencial se puede resumir en los siguientes puntos: 1) no es exigible para la concurrencia de la causa de resolución del artículo 50.1.b) ET la culpabilidad en el incumplimiento del empresario; 2) para que prospere la causa resolutoria basada en "la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado" se exige exclusivamente el requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial; y 3) este criterio objetivo de valoración del retraso continuado, reiterado o persistente en el pago de la retribución no es de apreciar cuando el retraso no supera los tres meses ( TS 25-9-1995; rcud 756/1995 ).

La aplicación de esta doctrina al presente caso conduce a la estimación del recurso, ya que los retrasos constatados (mayo y junio de 2010, y dudosamente agosto de 2010, por lo que se dirá a continuación) no superan tal cifra. Es más, las demás circunstancias concurrentes en el litigio no modifican sino que reafirman la anterior valoración. No figura en hechos probados que la odontóloga que reclama a la clínica dental hubiera convenido una fecha de liquidación de salarios distinta a la consuetudinaria de fin de mes. Pero sí se ha reflejado en hechos probados que había cobrado sus emolumentos "en mano" hasta junio de 2010, justo antes de iniciar el pleito; lo que da idea de que la práctica contractual en este punto no era particularmente rígida. A ello hay que añadir que las fechas de abono de salarios posteriores a la demanda, y que no pueden contar por tanto para el enjuiciamiento del objeto de la litis, señalan también una percepción regular de la misma en los primeros días del mes siguiente al de su devengo. En fin, la hipótesis de una conducta de acoso laboral, alegada por la actora en instancia y en suplicación, ha sido expresamente descartada en las sentencias de instancia y de suplicación. Como dice esta última: "no se aprecia la existencia de *mobbing* por parte de la empresa desde el momento en que la demandante no tuvo problema alguno con las vacaciones, permiso de lactancia ni de reducción de jornada ... y sólo ha llegado a prestar servicios unos pocos días antes del proceso de IT" que mantuvo hasta la sentencia de instancia.

**CUARTO** .- La sentencia estimatoria de unificación de doctrina obliga a resolver la cuestión planteada de acuerdo con el criterio doctrinal unificado sentado en la misma ( art. 226.2 de la Ley de Procedimiento Laboral , aplicable al caso por razones cronológicas). Ello comporta en el presente asunto, teniendo en cuenta el signo desestimatorio de la demanda de la sentencia del Juzgado de lo Social, la desestimación del recurso de esta clase interpuesto por la actora, y la confirmación de dicha sentencia de instancia, con desestimación de la demanda y absolución de la empresa y las personas codemandadas.

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

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por CLINICA000 , C.B., Isidoro Y Vanesa , contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 6 de octubre de 2011 , en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 25 de febrero de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña , en autos seguidos a instancia de DOÑA Antonieta , contra dichos recurrentes, sobre RESOLUCION DE CONTRATO DE TRABAJO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por la actora, y confirmamos la sentencia de instancia, con desestimación de la demanda y absolución de la empresa y las personas codemandadas. Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente ,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

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jordi Agustí Julia, RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 26-07-2012 (rcud.- 4115/2011).**

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , con el máximo respeto a la posición mayoritaria que ha aprobado la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 4115/2011, formulo el presente voto particular para expresar mi discrepancia con la decisión adoptada y con la argumentación que le sirve de base.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones :





**PRIMERA.-** Centrándose la cuestión controvertida en si procede la resolución del contrato instado por la trabajadora demandante por retrasos continuados en el abono del salario, es relevante a los efectos de esta cuestión, el hecho probado segundo de la sentencia recurrida, que es del tenor literal siguiente :

"2º A fecha de presentación de la papeleta de conciliación es decir, el 13 de julio de 2010 no se habían abonado las siguientes mensualidades :-la nómina de mayo de 2010 que fue abonada el 22 de julio.-la nómina de junio de 2010, que fue abonada el 29 de julio. Con posterioridad y hasta la presentación de la demanda, el 9 de septiembre de 2010, se produjeron los siguientes retrasos :-la nómina de julio de 2010 fue abonada el 9 de agosto. -La nómina de agosto de 2010 fue abonada el 8 de septiembre. Y aún después :-La nómina de septiembre de 2010 fue abonada el 6 de octubre. -La nómina de octubre de 2010 el 10 de noviembre. -La nómina de noviembre de 2010, el 10 de diciembre. -La nómina de diciembre de 2010 el 10 de enero. -La nómina de enero de 2011, el 7 de febrero. Desde el inicio de su relación laboral la actora venía cobrando el importe de su nómina "en mano", hasta que mediante burofax de 15 de junio de 2010 interesó que se le abonara mediante ingreso en cuenta, reclamando asimismo en dicho burofax el abono por tal medio del salario correspondiente a mayo de 2010."

La posición mayoritaria, con cita de sentencias de esta Sala, recaídas en interpretación del artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores , llega a la conclusión -tras haber sentado previamente que "los impagos o retrasos en pago a tener en cuenta en el litigio son, como es lógico, los existentes en el momento de interposición de la demanda"- de que los retrasos constatados (mayo y junio de 2010, y dudosamente agosto de 2010) no superan el retraso de tres meses, razonando que no se cumple el objetivo de valoración del retraso continuado, reiterado y persistente, constitutivo del requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial que exige la doctrina jurisprudencial de la Sala para que prospere la causa resolutoria basada en "la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado".

**SEGUNDA.-** Dos son los motivos de mi discrepancia con esta argumentación :

A) Por lo que se refiere a la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la Sala, es cuando menos dudoso -siempre a mi juicio y con el máximo respeto al criterio mayoritario- que a día de hoy pueda considerarse que el requisito de gravedad en el cumplimiento empresarial deba situarse en el umbral de más de tres meses. Ciertamente es, que la sentencia de la Sala que se cita de 25 de septiembre de 1995 (rcud. 756/1995 ) -haciendo suyo el criterio de otra anterior de 12 de febrero de 1990- llegó a dicha conclusión, pero salvo error por mi parte, en ninguna de las sentencias posteriores de la Sala se hace referencia a dicho umbral, y no, desde luego en las más recientes de 10 de junio de 2009 (rcud. 2461/2008) y 9 de diciembre de 2010 (rcud. 3762/2009), citadas asimismo por la posición mayoritaria como expresivas de la vigente doctrina jurisprudencial. Por otra parte, si como ya decía una ya antigua -pero sin duda siempre actual- sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1933 , "la jurisprudencia debe tener como propósito y finalidad directriz, no solo satisfacer la "necesidad de estabilidad y fijeza" de las relaciones sociales (que tanto o más que ella, es función propia de la ley), sino además y principalmente, asegurar la "plasticidad y movilidad" de la norma, para que el derecho sea, no cosa muerta y rígida, sino materia fluida y flexible, sujeta a renovación como la vida misma.", en mi opinión, no es nada dudoso, que habida cuenta la crisis económica actual con disminución de las rentas salariales y evidente mayor incidencia sobre los trabajadores y sus familias, una falta de pago del salario o de retraso en el abono del mismo, puede conducirles a una difícil situación aunque no se supere el repetido umbral de los tres meses. Tanto la protección constitucional del salario del trabajador -derecho a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia ( artículo 35.1 CE )- como la propia esencia del Estado social que proclama el artículo 1 de nuestra Carta Magna , avalan una interpretación mas estricta del artículo 50 apartado b) del Estatuto de los Trabajadores que la mantenida por la posición mayoritaria; y,

B) Pero, es que además, no sólo son tres meses en el retraso del pago, en los que ha incurrido en el presente caso el empresario demandado sino que han sido nada menos que **nueve** meses -según el hecho probado segundo que se transcrito- si se computa desde la fecha de presentación de la conciliación el 13 de julio de 2010 hasta la fecha de celebración del juicio el 18 de febrero de 2011, según consta en el Acta obrante en las actuaciones. Se argumenta por la posición mayoritaria que es lógico tener en cuenta los impagos o retrasos existentes en el momento de la interposición de la demanda, al ser el documento de iniciación del proceso de instancia el que contiene la pretensión rectora del mismo, y es en este momento por tanto cuando se fija el objeto de la litis. Pues bien, discrepo de esta apreciación. Como ya tuvo ocasión de señalar la sentencia de 5 de octubre de 1983 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo , en interpretación del artículo 548 de la LEC , y en relación con el escrito de demanda, "...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, como se ha respetado en el caso, la sustancia de la petición originaria..."

En la sentencia de esta Sala de fecha 13 de julio de 1998 (rcud. 4808/1997 ), dictada en caso análogo al presente de retraso en el pago del salario, contrariamente a lo que aquí mantiene la posición mayoritaria, se computaron los retrasos en el pago hasta la fecha del acto del juicio para apreciar la gravedad del incumplimiento empresarial.

Es de destacar, que la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, se alinea con el criterio de dicha sentencia, al establecer que en el supuesto del apartado b) del número 1 del artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , cuando se invoque la falta de pago del salario pactado, a la acción de extinción del contrato, podrá acumularse la reclamación salarial, pudiendo en su caso, ampliarse la demanda para incluir las cantidades posteriormente adeudadas.

Finalmente, en mi opinión, lo lógico -para utilizar la misma expresión de la posición mayoritaria- a los efectos de estimar la existencia de la nota de gravedad del incumplimiento empresarial, es computar los retrasos continuados no hasta la fecha de presentación de la demanda, sino hasta la fecha del acto del juicio. En efecto, de no efectuarse así el cómputo, se da virtualidad a la acción de las empresas en orden al abono de los salarios que adeuden o en su caso en el retraso en el pago, antes de celebrarse el juicio y después de haberse formulado la demanda, consagrando el principio de la posibilidad de enervar la acción ejercitada por el trabajador mediante unos pagos tardíos o extemporáneos, beneficiándose de la posible dilación existente en la celebración del acto del juicio, que es lo que aquí ha acontecido.

**TERCERA.** - En mérito a todo lo expuesto, en la línea mantenida por la sentencia recurrida, que ha tenido en cuenta los nueve meses de retraso en el abono puntual de su salario soportados por la trabajadora demandante hasta la fecha del juicio, para estimar concurre el requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial del pago puntual del salario, y acordar la estimación de la demanda y con ella la extinción indemnizada del contrato, es por lo que procedería la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

Madrid, 26 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. Antonio Martín Valverde así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agustí Julia, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.