



PERE VIDAL

Senior Associate PwC



Recientemente hemos podido leer en prensa varios titulares, anunciando que nuestros tribunales han avalado el despido de una trabajadora «por no comunicar que cobraba de más».

Concretamente, se refieren al supuesto analizado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29 de marzo de 2017, que confirma la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Murcia de 18 de diciembre de 2016, que declaró procedente el despido de una trabajadora que había solicitado – y la empresa le había concedido – una reducción de jornada por cuidado de hijo menor. Sin embargo, la empresa había seguido abonando a la trabajadora el salario a tiempo completo, sin variación alguna.

Al percatarse del error, la empresa comunicó a la trabajadora, por burofax, que había estado percibiendo más cantidad de salario que la que le correspondía, requiriéndola para que devolviera la cantidad indebidamente percibida (un total de 7.382,79 euros), planteándole incluso la posibilidad de restituir dicho importe en seis mensualidades. Planteamiento al que la trabajadora se negó.

Así las cosas, la empresa, además de interponer la correspondiente reclamación de cantidad, le notificó su despido disciplinario, imputándole una trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, por el hecho de «haber omitido el error en el pago por parte de la empresa cuando la actora fue consciente del mismo desde el se-

# Despedida por no comunicar el percibo de salarios indebidos

## ¿Podrían los trabajadores alegar que estamos ante un derecho adquirido?

### En cuanto se detecte el pago de cantidades indebidas en nómina, la empresa deberá interrumpir la prescripción

gundo mes; y después de un año, se le imputa que la actora no acepte la devolución fraccionada en 6 meses».

Pues bien, la sentencia del TSJ de Murcia de 29 de marzo de 2017 afirma con rotundidad, en un conciso – pero contundente – Fundamento Jurídico Tercero, que la sanción de despido «es proporcional a la gravedad de los hechos de la carta de despido [...], al estar un año cobrando más sueldo que le correspondía a sabiendas [...] y no devolver posteriormente el dinero», desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora despedida y confirmando la sentencia de instancia en su integridad.

#### No es un caso aislado

A pesar de que esta sentencia ha llamado la atención de los periódicos, lo cierto es que no estamos ante un caso aislado, sino que estamos ante una secuencia de hechos que se ha debatido en más de una ocasión ante la Jurisdicción Social, con resultados similares. Podemos citar, a modo de ejemplo, las sentencias del TSJ de Madrid de 5 de mayo de 1992 o la sentencia del TSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2004.

Así, los tribunales suplicatorios madrileño y catalán, han resuelto en términos similares a los expuestos por

la sala murciana, considerando que estamos ante un flagrante fraude, abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual de las trabajadoras en cuestión, admitiendo sin tapujos la imposición del más severo reproche laboral, sancionando tales conductas con el despido disciplinario.

Concretamente, la sentencia del TSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2004, nos dice que si la trabajadora «observó que le venían pagando igual que durante el tiempo en que realizaba ocho horas, cuando en realidad estaba trabajando solo cinco, es quien desde luego hubo de aclarar que ocurría», declarando procedente su despido.

Sin embargo, además de la consecuente sanción disciplinaria, las dudas que surgen a una empresa que ha sido víctima de esta conducta maliciosa por parte de sus empleados, giran en torno a cómo puede recuperar las cantidades indebidamente percibidas, haciéndose la siguiente pregunta: ¿Pueden descontarlas directamente de las nóminas mensuales? O si, por el contrario, ¿Es imprescindible reclamar judicialmente la deuda, sin que sea posible el descuento directo?

#### Prescripción

Ciertamente, la Audiencia Nacional, en sentencia núm. 164/1995 de

14 diciembre, el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de diciembre de 1996, así como la doctrina de los TSJ (Canarias núm. 1107/2006 de 25 septiembre y País Vasco de 26 de septiembre de 2000), parecen admitir que la empresa realice el reintegro de los salarios indebidamente percibidos, haciendo las oportunas deducciones directamente de las nóminas mensuales.

Ahora bien, ¿podrá la empresa recuperar toda la deuda? En mi opinión, deberemos atenernos al plazo general de prescripción de 1 año previsto en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores. Por lo tanto, a priori, solamente podrían recuperarse las cantidades indebidamente percibidas durante los últimos doce meses.

Por lo tanto, en cuanto se detecte el pago de cantidades indebidas en nómina, la empresa deberá interrumpir la prescripción, remitiendo una comunicación fehaciente (bien en mano, bien mediante burofax con acuse de recibo), reclamando la totalidad de la deuda.

Y por último, ¿Podrían los trabajadores alegar que estamos ante un derecho adquirido/condición más beneficiosa? El pago de lo indebido como consecuencia de una ocultación maliciosa del trabajador o consecuencia de un error empresarial, difícilmente resultaría incluíble en el concepto de condición más beneficiosa.



# Han citado a mi empresa en un procedimiento penal. ¿Quién debe declarar como investigado?



CÉSAR ZÁRATE

Abogado de ECIJA



Si tuviéramos que elegir cuál es el tema legal de mayor actualidad para las empresas, sin duda alguna ese sería el *Compliance*.

El ordenamiento jurídico siempre ha sido de obligado cumplimiento para todos y que las empresas se encuentren sujetas a las normas que lo conforman no es ni mucho menos una novedad. Sin embargo, lo que sí que podemos considerar novedoso, al menos en nuestro país, es que las empresas, tras las dos últimas reformas del Código Penal (2010 y 2015), se hayan visto en la necesidad de adoptar una metodología adecuada, a fin de alcanzar el mayor grado de cumplimiento posible y acreditar así su diligencia debida ante la posible comisión de un delito en el desarrollo de su actividad.

Con la reciente publicación de la UNE-19601:2017 sobre los *Sistemas de gestión de Compliance penal*, unida a la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*, las empresas ya cuentan con las directrices a seguir en lo que respecta a la metodología adecuada

## Donde todavía contamos con una menor armonización es en la práctica procesal de nuestros Juzgados y Tribunales

### Esta primera comparecencia de la persona jurídica podrá practicarse únicamente con el abogado que lleve la defensa

a fin de lograr que entre sus empleados y directivos se encuentre muy presente la cultura del cumplimiento normativo y del comportamiento ético empresarial. La efectiva implementación de este tipo de sistemas, nos servirá para acreditar que la voluntad de la compañía en el desarrollo de sus actividades, no fue nunca la de delinquir.

Ahora bien, donde todavía contamos con una menor armonización, es en la práctica procesal de nuestros Juzgados y Tribunales, quienes en muchas ocasiones parece no han adaptado su funcionamiento a las últimas reformas sobre el tratamiento procesal de la persona jurídica.

#### El declarante

Dos años después de la última reforma sigue siendo muy habitual que, ante la interposición de una querrela contra una persona jurídica, el juzgado instructor se limite a citar a su representante legal, sin especificar si le cita como posible autor de los hechos

en virtud de los artículos 28 o 31 del CP (autoría de personas físicas) o en virtud del artículo 31 bis del Código Penal, que establece la posibilidad de que sea la persona jurídica la criminalmente responsable de los hechos. No cabe ninguna duda de que para el declarante, es de especial importancia conocer si va a declarar como persona física que ostenta un cargo de representación en la empresa o si lo hace como representante especialmente designado por la persona jurídica, ostentando esta última la condición de investigado.

Procesalmente tampoco es una cuestión baladí. En primer lugar, porque en fases posteriores del procedimiento, no se podrá dirigir la acusación contra quien no haya declarado durante la fase de instrucción, y por el mero hecho de que se cite a un representante legal de una compañía a declarar en calidad de investigado, no se puede entender que es la persona jurídica la que podrá terminar finalmente acusada y condenada.

Por otra parte, la estrategia procesal a seguir no será la misma en un caso o en otro. Si la citación va dirigida al representante legal de la compañía sin especificarse el nombre o cargo concreto, deberá acudir al Juzgado quien cuente con poderes de representación legal en el sentido dispuesto en los artículos 209 y 233 de la Ley de Sociedades de Capital (el órgano de administración), no siendo suficiente un poder de representación procesal. No obstante lo anterior, en ocasiones los juzgados son muy flexibles en cuanto a los poderes de representación presentados por el deponente.

#### Comparecencia de la persona jurídica

Si por el contrario el juzgado de instrucción cita expresamente a la persona jurídica, esta citación tendrá una serie de particulares, que no podrán ser obviadas por el instructor. Me refiero a los derechos previstos en el artículo 119 del Código Penal.

En primer lugar, la citación deberá contener un requerimiento a la entidad para que proceda a la designación de un representante, advirtiéndole a la misma que la falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con su abogado y procurador, quienes sí deberán ser designados ya sea de manera particular o de oficio. En este punto será recomendable que la persona que se designe, no se encuentre especialmente vinculada con los hechos, ya que de ser así podría interponer sus intereses personales a los de la propia sociedad.

Otra particularidad de esta primera comparecencia de la persona jurídica es que podrá practicarse únicamente con el abogado que lleve la defensa, quien una vez informado de los hechos que se imputan a su cliente decidirá si se acoge a su derecho a no declarar, o si contesta a las preguntas que le hagan tanto el juez como el resto de las partes personadas.

El hecho de que el abogado que lleva la defensa letrada de una empresa, sea la persona que declare ante el juzgado podría parecer *a priori* una solución un poco extravagante, pero lo cierto es que en ocasiones puede ser una solución muy a tener en cuenta. Sus intereses serán siempre coincidentes con los de su cliente, es decir la sociedad, sin que influya en su declaración intereses particulares de otras personas implicadas en el procedimiento y por otra parte, un abogado experto en la práctica procesal sabrá cómo y con qué detalle debe contestar a las preguntas del resto de las partes para no perjudicar así a su cliente.