



CIRCULAR LABORAL 4/2022

1 de febrero de 2022

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: FEBRERO 2022.

1. TRIBUNAL SUPREMO

El Supremo condena por falta muy grave a una ETT y a la empresa usuaria por tráfico ilícito de trabajadores.

Recuerda el Supremo que concurre cesión ilegal de trabajadores, cuando el contrato de puesta a disposición se utiliza para atender a necesidades estructurales de la empresa usuaria más allá de las finalidades propias de esta figura, y en el caso, se suscribieron nada menos que 74 contratos de puesta a disposición para hacer frente a la actividad de la empresa usuaria en el Aeropuerto de Málaga, donde dicha mercantil carecía de personal, salvo el jefe de base.

Y esta cesión ilícita perduró durante casi tres años y lo que es más relevante, para el desempeño de funciones estructurales, lo que implica que a efectos sancionadores se trata de una falta muy grave, no solo porque la cesión ilegal afectó a un gran número de trabajadores, a quienes se privó de su legítimo derecho a la estabilidad en el empleo, sino por su prolongación en el tiempo.

No es lo mismo una cesión ilegal, producida entre la ETT y la empresa usuaria que meras irregularidades en los contratos de puesta a disposición; y se está ante una cesión ilegal cuando lo es con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra.

El contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal, de manera que cuando el contrato se usa con fines fraudulentos queda desprotegido el trabajador y se incurre en falta muy grave.

Atendiendo a estos parámetros, el Supremo estima el recurso y confirma la procedencia de la sanción 70.000 euros, correspondiente a las faltas muy graves.

No castigar duramente este tipo de cesión ilícita de trabajadores, ejecutada por una ETT, y dejarlo reducido a falta grave, derivada de la utilización indebida de los contratos de puesta a disposición, produciría un efecto perverso porque siendo las ETT, las únicas empresas autorizadas para la cesión de trabajadores, siempre que se ajusten a la legalidad, tal y como dispone el art. 43.1 ET, podrían ceder ilícitamente a trabajadores, desbordando su papel legal de manera desmedida, y con una penalización muy inferior al resto de empresas, lo que comportaría un trato desigual totalmente injustificado, -explica la Sala, para justificar la calificación de la falta-.

En definitiva, cuando la cesión supera lo que sería una mera irregularidad en la utilización de un contrato temporal al ser una conducta reiterada y mantenida en el tiempo consistente en el uso abusivo y fraudulento de la contratación temporal para cubrir mediante el correspondiente contrato de puesta a disposición un puesto de trabajo permanente de la empresa usuaria, debe ser calificado como falta muy grave a efectos sancionadores.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 1206/2021, 2 Dic. Rec. 4701/2018.

2. TRIBUNAL SUPREMO

Periodo de prueba. No es válida la fijación en el contrato de la mera mención genérica, a modo de duración, “según convenio o artículo 14 del ET”.

Carece de eficacia, puesto que no es suficiente con que el periodo de prueba se pacte por escrito, sino que habrá de consignarse la duración concreta y específica del mismo, pues tal y como dispone el artículo 14 del ET, el periodo de prueba tiene unos límites de duración que han de respetarse y que son los establecidos en los convenios colectivos y, en su defecto, en el propio artículo 14 del ET.

La fijación por escrito de la duración exacta del periodo de prueba se erige en un derecho mínimo del trabajador cuya motivación tiene su causa en las consecuencias inherentes a dicho periodo, ya que durante el mismo cualquiera de los contratantes está facultado para desistir del contrato sin derecho a indemnización alguna, consecuencia particularmente grave para el trabajador.

La remisión al periodo regulado en el convenio colectivo aplicable o en el artículo 14 del ET, efectuada en el contrato suscrito por las partes contendientes, no satisface dichas exigencias. En efecto, ni el Convenio colectivo aplicable -XVI Convenio Estatal de Empresas de Consultoría (BOE 04/04/2009). *Artículo 10: "Periodo de prueba de ingreso. 1. Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba que, en ningún caso podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de tres meses para los demás trabajadores, excepto para los no cualificados, en cuyo caso la duración máxima será de quince días laborables".-*, ni el artículo 14.1 del ET: *"Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores"*, fijan una duración concreta del periodo de prueba, sino que lo que establecen es la duración máxima del periodo de prueba.

No estableciendo el Convenio Colectivo aplicable, ni el artículo 14 del ET, una duración concreta del periodo de prueba, se crea una grave inseguridad para la persona trabajadora, ya que desconoce en qué momento, dentro de la horquilla de seis meses que fijan dichos preceptos, ha finalizado el periodo de prueba. No hay razón alguna para entender que la duración pactada sea de seis meses, ya que se ha hecho una remisión genérica a las citadas normas, pero sin establecer que la duración a la que la remisión se refería era la duración máxima.

Por todo lo razonado el periodo de prueba pactado en el contrato suscrito entre las partes el 2 de enero de 2018 es nulo, ya que no cumple las exigencias del artículo 14 del ET, lo que supone que se ha de considerar que en el citado contrato no existe concertado periodo de prueba.

Cuestión distinta sería si el convenio colectivo fijara una duración concreta del periodo de prueba, -no una duración máxima- en cuyo caso sí sería válido el periodo de prueba pactado remitiendo al fijado en Convenio Colectivo. Al no estar pactado un periodo de prueba en el contrato suscrito entre las partes el 2 de enero de 2018, la comunicación dirigida por la empresa a la trabajadora constituye un despido en el que ni se ha alegado ni, por ende, probado, causa alguna justificativa del mismo, lo que conduce, ante el hecho de que la trabajadora se encontraba embarazada -dato que, a mayor abundamiento y aunque no es relevante para la resolución del asunto, conocía el empresario- a confirmar la nulidad del despido acordada por la sentencia recurrida, en aplicación de lo establecido en el artículo 108.2 b) de la LRJS.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social. Sentencia de 9 de diciembre de 2021. Rec. núm. 3340/2019.

3. TRIBUNAL SUPREMO

Pacto de no concurrencia post contractual: son abusivas y nulas las cláusulas genéricas que obligan al trabajador a pagar el doble de lo percibido en caso de incumplimiento.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha declarado que es desproporcionada y abusiva la cláusula penal acordada por las partes en el pacto de no competencia post contractual consistente en que, en caso de incumplimiento, el trabajador abonaría el doble de lo percibido por este concepto, lo que se tradujo en este supuesto en el pago de 52.000 euros.

El trabajador suscribió un contrato de trabajo a tiempo completo de carácter indefinido con una empresa dedicada al alquiler de vehículos (Avis). Sumado a la retribución bruta anual de 52.000 euros, el trabajador percibía anualmente 13.000 euros en compensación por sus obligaciones de no competencia.

En enero de 2017, el trabajador causó baja voluntaria de la empresa e inició su relación laboral con otra empresa del sector dedicada al alquiler de vehículos (Hertz). Es decir, de la directa competencia de su anterior empleadora.

Así las cosas, durante la vigencia de la relación laboral entre las partes, el trabajador percibió 26.000 euros en concepto de retribución por el pacto de no competencia.

Disconforme con lo sucedido, la representación de Avis se plantó en sede judicial bajo la única intención de que se reconociese el incumplimiento de la cláusula de no competencia post contractual y se condenase al trabajador a abonar el doble de lo percibido por este concepto durante la relación laboral. Como el pacto de no competencia se extendía a los 6 meses siguientes a la extinción del contrato, en enero de 2018, el Juzgado de lo Social n.º 12 de Madrid estimó la demanda formulada y condenó al trabajador a que, con fundamento en la cláusula de no competencia, abonase a su antigua empresa la cantidad de 52.000 euros.

Interpuesto el correspondiente recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia en diciembre de 2018, rebajando la cantidad que el trabajador debía abonar a su antigua empresa a la suma de 26.000 euros.

En particular, tras considerar que la cláusula penal acordada era “*desproporcionada*” y “*abusiva*”, el Tribunal estimó ajustado que la empresa recibiese en concepto de compensación la misma cifra que el trabajador percibió en concepto de retribución por el pacto de no competencia.

Disconforme con la anterior conclusión, la empresa interpuso un recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia del TSJ de Madrid. El recurso invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de 23 de octubre de 2014 (rec. 4294/2014).

En la aludida sentencia de contraste, el trabajador causó baja voluntaria y constituyó una sociedad que ofrecía los mismos servicios que prestaba la compañía en la que estaba contratado y en la que firmó un pacto de no competencia post contractual en el que se preveía una cláusula penal de dos veces el importe total de la compensación pactada.

Bajo tales circunstancias, la empresa formuló demanda reclamando al trabajador el pago de 39.000 euros en concepto de cláusula penal. Así, el juez de instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al trabajador demandado a abonar los 39.000 euros mencionados. Finalmente, el TSJ de Cataluña confirmó el fallo.

El Alto Tribunal, al resolver este recurso de casación advierte que es “distinto” el supuesto de la sentencia esgrimida de contraste en el presente recurso, en el que, tras causar baja voluntaria, el empleado obligado por el pacto de no competencia post contractual constituyó una sociedad que ofrecía los mismos servicios que su antigua empleadora respecto de sus clientes y contactos.

En particular, a los efectos del presente recurso, resulta relevante mencionar distintas consideraciones de la STS 893/2016, 26 de octubre. Entre otras, la Sala de lo Social recalca que lo más destacado es la de que la compensación económica “adecuada” a que se refiere el art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, se proyecta no solo sobre la compensación que ha de recibir el trabajador por la obligación de no competencia post contractual, sino también sobre la cantidad que haya de abonar éste a la empresa en caso de incumplimiento del pacto.

En este mismo sentido, el aludido fallo recuerda lo ya advertido por la STS de 9 de febrero de 2009 (rec. 1264/2008) sobre la desproporción que puede tener en determinados supuestos la cantidad a restituir por el trabajador.

Pues bien, la Sala de lo Social comparte la conclusión alcanzada por la sentencia recurrida que razonaba que la cantidad a reintegrar por el trabajador es “desproporcionada” respecto de la compensación percibida por el empleado. Por todo lo anterior, coincidiendo con el informe del Ministerio Fiscal, el Alto Tribunal desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa y confirma la sentencia recurrida.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 1 de diciembre de 2021.

4. TRIBUNAL SUPREMO

Una grabación entre un trabajador y un directivo de la empresa no tiene valor de prueba documental -sino de confesión o testifical- a efectos del art. 510 de la LEC.

Muy interesante sentencia del Tribunal Supremo, desde el punto de vista procesal, al determinar que una grabación de una conversación entre un trabajador y un directivo no tiene la naturaleza de documento; es decir, no tiene valor de prueba documental; sino solo de confesión o testifical.

Deja claro el TS que no se cuestiona la legitimidad de las grabaciones como posible medio de prueba. Lo que sucede es que, a efectos del artículo 510.1º LEC, solo cabe basar la pretensión revisora (recurso) en medios de prueba que puedan considerarse como verdaderos documentos.

Hay que recordar que el art. 510 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece los casos en que procede la revisión de una sentencia firme. En concreto, el art. 510.1 establece el siguiente supuesto:

“... si después de pronunciada la sentencia, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado...”

En el presente caso, la inicial sentencia del Juzgado de lo Social declara la improcedencia del despido, luego confirmada en suplicación e intentada la casación unificadora. Se desestima la demanda interpuesta por el trabajador (solicitaba la nulidad del despido).

Con fecha 30 de julio de 2020, representado por Procuradora y asistido por Abogado, el trabajador formaliza demanda de revisión ante la Sala Cuarta, interesando que se revoque la sentencia del Juzgado, invocando al efecto el apartado 1º del artículo 510.1 LEC. La demanda interesa que se revoque dicha resolución judicial porque el despido debía haberse calificado como nulo si se hubiera dispuesto de los documentos recuperados por el propio demandante en octubre de 2018.

El demandante sustenta su pretensión revisora en haber recuperado determinados documentos que, de haber tenido en su momento, habrían modificado radicalmente el fallo de la sentencia y el despido se hubiera declarado nulo y no improcedente.

Se trata de una grabación efectuada por él mismo a un directivo de la empresa; de diversas órdenes internas que acreditan la existencia de cesión ilegal; y de un documento que acredita su designación como delegado sindical.

La sentencia del Supremo desestima la demanda interpuesta por el trabajador y deja claro que esta fuente probatoria -la grabación de una conversación mantenida- no tiene la naturaleza de documento, lo que le hace inhábil para sustentar la revisión postulada.

Tal grabación (o el papel en el que está transcrita) solo es el soporte de declaraciones de partes interesadas que no tienen valor de prueba documental, sino todo lo más de prueba de confesión o testifical que no es útil a estos fines, pues estas pruebas carecen de naturaleza documental.

En sus extensas alegaciones, la defensa del trabajador reproduce abundante doctrina judicial y alguna jurisprudencia acerca de la validez de este tipo de medio de prueba, como si se hubiera cuestionado su legitimidad -cosa que no se ha hecho-, cuando lo que realmente sucede, deja claro el TS, es que *“... a efectos del artículo 510.1º LEC solo cabe basar la pretensión en medios de prueba que puedan considerarse como verdaderos documentos”*.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 14 de diciembre de 2021.

5. AUDIENCIA NACIONAL

No cabe la compensación de días de vacaciones fijados en convenio con días de asuntos propios.

Si por convenio colectivo los trabajadores tienen derecho a 23 días laborables de vacaciones, no puede la empresa aplicar la cláusula de absorción y compensación (también establecida en el texto convencional) con la intención de compensar los días de vacaciones con los días de asuntos propios.

Aunque el Convenio a la hora de regular la absorción y compensación se refiera a todas las condiciones económicas que se establezcan, sean o no de naturaleza salarial, e indique que todas son compensables en su conjunto y cómputo anual con las mejoras de cualquier tipo que vinieran anteriormente satisfaciendo las empresas, queda fuera de este ámbito el derecho a las vacaciones, porque no es una mejora.

El derecho a las vacaciones fijado en el Convenio colectivo no es compensable y absorbible con los días de asuntos propios porque la configuración legal de las vacaciones, -ex artículo 40.2 CE-, ordena a los poderes públicos garantizar el descanso necesario a través de la limitación de la jornada de trabajo y de las vacaciones periódicas retribuidas y el artículo 38 ET, en conexión con el mandato constitucional, reconoce el derecho vacaciones anuales pagadas de una duración mínima determinada.

Y precisamente esta duración mínima de las vacaciones está prevista en el Convenio colectivo de aplicación en 23 días laborables, que ya se ven mermados por la empresa al reconocer solo 22 días laborables, incumpliendo el mandato convencional.

Si la empresa, adicionalmente, reconoce a los trabajadores 6 días de libre disposición, cuyo disfrute es voluntario por el trabajador, y cuyo régimen incluye la posibilidad de denegarlos por necesidades del servicio y autoriza la empresa a adoptar las medidas, a nivel individual o colectivo, que considere más adecuadas para la contención del incremento de absentismo, puede la compañía limitar el número de días de libre disposición a disfrutar, pero lo que no puede es intentar compensarlo con las vacaciones porque éstas constituyen un derecho irrenunciable e indisponible que se debe disfrutar en todo caso.

Además de este carácter de derecho irrenunciable, apunta la Audiencia que ambos conceptos responden a finalidades distintas, lo que también impide su compensación.

Mientras que los días de asuntos propios se reconocen como una condición más beneficiosa de la que disfrutaban los trabajadores debido a su pertenencia a la extinta empresa que dotaba a los trabajadores de estos días de asuntos propios, las vacaciones parten de una configuración convencional que como fuente del derecho resulta de obligado cumplimiento.

Insiste la Sala en la falta de homogeneidad en los conceptos porque las vacaciones con la fórmula para garantizar el descanso de los trabajadores, mientras que los días de libre disposición no se conceden como compensación al trabajo y para que el trabajador descanse, sino para que este lleva a cabo "asuntos propios" no especificados ni motivados por lo que su uso y disfrute es voluntario.

La estimación del conflicto colectivo implica reconocer el derecho de los trabajadores a disfrutar de 23 días laborables de vacaciones anuales remuneradas, tal y como impone el Convenio colectivo de aplicación.

Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 258/2021, 9 Dic. Rec. 239/2021

6. AUDIENCIA NACIONAL (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)

Aplicación de la exención prevista en el artículo 7.e) de la Ley del IRPF a la indemnización percibida por un alto directivo en caso de despido improcedente.

Por su trascendencia para nuestras relaciones laborales, y específicamente para aquellas de naturaleza especial de alta dirección, aportamos esta sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en un asunto eminentemente fiscal y que ha sido muy polémico.

Así, la Sala de lo Contencioso se ha pronunciado, por vez primera, sobre la aplicación de la exención prevista en el artículo 7e) de la Ley del IRPF a la indemnización percibida por un alto directivo en un supuesto en el que el despido es calificado como despido improcedente.

La Audiencia Nacional concluye que el razonamiento alcanzado por el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 5 de noviembre de 2019, que ya venía a indicar que se encontraba exenta la indemnización mínima satisfecha con motivo de la extinción del contrato de alta dirección por desistimiento del empresario, según la regulación del personal de alta dirección los 7 días de salario en metálico por año trabajado con el límite de 6 mensualidades, es trasladable a las indemnizaciones satisfechas al personal de alta dirección con motivo del despido improcedente.

Por tanto, la Audiencia admite la aplicación de la exención a la cuantía mínima obligatoria (en ausencia de pacto) de 20 días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de 12 mensualidades, prevista en el artículo 11.2 del Real Decreto 1382/1985, por la que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 21 de octubre de 2021. Rec. nº 684/2021.

Departamento Laboral y de Seguridad Social

Persona de contacto: Eduardo Ortega Prieto

Email: ortegap@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral

Email: ortegaf@ortega-condomines.com