



CIRCULAR LABORAL 5/2024

2 de febrero de 2024

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: FEBRERO 2024.

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA UNIÓN EUROPEA

Extinción del contrato por incapacidad permanente total: ¿el artículo 49.1 e) ET es ajustado a la normativa de la UE?

Mucho revuelo “mediático” ha suscitado estos últimos días la sentencia del TJUE que venimos a resumir y que, en síntesis general, establece que la normativa española que permite la extinción del contrato de trabajo de modo automático, cuando se declara una incapacidad permanente - art. 49.1 e) ET - es contraria a la normativa de la Unión Europea, al no prever con carácter previo la obligación empresarial de buscar ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva.

La recientísima sentencia del Alto Tribunal Europeo que comentamos viene a indicar que una normativa nacional en materia de Seguridad Social – realmente es estatutaria y vinculada a aspectos de la propia Seguridad Social - no puede ir en contra, en particular, del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta, convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia existente al efecto.

En este contexto, procede señalar que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 no puede obligar al empresario a adoptar medidas que supongan una carga excesiva para él. A este respecto, del considerando 21 de esta Directiva se desprende que, para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda. Además, debe precisarse que, en cualquier caso, solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar (sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, apartados 45 y 48).

De este modo el Tribunal concluye que el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva.

TJUE (Sala Primera.) Sentencia de 18 de enero de 2024. (Asunto C-631/22)

2. TRIBUNAL SUPREMO

El despido nulo de una trabajadora embarazada por aplicación del art. 55.5 ET, sin que exista un móvil discriminatorio, no conlleva indemnización.

El Tribunal Supremo en esta sentencia trata de determinar si, en el supuesto de que se haya producido un despido disciplinario de una mujer embarazada en el que no ha quedado acreditada la causa del despido, la declaración de nulidad que se anuda ineludiblemente a la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación debe ir acompañada siempre de una indemnización reparadora del daño moral derivado de la infracción del derecho a no ser discriminada.

En este caso ha sido disciplinario, en aplicación de la previsión específica establecida en el art. 55.5 b) ET. En condiciones normales, tal despido debería recibir la calificación de improcedente con las consecuencias y efectos previstos en el art. 56 ET. Pero en el caso de las trabajadoras embarazadas y en los demás supuestos previstos en las letras a), b) y c) del art. 55.5 ET, la calificación del despido ha de ser la de su nulidad con las consecuencias previstas normativamente: esto es la readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir.

Para las mujeres embarazadas la única alternativa en la calificación del despido es la de procedencia o nulidad. La finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios, los despidos "*motivados*" por razón de embarazo, lo que constituye uno de los principales desafíos a los que ha de hacer frente el derecho a la no discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales. Pero que sea esa la finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio.

Por tanto, al constar como probado que la empresa se enteró del embarazo de la trabajadora en el momento de la entrega de la carta de despido y que su despido coincidió con el de otros cinco trabajadores, se descarta que existiese un móvil discriminatorio en el despido, declaró su nulidad en aplicación del art. 55. B) ET lo que implicó descartar la condena a una indemnización por daño moral derivado de una inexistente discriminación, aplicando los efectos típicos de toda declaración de nulidad: readmisión y condena a los salarios dejados de percibir.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 1148/2023 de 12 de diciembre de 2023. (Rec. nº 5556/2022)

3. TRIBUNAL SUPREMO

A vueltas con el pacto de no concurrencia post contractual: la relevancia del adecuado redactado de la cláusula pues de ser defectuosa no procede la devolución de los importes abonados.

La configuración de las cláusulas de no competencia postcontractual suscita numerosos conflictos interpretativos. Una de las cuestiones controvertidas es la relativa a la adecuación de la sanción asociada al incumplimiento de la misma. A grandes rasgos, la jurisprudencia entiende que, si la sanción es desproporcionada en comparación a la compensación, el pacto es nulo y el empleado debe proceder a la restitución de las cantidades abonadas en concepto de compensación por no competencia. No obstante, aunque la sanción sea desproporcionada, si se ha producido un incumplimiento del pacto por parte del empleado, esto no le exime de asumir una parte de la sanción (la que se estime como «adecuada» – normalmente, el mismo importe que lo percibido).

La sentencia del TS que comentamos, dictada en Pleno, incide en la primera de estas dos cuestiones apuntadas, añadiendo un matiz importante. En concreto, establece que, si el pacto es declarado nulo, no debe devolverse lo percibido mensualmente por este concepto y entiende que esto debe ser así porque, al configurarse la cláusula, se ha asignado una naturaleza retributiva (y no indemnizatoria) a esta última cuantía periódica abonada.

Se trata de un criterio jurisprudencial importante, pues, como se acaba de apuntar, la jurisprudencia (entre otras, SSTs 1 de diciembre 2021, Rec. 894/2019; 26 de octubre 2016, Rec. 1032/2015; y 30 de noviembre 2009, Rec. 4161/2008), entiende que, si no hay incumplimiento de la cláusula, la nulidad de pacto conlleva la necesidad de restituir lo percibido.

En el presente caso en el contrato se preveía una *“Cláusula de pacto de no concurrencia”* –nomenclatura literal– desgajando de la retribución anual por todo concepto una cantidad para compensar la prohibición ulterior de competencia durante el año siguiente a la extinción del contrato del actor. Esta cantidad se explicitaba como un abono mensual en nómina por importe de 115,73 euros y se declara como parte integrante del salario a todos los efectos, siendo abonada mensualmente hasta completar el 4,09 % del salario pactado. Para el caso en que el trabajador, por sí o por persona interpuesta por él, incumpliese esta obligación de no concurrir estaría obligado a reintegrar todas las cantidades percibidas según lo pactado y la empresa podría exigir la correspondiente satisfacción de daños y perjuicios y abono de intereses a que hubiere lugar.

En la instancia, se desestimó la demanda de reclamación de cantidad contra el trabajador por incumplimiento de la cláusula de no competencia. Por su parte la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en sentencia del pasado 23.11.2020 (Rec. nº 362/2020) entiende que al tratarse de una cláusula oscura (pues, pese a afirmar que lo es por no competencia post contractual, sin embargo, mantiene que el abono es de carácter retributivo), no debe perjudicar a quien no la redactó ni introdujo en el contrato, y, en consecuencia, le atribuye esa naturaleza salarial. Por ello, no constando una «compensación económica adecuada» al trabajador por la privación de oportunidades de trabajo que tal obligación conlleva, colige que la cláusula de no concurrencia posterior carece de validez y de licitud.

El Alto Tribunal confirma íntegramente el criterio de la Sala del TSJ. Así, la Sala IV también entiende que la dicción de la cláusula pactada contempla, no sólo que la cuantía asignada es parte integrante del salario (porque así lo prevé expresamente), sino porque hay una remisión a una cifra porcentual hasta alcanzar el salario pactado. Además, entiende que hay mención alguna a una partida asociada a la obligación de no concurrencia en la oferta en firme que se le hace al trabajador. De hecho, la empresa lo que hace es retraer del salario ofertado una cantidad para este propósito.

En conclusión, teniendo en cuenta todo lo expuesto, en opinión del TS, la cifra imputada por el empleador al pacto de no competencia es retribución salarial y no indemnización por la restricción contractual posterior a la finalización del contrato. A pesar de su configuración nominal, las condiciones y retribuciones responden al propio salario pactado y no existe una “... *adicional compensación económica que de manera singular y efectiva hubiera sido destinada a compensar la obligación exigida*”. Para compensar un incumplimiento de no concurrencia, “... *hubiera sido necesaria una dicción diferente en el propio pacto elaborado por la parte empresarial; la ausencia de claridad que contempla su redactado en tal extremo no puede perjudicar al trabajador...*”

Tribunal Supremo. Sala de lo Social (Pleno). Sentencia nº 1163/2023 de 14 de diciembre de 2023. (Rec. nº 494/2021)

4. TRIBUNAL SUPREMO

El ERTE conlleva una reducción proporcional de los días de asuntos propios.

El Supremo clarifica que el disfrute de los días de asuntos propios está condicionado por el tiempo previo de prestación de servicios efectivos por parte del empleado durante el año en que se disfrutaran los días de asuntos propios, de forma que estos días deben sufrir una minoración proporcional durante el tiempo en que el contrato de trabajo ha estado suspendido por un ERTE.

En este concreto asunto se trata del Convenio Colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios, que prevé en su art. 36 el derecho de los trabajadores a 6 días de asuntos propios anuales.

Para solventar este conflicto se ha de distinguir entre permisos causales, otorgados en relación con eventos concretos que justifican que el trabajador no asista al trabajo (como por ejemplo enfermedad, maternidad...) y permisos acausales como el de asuntos propios, que está desvinculado de cualquier justificación o motivo, aunque también se puede disfrutar para descansar.

Por tanto, en la medida en que este permiso por asuntos propios es acausal, es un derecho divisible en función del tiempo de trabajo y cuando el contrato de trabajo está suspendido por ERTE, el periodo de tiempo de no suspensión es menor y, en consecuencia, el número de días de asuntos propios de libre disposición por el trabajador tiene que ser proporcional a dicho lapso temporal.

Durante el tiempo de suspensión del contrato por ERTE el empleado puede descansar o dedicarse a actividades de tiempo libre y ocio, por lo que se ha de aplicar el principio de proporcionalidad y disminuir el número de días de asuntos propios.

En suma, los empleados en regulación de empleo temporal no tienen derecho a disfrutar de la totalidad del permiso por asuntos propios, sino que se debe reducir en proporción al tiempo de prestación de servicios.

Entender lo contrario conduciría a que, si el ERTE suspensivo se prolongase durante la mayor parte del año natural, el disfrute de este permiso por asuntos propios podría coincidir con los únicos días en los que un trabajador tiene que prestar servicios laborales, lo que desvirtuaría ese permiso acausal de libre disposición.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 969/2023 de 14 de noviembre de 2023. (Rec. nº 312/2021)

5. TRIBUNAL SUPREMO

A vueltas con el criterio de la “razonabilidad” y la “proporcionalidad” en los casos de despidos objetivos. El TS reitera su doctrina al respecto cuando se producen amortizaciones.

La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar cuál es la calificación que haya de darse a un despido objetivo en el que han quedado acreditadas las causas económicas alegadas y la incidencia que tiene la contratación de otro empleado en fechas cercanas a la amortización de la posición que se debate. En concreto, cuál es la trascendencia que pueda tener el hecho de que, en fechas próximas anteriores al despido del trabajador y posteriores al despido de otros varios por las mismas causas, se haya procedido a la contratación de un trabajador que ha acabado asumiendo, entre otras, las funciones que desarrollaba el trabajador despedido y se ha reorganizado el departamento en el que trabajaba el demandante con motivo de la compra de la empresa por otras del grupo mercantil no patológico.

En instancia se declaró la procedencia del despido y el TSJ estimó que el despido era improcedente.

Pues bien, el Alto Tribunal estima la procedencia del despido confirmando el criterio del Juzgado de lo Social. A este respecto, remitiéndose a sentencias previas, se viene a indicar que cuando no puede constatarse incidencia relevante en la conexión entre las contrataciones y la amortización de las relaciones laborales del despido que se examina, al órgano judicial no le corresponde hacer un juicio de oportunidad sobre dicha gestión empresarial, estando la función judicial dirigida al análisis de la legalidad de la causa justificativa del despido, la razonable adecuación entre las causas y medida, y la apreciación de posibles vulneraciones de derechos fundamentales, o, en su caso, de actuaciones fraudulentas o contrarias al principio de buena fe-

La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto que examinamos lleva a la conclusión de que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste; en ella, al comprobar que, según la sentencia allí recurrida, de la conversión de contratos temporales en fijos se infería

que el despido enjuiciado no era razonable, señala con rotundidad que esa inferencia no es jurídicamente correcta ya que, por un lado es excesivamente abierta; y, por otro, porque desborda el marco en el que ha de desenvolverse el control judicial de los despidos económicos.

Aplicando esto al caso concreto enjuiciado, la contratación de un trabajador, llevada a cabo cuatro meses y medio antes que el despido del trabajador, lo fue en calidad de Director de Organización y que se le asignaron funciones de coordinación de los departamentos, financiero, de recursos humanos y de sistemas. También se contrataron otros tres trabajadores y se despidieron a varios trabajadores, en el marco de una reorganización total de los recursos humanos en el departamento como consecuencia de la compra de la empresa por otras del grupo mercantil.

Entiende el TS que no hay, por tanto, una mera sustitución anticipada de un trabajador por otro, sino una reorganización de recursos humanos que se sitúa, sin duda, en el ámbito de actuación de la libertad del empresario en la ordenación de los recursos humanos en la empresa, ya que consta, igualmente, que la demandada procedió al despido de otros ocho trabajadores por las mismas causas que al actor y, también, que forma parte de un grupo mercantil, expresamente calificado de no patológico y que, con anterioridad al despido que se enjuicia, la recurrida fue comprada por otras empresas del grupo que modificaron el organigrama de los recursos humanos.

Como establece nuestra STS de 15 de octubre de 2003, aquí traída como referencial, la valoración de estas circunstancias concretas de la vida de la empresa corresponde en principio al empresario, desbordando normalmente el ámbito del control judicial en el despido objetivo, ya que éste es un control de legalidad de los concretos despidos enjuiciados, limitado a juzgar sobre la razonabilidad del mismo aplicando el estándar de conducta del buen empresario y no puede convertirse en una valoración global o conjunta de la política de personal de la empresa. Y es que, en el supuesto que examinamos, las necesidades de la empresa en relación con la gestión de su plantilla no permiten colegir que ésta se limitara a la sustitución de unos contratos de trabajo por otros.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 732/2023, de 19 de diciembre de 2023.

6. TRIBUNAL SUPREMO

Momento para medir la representatividad a efectos de la composición de la mesa negociadora de un convenio colectivo de empresa.

La regla general de que la composición de la comisión negociadora no se reexamine mientras dure el procedimiento de negociación, cede cuando la negociación del convenio colectivo se dilata en el tiempo, se produce una profunda alteración del banco social y el sindicato reclama incorporación a la comisión negociadora desde que adquiere representatividad.

A tenor de ello y en atención a esas alteraciones de la representatividad, es perfectamente factible recomponer la comisión negociadora ya constituida en atención a esas posibles alteraciones y variaciones en la parte social especialmente, como sucede en el presente caso, para dar entrada en la misma a un sindicato que inicialmente no formaba parte de la comisión.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 30 de noviembre de 2023.

7. TRIBUNAL SUPREMO

Interrupción de la prescripción de acciones individuales ejercitadas y pendientes de ejercitar como consecuencia de demanda colectiva previa: siempre debe existir la denominada “relación de conexidad.”

En el caso analizado, la trabajadora suscribió con el Ayuntamiento de Sevilla un contrato por obra dentro del programa Proyecto “Emple@ 30”, por el que cobraba 500 euros, quedando exceptuada de la aplicación del convenio colectivo del personal laboral del consistorio.

En este contexto, el Sindicato de Empleados Públicos Municipales (SEM) interpuso demanda de conflicto colectivo (en febrero de 2018) que fue estimada, quedando incluidos los trabajadores mencionados dentro del ámbito de aplicación del convenio. Con posterioridad, la trabajadora presentó demanda contra el Ayuntamiento de Sevilla (el 3 de diciembre de 2019) por vulneración de derechos fundamentales en la que solicitaba una indemnización por daños morales, habiéndose extinguido su contrato en mayo de 2018.

Tratándose de determinar si estaba o no prescrita la acción de la actora, hay que tener en cuenta que la tramitación de un procedimiento de conflicto colectivo interrumpe la prescripción de las acciones individuales que se hubieran ejercitado o pudieran ejercitarse con el mismo objeto. Llegados a este punto, no existe duda alguna de que la solicitud de indemnización por vulneración del artículo 14 de la CE entablada por la actora se encuentra en relación de conexidad, como requieren los apartados 5 y 6 del artículo 160 de la LRJS, con la demanda de conflicto colectivo promovida por el SEM en la que se declaró que el comportamiento del Ayuntamiento demandado vulneraba el contenido del artículo 14 de la CE y de la Directiva 99/70/CE de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada.

En estos términos cabe colegir que la demanda de conflicto colectivo, que solicitaba la aplicación del convenio colectivo a los trabajadores temporales contratados al amparo de ciertos programas de empleo, interrumpió el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones individuales en directa conexidad con la misma. Y este es el caso de una acción individual como la que nos ocupa, porque la realidad a la que atiende es la misma, invocándose la lesión del artículo 14 de la CE y la vulneración del derecho en él proclamado,

depositando el peso de su argumentación sobre la premisa de que su exclusión del ámbito de aplicación del convenio colectivo por parte del Ayuntamiento vulneraba el citado artículo 14 de la CE. Esta relación de conexidad con el objeto de la vulneración de derecho a la igualdad y la inclusión en el de ámbito personal y territorial del convenio colectivo, aboca a la desestimación del recurso de casación para unificación de doctrina, en tanto que, aunque la demandante interpusiera su demanda el 3 de diciembre de 2019, el plazo para la prescripción de la acción se encontraba interrumpido desde febrero de 2018, siendo firme la sentencia de conflicto colectivo el 17 de noviembre de 2020, razón por la que la acción ejercitada no se encontraba prescrita en dicho tiempo, aun cuando su contrato temporal se hubiera extinguido el 15 de mayo de 2018.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 21 de diciembre de 2023. (Rec. nº 873/2023)

8. TRIBUNAL SUPREMO

¿Qué ocurre en aquellos casos en los que la actividad de una empresa no encaja en ningún ámbito funcional de los diversos convenios colectivos sectoriales existentes (y no tiene convenio de empresa)?

En el presente caso se discute cuál es el convenio colectivo aplicable a las relaciones laborales entre la empresa *“The Phone House”* y una sus personas trabajadoras. Básicamente la controversia se centra, a tenor del objeto social de la sociedad y las actividades económicas que desarrolla, entre si debe regirse por el del Comercio de Málaga, como pide la actora, o el del Comercio de Madrid (el que vienen aplicando y está pactado en el contrato).

La empresa tiene por actividad principal la intermediación comercial en telecomunicaciones y como actividad secundaria la venta de móviles.

El Juzgado de instancia desestimó la demanda inicial de la parte actora determinando que la actividad principal que desarrolla la empresa no tiene amparo en ningún convenio y siendo la venta de terminales su actividad secundaria, las partes tienen la libertad de someterse al convenio que elijan, habiendo optado por el de Madrid.

Por su parte el TSJ de Andalucía mantuvo inmodificado ese criterio: siendo la venta de terminales actividad secundaria, se valida el pacto entre las partes en el contrato de trabajo (en este caso el Comercio de Madrid).

El Tribunal Supremo reafirma que, en ausencia de convenio específico para la actividad preponderante de la empresa, las partes pueden elegir libremente el convenio, validando así la aplicación del Convenio del Comercio Madrid.

Consecuentemente, si no hay convenio de aplicación, nada impide que las partes acuerden libremente la aplicación de uno de esos convenios, conforme lo dispuesto en el art. 3.1 c ET, en relación con los arts. 1089, 1091 y 1255 CC, no vulnerándose el art. 37.1 CE, ni los arts. 82 y 85.1 y 2 ET. El pacto tuvo un objeto lícito, al no ser aplicable ningún convenio, lo que impide “per se” que en el mismo se estableciera condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 21 de diciembre de 2023.

9. AUDIENCIA NACIONAL

La Audiencia Nacional -confirmando el criterio ya establecido por el TS- reitera que el permiso por enfermedad de familiares es de 5 días hábiles y no naturales.

Aunque la cuestión parece no novedosa, la relevancia de esta sentencia es que por vez primera y tras el Real Decreto-Ley 5/2023, que estableció nuevos permisos laborales, se determina que los 5 días de permiso por diversos supuestos de enfermedad, accidente u hospitalización de familiares, deben considerarse/disfrutarse en días hábiles y no naturales.

La sentencia de la Audiencia Nacional estima parcialmente una demanda sindical contra el convenio colectivo de 'contact-center', firmado antes del Real Decreto-Ley 5/2023, que estipulaba estos días como naturales, al tiempo que anula un acuerdo posterior a la norma suscrito en comisión paritaria por CCOO, UGT y la patronal del sector.

El fallo estima parcialmente la demanda presentada por USO, a la que se acumularon demandas posteriores de CCOO, UGT y CGT, y deja claro la interpretación que debe hacerse sobre cómo computar los días del permiso por fallecimiento y del nuevo permiso por cuidado de familiares.

Éste último, que se aprobó finalmente por Real Decreto- Ley de referencia en junio de 2023, se aplica, por un periodo de cinco días, en casos de accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario y puede solicitarse tanto por el cónyuge o pareja de hecho, como por parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, e incluso por cualquier persona distinta de las anteriores que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de ésta.

Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia nº 9/2024, de 25 de enero de 2024 (Rec. nº 275/2023)

10. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Las propinas recibidas por los empleados de un casino no forman parte del salario bruto en el cálculo de indemnización por despido al tener naturaleza extrasalarial.

Existe infracción por vulneración de la jurisprudencia consolidada en la presente materia (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 284/1986, de 1 de marzo), que no es otra que la que reconoce una naturaleza extrasalarial a las propinas percibidas por los empleados del casino, y la consecuente necesidad de distinguir dentro del salario regulador del despido las cantidades percibidas por el actor en concepto de propinas -recaudadas por el Casino y que previamente han sido donadas o entregadas libremente por los clientes del casino y que conforman el Tronco de Propinas, el cual es distribuido entre los empleados conforme a lo dispuesto en el Convenio Colectivo de aplicación, en este caso, según lo dispuesto en el artículo 52 del mismo y que tienen naturaleza extrasalarial- del resto de percepciones salariales que sí son consideradas salario.

Ciertamente las propinas, según señala el art. 52 del Convenio de la empresa "*Casinos Comar Madrid, Sociedad Anónima Unipersonal*", configura a las mismas como un concepto no retributivo y de carácter extrasalarial, y ha sido así incluido indebidamente por la sentencia recurrida como salario.

Fiel compendio de la jurisprudencia del TS sobre esta materia es la sentencia de su Sala 4ª, de 17 de junio de 2021, nº 635/2021:

"La regulación sectorial aplicada en las Casas de juego y Casinos ha venido disponiendo que una parte de las propinas se destinase al abono de salarios y cargas sociales, mientras que el resto se distribuía entre la plantilla. A la vista de ello, nuestra doctrina concluyó que las propinas, en cuanto exceden de la retribución garantizada por la empresa, suponen un ingreso no computable para determinar el salario regulador a efectos de despido, pues dicho exceso depende la mera liberalidad de un tercero: los clientes del casino. La STS 14 septiembre 1987 compendia la doctrina acuñada en múltiples ocasiones: aunque también se financia con cargo a las propinas, sí tiene, por el contrario, la consideración de salario, la parte correspondiente del tronco que se liquidaba periódicamente en tal concepto."

En ello ha insistido, por ejemplo, la STS de 19 febrero 1987: el importe de las propinas que entregan los jugadores en Casinos o Casas de Juego y que pasan a integrar el llamado "tronco" no se convierte, sin más, en salarios, pues dicha percepción, en cuanto excede del total salarial garantizado, tiene un concepto distinto al proceder de reales cantidades que no son de la Empresa, cuya repercusión en los términos que se pretenden darían lugar a un enriquecimiento injusto. El precepto del convenio no atribuye ni expresa ni tácitamente carácter salarial a tan aludido "tronco de propinas", sino que tan sólo establece un criterio paccionado de distribución impuesto o predeterminado, que en nada modifica las efectivas contraprestaciones salariales exigibles a la Empresa, ni determina que ésta, en la eventualidad

de inexistencia de propinas o liberalidades, no siga obligada al pago de las retribuciones garantizadas, al margen de que aquéllas ni se integran ni entran en acervo patrimonial de la Empresa, sino que permanecen en cuenta especial aparte de aquél, y ya que los Convenios Colectivos tienen un contenido mucho más amplio que la regulación de las retribuciones salariales al tener cabida en los mismos cuantos pactos o estipulaciones son referentes al mundo del trabajo.

TSJ Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 1045/2023 de 24 de noviembre de 2023. (Rec. nº 776/2023)

11. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.

Validez de la conciliación en la que un trabajador aceptó una indemnización 31 veces inferior a la legal.

Resuelve el TSJ en el caso a favor de la empresa al entender que el juego de fechas es determinante para excluir que el consentimiento del trabajador estuviera viciado a pesar de que en la conciliación aceptó una indemnización casi simbólica y muy inferior a la que le correspondía.

Existió una previa negociación en la sede de la empresa en la que el trabajador llamó a su sindicato mientras se negociaban los términos del despido. Posteriormente, ante SMAC, el trabajador firmó y ratificó dicho acuerdo delante de la letrada conciliadora y aunque en la vista oral aporta los documentos con un "no conforme", nada se dice en la conciliación de tal falta de conformidad.

A efectos de valorar si el consentimiento del trabajador pudiera haber estado viciado, no acredita coacción o intimidación para la firma del acuerdo. De nuevo, la distancia entre la fecha de la negociación inicial y la ratificación ante el SMAC llevan a considerar lo contrario.

La defensa del trabajador aduce que se había ido a la conciliación sin letrado y que en ocasiones anteriores con reclamaciones más triviales el actor sí había acudido acompañado de abogado.

Por otra parte, la empresa aduce que existían circunstancias graves que motivaron el despido y se negoció con el trabajador la manera menos gravosa a sus intereses. Se fundamentó el despido en faltas graves del trabajador susceptibles de haber sido denunciadas, y puede presumirse que el trabajador prefiriera acordar su despido con la empresa en los términos pactados y no someterse a consecuencias más desfavorables, a pesar de su antigüedad o condiciones laborales existentes.

El Supremo admite la renunciabilidad a las consecuencias del despido al tratarse de una situación de incertidumbre, añadiendo la conveniencia de reforzar institutos como la conciliación, tendentes a evitar litigios y a favorecer la rápida y pacífica solución de los conflictos individuales.

Aun entendiendo que el trabajador pudiera padecer una afectación psiquiátrica que afectara a la emisión libre de su voluntad, es llamativo que la primera visita a urgencias se produce el mismo día del despido y cuando ya había firmado el acuerdo. Su sintomatología es reactiva al estrés, pero ello por sí solo no acredita que en el momento de la reunión el demandante no estuviera en condiciones de comprender lo que firmaba, tampoco existe tal justificación para que lo ratificara un mes después. En el primer informe médico no sólo se contempla como estresor la situación laboral, también circunstancias personales del actor y se le da el alta, sin medicación, y en todo caso, la situación patológica reactiva es posterior al acuerdo, por lo que fue válido, aunque se aviniera a recibir una indemnización inferior en un 31% a la que le correspondía.

TSJ Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 842/2023 de 20 de octubre de 2023. (Rec. nº 402/2023)

12. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Utilización del domicilio particular de teletrabajador como sede de una empresa extranjera en España: ¿procede el abono automático de gastos como compensación por tal circunstancia?

El teletrabajador plantea una reclamación de cantidad contra su empleadora extranjera que acordó con aquél utilizar su domicilio como sucursal de la compañía en España. Reclama el citado trabajador cantidad en concepto renta de vivienda, gastos de consumo eléctrico, gas y agua, y pago del seguro médico privado.

No ha quedado probado pacto alguno entre trabajador y empresario sobre el pago por éste de la totalidad del alquiler y demás gastos del inmueble. Tampoco ha quedado probado que la vivienda dejara de ser residencia habitual del trabajador para pasar a ser exclusivamente su centro de trabajo.

De este modo y pese a que formalmente es cierto que *Invention Works BV* procedió a la inscripción de la primera sucursal en España en el Registro Mercantil el 31 de octubre de 2016, fijando el mismo en el inmueble antes citado, ello no equivale automáticamente a que tuviera que asumir todo el importe de los gastos derivados de esa ubicación física en España en cuanto a alquiler, agua, luz, y gas, puesto que como antes se ha indicado no hay prueba en contrario de que dejara de ser el lugar donde residía D. Porfirio, con el que no figura que existiera un pacto escrito ni verbal para abonar íntegramente el importe de tales gastos (que

seguían siendo girados a nombre del trabajador y no de la nueva titular que sería la empresa, y que a efectos de sus cuentas empresariales debía documentalmente probar cuales eran sus gastos), no tratándose de un centro de trabajo al uso como pretende articularse en el recurso.

No figuran otros trabajadores en España o al menos en Madrid además del actor, éste era representante comercial en España y Portugal, lo que supone cierta actividad de movilidad geográfica y en el contrato de trabajo sí se pactó expresamente, el uso -por ejemplo- de un vehículo para llevar a cabo su trabajo, pero no aparece como hecho probado el acuerdo de voluntades necesario para que pueda surgir una obligación como aquella cuyo cumplimiento ahora se reclama.

El TSJ Madrid desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 40 que desestimó la reclamación de cantidad formulada por el trabajador frente a la empresa demandada de diversos gastos por utilización de domicilio del trabajador como centro de trabajo.

TSJ Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 727/2023, de 24 de noviembre de 2023. (Rec. nº 469/2023)

13. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Un plan de igualdad se debe registrar oficialmente, aunque no haya acuerdo por bloqueo de la parte social.

El Supremo afirma que, ante un bloqueo negociador, la empresa puede adoptar el Plan de Igualdad obviando el acuerdo porque el bloqueo negociador por parte de los representantes de los trabajadores no sirve como justificación razonable del incumplimiento de la obligación de la empresa de contar con un plan de igualdad o, al límite, como justificación de la implementación unilateral de un plan de igualdad provisional.

Pues bien, sobre esta doctrina, ahora el TSJ añade que un bloqueo negociador también sirve para poder proceder a la inscripción del Plan de igualdad si no se alcanzó el acuerdo.

La empresa carece de representantes legales de los trabajadores en sus ocho centros de trabajo y ha intentado constituir una comisión negociadora, durante un periodo superior a un año, con los sindicatos más representativos, sin que por éstos se haya accedido a ello.

Se trata de una situación excepcional por ausencia de órganos representativos de los trabajadores, en la que no se puede exigir a la empresa una mayor diligencia. Porque por mucho que insista ante los sindicatos, los mismos no han mostrado ninguna intención de acudir en ningún plazo, a negociar el plan de igualdad, no existiendo por su parte indicación alguna de listas de espera o de medidas para paliar sus dificultades para cumplir con lo establecido en la ley.

Dispone el art. 11.1 del RD 901/2020, que los planes de igualdad serán objeto de inscripción obligatoria en registro público, cualquiera que sea su origen o naturaleza, obligatoria o voluntaria, y hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes, debiéndose asimilar a un plan adoptado sin acuerdo, la inexistencia de comisión negociadora por causa ajena a la voluntad de la empresa y no imputable a la misma que ha tratado reiteradamente de que fuera constituida.

Por ello, debe ser registrado el plan de igualdad, cuyo contenido es conforme a derecho, de forma definitiva, al no haber en el RD 901/2020 previsión alguna relativa a la provisionalidad en los planes de igualdad ni previsión sobre clases de inscripción, pues la norma establece la obligatoriedad de la inscripción incluso para los planes adoptados sin acuerdo entre las partes.

TSJ Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 943/2023, de 23 de noviembre. (Rec. nº 833/2023)

14. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Cesión ilegal y plataformas digitales de reparto de comida: “Just Eat” y su actividad con terceros.

El TSJ de Cataluña determina, en contra del criterio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que en la relación existente entre las mercantiles Just Eat Fleet no se puede calificar como cesión ilegal de mano de obra.

En el presente caso no se discute la existencia de la mercantil empleadora Fleet, con una organización y estructura empresarial propias, el dato más relevante es determinar si efectivamente dicha empresa pone en juego su organización y estructura empresarial, en el desarrollo de la actividad de reparto, que le ha sido subcontratada por Just Eat.

De la prueba practicada, resulta que la actividad principal que desarrolla la mercantil Just Eat es la intermediación en la gestión de pedidos de comida, por internet, utilizando la plataforma digital Just-Eat (web y app); a través de dicha plataforma digital se ponen en contacto los restaurantes asociados (que son los clientes de Just-Eat, y quienes le abonen dicho servicio), y los consumidores finales (usuarios). Esta actividad la realiza Just Eat, a través de la citada plataforma, donde el usuario realiza el pedido desde la página web o la app de Juste Eat, el pedido se procesa y almacena por parte de Just Eat en una aplicación denominada «Order Management», remitiéndose el pedido a un terminal denominado «Order Pad» que comparten Just Eat y los restaurantes clientes, el restaurante acepta el pedido y dicha aceptación es comunicada a Just Eat, a través del «Order Pad».

Por otra parte, también ha quedado probado que, como actividad accesoria, y para los restaurantes que no tienen un servicio propio de reparto a domicilio, Just Eat, también les ofrece este servicio, que subcontrata con otras empresas dedicadas específicamente a la actividad de reparto; y que, para Barcelona, Cornellà y L'Hospitalet de Llobregat y Lleida, es Fleet Delivery Solutions, S.L.

Para el desarrollo de esta actividad ha quedado probado que Fleet, aporta no sólo los trabajadores, sino también su organización y estructura empresarial, puesto que conforma un equipo de trabajo, formado por un Coordinador de tráfico, Jefes de Tráfico y los repartidores; siendo los Jefes de Tráfico de Fleet quienes organizan y controlan e imparten instrucciones a los repartidores; y, aunque Just Eat remite a Fleet semanalmente una previsión del volumen de pedidos por días y franjas horarias, son los Jefes de tráfico de Fleet, quienes determinan el número de repartidores que asigna, y lo adecúan al volumen real que se presenta durante la semana. Por otra parte, las especificaciones que se realizan en el contrato suscrito entre ambas mercantiles, respecto a las condiciones en la prestación de servicios, se refieren tanto a la calidad y eficiencia del servicio, así como de protección de la marca Just Eat, que entra dentro del interés empresarial de supervisar la buena prestación del servicio subcontratado. Sin que se haya constatado que exista interlocución ni relación alguna entre el personal de Just Eat y los repartidores.

En el Acta de infracción se fundamenta la apreciación de la cesión ilegal, sustancialmente, en que se considera que es la mercantil Just Eat la que ejerce el control, dirección y organización de los repartidores y del trabajo de los mismos, a través de las herramientas informáticas, el software Yuso y la aplicación móvil Driver para el repartidor, que señala, son propiedad de Just Eat. Sin embargo, ello ha quedado desvirtuado por la prueba practicada en el acto de juicio, y, especialmente, por el informe pericial propuesto por la parte actora y que fue ratificado en el acto de juicio; de donde resulta que dichas herramientas se utilizan por Fleet para la gestión del reparto, asignación de pedidos y control de los repartidores, y si bien la licencia de dichas herramientas la tiene Just Eat, le ha cedido el uso de las mismas a Fleet, a través de sublicencia, por la que Fleet paga un canon; y es Fleet la única que tiene acceso a las mismas, siendo independientes de la plataforma de Just Eat para la gestión de los pedidos.

Es la empresa Fleet la que crea un usuario independiente para cada uno de los repartidores, con su contraseña y les da de alta en la aplicación Driver, debiendo comunicar a Just Eat el número de dispositivos en que se activa la aplicación; y cada repartidor ha de instalarse, en el dispositivo móvil, la aplicación, a fin de que pueda recibir y gestionar los pedidos asignados. La empresa Just Eat, únicamente tiene acceso a datos relativos a la fase y tiempo en que se encuentra el pedido y el porcentaje de conectividad de los repartidores, a través de la herramienta de un software de análisis denominado «Tableau», y que encuentra su justificación en la coordinación que como contratista principal ha de realizar con la empresa subcontratada.

También ha quedado probado que es Fleet la que dota a su personal de ordenadores, impresoras, para los Jefes de Tráfico, en cuanto a los dispositivos móviles en un periodo los repartidores usaban sus propios móviles, y en otro periodo, ha sido Fleet la que los proporciona, lo mismo sucede con los vehículos que utilizan los repartidores; en cualquier caso, Just Eat, nunca ha proporcionado dicho material.

En cuanto a la ropa que llevan los repartidores, y las mochilas o bolsas para transportar los alimentos, ha quedado probado que llevan el logo de Just Eat, y que se debe a un contrato de servicios de marketing y publicidad, suscrito por ambas mercantiles, por el que Just Eat, además de proporcionar a Fleet este material, le abona una cantidad.

Por todo lo expuesto, se ha de concluir que nos hallamos ante la lícita subcontratación de los servicios de reparto, que tiene autonomía y se diferencia de la actividad principal prestada por Just Eat, de intermediación y gestión de los pedidos; circunscribiéndose la intervención de Just Eat a los aspectos de coordinación y control de la calidad y eficiencia del servicio prestado por la empresa subcontratada Fleet.

TSJ de Cataluña. Sala de lo Social. Sentencia nº 39/2923 de 11 de diciembre de 2023. (Rec. nº 57/2022)

15. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA COMUNIDAD VALENCIANA

Trabajadora de baja por IT a la que se le comunica la no superación del período de prueba: ¿despido nulo?

En el presente caso, el 4 de agosto de 2022 se comunica verbalmente a la trabajadora que desde esa fecha deberá prestar sus servicios en el Ayuntamiento. En la misma fecha se remite un correo electrónico a la cuenta facilitada por la trabajadora comunicándole tales extremos. La trabajadora no se presenta en el puesto de trabajo. En fecha 16 de agosto se comunica a la trabajadora la baja laboral del Ayuntamiento por no superar el periodo de prueba recogido el contrato laboral. En esa misma fecha la trabajadora remitió al Ayuntamiento de Benidorm la documentación relativa a su baja laboral por ansiedad.

El TSJ determina que la extinción del contrato por no superación del período de prueba es lícita y desestima el recurso interpuesto por la trabajadora. Concretamente, razona el TSJ que la comunicación de baja que realizó el Ayuntamiento a la trabajadora por no superar el periodo de prueba aparece totalmente alejada de cualquier propósito atentatorio de la garantía de indemnidad (art. 24 CE) o de otro derecho fundamental. La demandante no ha probado indicios de vulneración de derecho fundamental, pues no lo es la remisión al Ayuntamiento el mismo día de una baja por ansiedad. Y en cualquier caso, la empleadora ha acreditado que su actuar está lejos de toda sospecha de represalia o castigo.

A lo expuesto debemos añadir, recordando una doctrina jurisprudencial reiterada y desarrollada, por ejemplo, en la STS de 2 de abril de 2007 (Recurso de Casación para la UD nº 5013/2005), que la decisión empresarial de desistir del contrato de trabajo durante el periodo de prueba no está sujeta a ninguna formalidad ni exige la invocación y prueba de ninguna causa objetiva.

Así, se razona por el Tribunal Supremo en esa sentencia lo siguiente:

“... siendo el periodo de prueba una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba este todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión este motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 C.E o vulnere cualquier otro derecho fundamental.”

Por tanto, si la empresa comunicó la extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba y no hay constancia de que esa decisión estuviera motivada por ningún móvil discriminatorio, debemos concluir que no estamos ante un despido sino ante el lícito desistimiento del contrato de trabajo previsto en el artículo 14 ET, tal como lo entendió la sentencia recurrida que, en consecuencia, debe ser confirmada

TSJ Comunidad Valenciana. Sentencia de 14 de diciembre de 2023. (Rec. nº 475/2022)

Departamento Laboral y de Seguridad Social.

Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral

Email: ortegaf@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Jorge Barbat Soler

Email: jbarbat@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Raül Sala Cuberta

Email: rsala@ortega-condomines.com