



CIRCULAR LABORAL 31/2020

7 de septiembre de 2020

## **RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: SEPTIEMBRE 2020.**

---

### **1. TRIBUNAL SUPREMO**

**La imposición a los trabajadores de una cláusula de rendimiento mínimo abusiva la convierte en nula.**

Imponía la ONG Médicos sin Fronteras una cláusula en los contratos de sus captadores, fijando unos objetivos mínimos de imposible cumplimiento.

Se ha demostrado que, en 2016, solo un 11% de los captadores de MSF Galicia, podría cumplir con la cláusula de objetivos mínimos, y se ha probado también que el incumplimiento ha aumentado progresivamente, y que ningún trabajador ha logrado objetivos todos los meses.

Los objetivos, establecidos en la cláusula impugnada, son abusivos por irrazonables y de imposible consecución; además, la cláusula está falta de homogeneidad, pues no existe término comparativo en condiciones iguales que permitan evaluar el rendimiento, en atención a los distintos escenarios que pueden darse.

La cláusula en cuestión, además de haber sido impuesta unilateralmente por la empresa, sin negociarse con los trabajadores, encierra un régimen disciplinario, -al regular la cualidad de falta disciplinaria por la no consecución de objetivos-, en el que no se valora la voluntariedad del trabajador.

Debería haber valorado no solo las circunstancias objetivas concurrentes, como la propia voluntad de comprador, la situación del mercado, los precios ofertados, la competencia de otras compañías o la crisis económica, sino también las circunstancias subjetivas de los trabajadores.

No son iguales las condiciones de trabajo de los equipos “Door to Door” que las de los equipos “Face to Face”, y ni dentro de este último el equipo de mañana y el equipo de tarde, las zonas asignadas son diferentes, las ciudades a las que se desplazan son diferentes, y la cláusula de objetivos mínimos es idéntica en todos los contratos de todos los captadores, lo cual provoca una diferencia en los resultados alcanzados, sin que sea responsabilidad de los trabajadores.

Aprecia también la Sala otro factor de desequilibrio, -la exigencia de cumplimiento acumulativo de los objetivos por número de socios y cuantía de la suscripción-, con el que nuevamente quiebra la necesaria homogeneidad. Las circunstancias socioeconómicas de la zona (desempleo, renta per cápita, u otros) pueden hacer que los socios puedan no aportar la cuota mínima, o viceversa.

El que la ONG se reserve, en caso de incumplimiento de los objetivos, sustituir la extinción del contrato por otras fórmulas disciplinarias, como amonestaciones escritas o suspensiones de empleo y sueldo, es buena muestra de que los objetivos propuestos no son razonables por la práctica imposibilidad de alcanzarlos, puesto que, si no fuera así, si fueran razonables y no abusivos, sería ininteligible que la empresa se reserve, sin fundamento objetivo alguno, el mantenimiento de la relación laboral de trabajadores improductivos en su plantilla.

**Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 600/2020, 3 Jul. Rec. 217/2018.**

## 2. TRIBUNAL SUPREMO

**Cobrar en negro abre la puerta al trabajador para solicitar una extinción indemnizada del contrato.**

Con esta sentencia, el Supremo intenta acabar (cuestión harto compleja y que se nos antoja muy difícil en nuestro país) con la economía sumergida o al menos pretende que afloren muchas situaciones en las que los trabajadores están desamparados.

En muchas ocasiones, y muy especialmente en algunos sectores muy determinados -con especial relevancia en el sector al que se refiere esta sentencia- el empresario ofrece pagar una cantidad en A y otra en B y el trabajador se ve obligado a aceptar esta situación pese a que no le favorece en absoluto. Por ello se le está reconociendo acudir a los Tribunales y solicitar una extinción del contrato con todas las garantías legales.

Esto es lo que ha sucedido con 3 peones agrícolas que eran contratados de forma fija-discontinua por una empresa hortofrutícola para distintas campañas, y siempre se les abonaba una cantidad en nómina y otra en sobre. Además, al finalizar cada campaña, la empresa emitía unos finiquitos que luego no se cobraban.

El artículo 50 del ET declara que permite al empleado solicitar la extinción de su contrato con la indemnización del despido improcedente en determinados supuestos tasados y también incluye una expresión como *“cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario”*.

Pues bien, esta fórmula genérica incluye incumplimientos en materia de Seguridad Social y no cabe duda que percibir parte del salario en “negro” de forma reiterada es causa suficiente para solicitar la extinción indemnizada.

La obligación de cotizar es una obligación legal, pero no solo de una parte, sino del total de la remuneración mensual cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie.

La ocultación por parte del empresario de parte de las retribuciones perjudica al arca de la Seguridad Social, es decir, a todos nosotros, pero particularmente al empleado individualmente considerado, pues la mayoría de las prestaciones económicas se calculan en función de lo que se ha cotizado. Pero también proyecta sus efectos sobre otros ámbitos como podrían ser prestaciones a cargo del Fondo de Garantía Salarial.

Un aspecto muy importante que destacar es el mal llamado “consentimiento del trabajador”. Y es que en la mayoría de los casos este consentimiento no es libre y voluntario. Es un “o lo tomas o lo dejas”. Y en estas circunstancias, que no se haya reclamado anteriormente no significa pasividad absoluta y no puede enervar el cumplimiento del empresario, único obligado en esta especial circunstancia.

En suma, la ocultación documental de una parte del salario y a lo largo de un periodo muy dilatado, supone el incumplimiento del deber de cotizar a la Seguridad Social y es un grave quebrantamiento de las obligaciones empresariales, merecedora de una indemnización en favor del trabajador.

La legislación laboral española permite que el contrato de trabajo se extinga "por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario" y la lista del art. 50 es una lista abierta que acoge todas las posibles irregularidades en el pago de los salarios, máxime desde la promulgación de la Ley 11/1994 de 19 de mayo, que añadió a tal lista, “cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones por parte del empresario”.

**Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 480/2020, 18 Jun. Rec. 893/2018.**

### **3. AUDIENCIA NACIONAL**

**ERTE por Covid-19: la comunicación a los afectados por mail es idónea dadas las circunstancias del momento.**

Ante la imposibilidad de dar continuidad a la actividad productiva de la empresa, como consecuencia de haberse decretado el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se comprometió a comunicar a cada trabajador de forma individual el alcance de las medidas que fueran de aplicación si se aprobaba el ERTE por parte de la Autoridad Laboral. Asimismo, les advirtió que, ante la imposibilidad de realizar la entrega de la comunicación de manera presencial, -también como consecuencia de los aislamientos impuestos por la crisis del Coronavirus-, se informaría mediante la cuenta de correo electrónico vinculada con el Portal del Empleado.

La Audiencia Nacional refrenda esta forma de comunicación porque la necesaria adaptación a la realidad social imperante en ese momento obligaba a apartarse de lo que son los hábitos y usos ordinarios en las comunicaciones entre empresario y trabajador.

El correo electrónico como forma de comunicación para informar a los trabajadores sobre su inclusión en el ERTE por fuerza mayor, fue un sistema adecuado atendiendo a las circunstancias concurrentes en ese momento, y no consta que a través de este canal de comunicación no quedaran salvaguardados los derechos fundamentales de intimidad de los trabajadores, ni se garantizase la autenticidad y fehaciencia de lo comunicado.

En cuanto a la fehaciencia de lo comunicado, no es cierto que en el caso el WhatsApp, email y otras aplicaciones similares permitieran la circulación de información de forma anónima; al contrario, la empresa ha aportado diferentes correos electrónicos remitidos desde una dirección con dominio de la compañía (de cuya autenticidad no se duda) y en algunos casos hasta consta la firma del trabajador en la casilla correspondiente, lo que evidencia la efectiva recepción del documento.

Recuerda además la sentencia que durante la vigencia del Estado de Alarma estaba limitada la libertad de deambulación de las personas pudiendo únicamente circular por las vías de uso público para la realización de actividades muy tasadas, y entre ellas no figuraba la de desplazarse para recibir una comunicación de la empresa.

Desde un punto de vista formal, se cumplen las exigencias de la norma estatutaria en cuanto a la identificación de la causa del ERTE, la concreción de las medidas autorizadas, o su duración, y también se informaba de los trámites a seguir para poder cobrar la prestación por desempleo, datos más que suficientes para la Sala para agotar las exigencias de información.

No es razonable pretender que en cada comunicación individual del cese se hagan constar -de manera expresa y pormenorizada- los prolijos criterios de selección que normalmente han de utilizarse en los PDC que afecten -como es el caso- a grandes empresas y numerosos afectados. No cabe dar a la carta de despido una extensión tan desmesurada e innecesaria como la pretendida por el sindicato accionante.

**Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 59/2020, 29 Jul. Rec. 124/2020.**

#### **4. AUDIENCIA NACIONAL**

##### **“Dies a quo” de los permisos retribuidos tras el pronunciamiento del TJUE.**

La práctica habitual en las empresas demandadas, con actividad en el sector de alimentación, es que el inicio del disfrute de los permisos retribuidos tenga lugar desde el hecho causante, con independencia de si ese día es laborable o no para el empleado.

El sindicato articula su demanda de conflicto colectivo interesando que los periodos de licencias retribuidas establecidos en el Convenio Colectivo del Grupo de empresas comiencen su cómputo a partir del primer día siguiente laborable al hecho causante.

Tiene declarado el Supremo que todo permiso tiene sentido cuando sirve para atender a la causa que lo permite, de ahí que se exija una cierta inmediatez entre la necesidad que cubre el permiso y el efectivo disfrute de éste.

Y muy recientemente, el pasado 4 de junio, ha declarado el TJUE en la sentencia dictada en el Asunto C- 588/18 -la cual ya comentábamos en nuestra anterior Circular Laboral 27/2020 del pasado mes de julio- que es contrario al derecho de la Unión una normativa nacional que no permite a los trabajadores reclamar el disfrute de los permisos retribuidos en días en los que estos trabajadores deben trabajar, cuando las necesidades y obligaciones para las que están previstos estos permisos retribuidos se producen durante los períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas.

La Audiencia se adapta a este fallo y declara el "dies a quo" del cómputo de los permisos retribuidos, establecidos en el Convenio Colectivo del Grupo de empresas cuando el hecho causante del permiso sucede en día no laborable para el trabajador debe iniciarse en el primer día laborable siguiente.

También aclara todos los permisos regulados en el Convenio (salvo el de matrimonio) se deben disfrutar en días hábiles para el trabajador.

Y en relación con el permiso por matrimonio, señala que si en el ejercicio de la opción establecida en el convenio, el día inicial, es no laborable para el trabajador/a, tiene que iniciarse en el primer día laborable siguiente para el mismo.

Razona la sentencia que esta interpretación es la que mejor se coherente con la finalidad perseguida por los permisos retribuidos, que sólo tienen sentido si se proyecta sobre un período de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues -de lo contrario- carecería de sentido que su principal efecto fuese "ausentarse del trabajo".

Por ello, lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario, y en el caso, en la medida en que el Convenio habla de "permisos retribuidos", lo que claramente evidencia que tales permisos se conceden para su disfrute en días laborables, pues en días festivos no es preciso pedirlos porque no se trabaja.

La Audiencia Nacional estima las demandas en la parte relativa al cómputo de los permisos retribuidos a partir del primer día laboral, disfrutándose en días hábiles, salvo el de matrimonio por cuanto está referido a días naturales y desestima el resto de pretensiones.

**Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 47/2020, 6 Jul. Rec. 113/2018.**

## 5. JUZGADO DE LO SOCIAL N.º 26 DE BARCELONA

**Una sentencia considera que los despidos injustificados en tiempos de COVID son improcedentes y no nulos.**

Aunque por el momento no existe doctrina jurisprudencial consolidada al respecto y hasta que el Supremo se pronuncie en unificación de doctrina, el Magistrado en cuestión considera que los despidos que tengan lugar en contravención en el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 deben ser declarados improcedentes, y no nulos. Este no es un criterio unánime pues otra sentencia previa que dilucidaba el mismo supuesto, concretamente aquella del Social nº 3 de Sabadell (nº 93/2020) del pasado 6 de julio (Autos 316/2020) entendió, por el contrario, que en estos supuestos la medida extintiva debe entenderse como nula y por tanto procede la readmisión del empleado.

Esta es una muestra más de la absoluta -y preocupante- inseguridad jurídica actual derivada del auténtico “Tsunami” normativo derivado de la pandemia. Son tantas las cuestiones de calado sumamente relevantes que generan “claroscuros” y diversidad de opiniones que se hace difícil, prácticamente imposible, tener las mínimas certezas que exige el normal funcionamiento de las entidades.

Desde luego, y en el presente caso, nuestro criterio concuerda con el contenido en la sentencia que comentamos pues la previsión normativa, como veremos, para nada “prohíbe” expresamente estas extinciones ni las tilda, sin más, como nulas.

Ampliando lo apuntado de forma genérica, debemos recordar que el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 claramente dispone que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada no son justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido, pero no aclara si en caso de despido, éste sería nulo o improcedente.

Para el Juzgado, un despido, aparentemente disciplinario, que se produce en plena crisis sanitaria, y también económica, por la paralización de la actividad productiva, provocada por la pandemia, y al estar basado en excesivamente genéricos y sin el mínimo respaldo probatorio, debe declararse improcedente al no ajustarse a una reprobable conducta del trabajador, sino a la decisión empresarial motivada en el contexto socioeconómico.

Hasta que el Supremo se pronuncie en unificación de doctrina, pues es evidente que este tema “va a traer cola” el Magistrado del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona considera que los despidos que tengan lugar en contravención en el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 deben ser declarados improcedentes, y no nulos.

Entiende que no existe obstáculo alguno que permita predicar la aplicación de la doctrina jurisprudencial consolidada sobre los despidos sin causa, y que la declaración de nulidad debe reservarse para los casos más graves, expresamente previstos en la ley, especialmente relacionados con los derechos fundamentales.

Señala también la sentencia que el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 no introduce una prohibición, sino que solo se limita a apuntar que las causas de fuerza mayor o de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, derivadas de la crisis por el COVID, que podrían justificar un expediente de regulación temporal de empleo, con la mera previsión de que estas causas no justifican el despido, un despido sin causa es improcedente; pero no nulo.

Por ello en el caso del trabajador demandante, chofer en una empresa dedicada al sector del mueble, que fue despedido bajo la apariencia de un despido disciplinario, en el que la empresa ni siquiera ha tratado de acreditar la supuesta infracción del trabajador, se está ante un despido sin causa que debe ser declarado improcedente, y no nulo.

**Juzgado de lo Social nº 26 Barcelona, Sentencia 10 Julio 2020. Proc. 348/2020.**

---

*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*