

Pérez-Llorca

Newsletter
Laboral



09 / 2017

Índice

Artículos Doctrinales

- 4 Las cláusulas de bajo rendimiento pactado como condición resolutoria de los contratos de trabajo
Lourdes Suero Marcos

Novedades Jurisprudenciales

- 6 Clarificación de los criterios para monitorizar y controlar las comunicaciones de los trabajadores
Daniel Cifuentes e Ignacio Sanz
- 7 Rechazar un puesto en otra localidad tras una excedencia voluntaria no es una baja voluntaria
M^ª Eugenia de la Cera
- 8 Los comités de empresa sólo pueden negociar convenios colectivos para los centros de trabajo que representan
M^ª Eugenia de la Cera y Paula Chichón
- 9 Sobre la importancia de determinar el alcance de las mejoras pactadas en el convenio colectivo
M^ª Eugenia de la Cera e Ignacio Sanz
- 10 Especial protección de la mujer embarazada en el seno de un despido colectivo
Isabel Moya
- 12 Los trabajadores no pueden elegir un turno de trabajo en exclusiva cuando solicitan una reducción de jornada por guarda legal
Aymara Santamaría

LAS CLÁUSULAS DE BAJO RENDIMIENTO PACTADO COMO CONDICIÓN RESOLUTORIA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

Lourdes Suero Marcos • Abogada

El artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores (“ET”) establece como motivo de extinción del contrato de trabajo *“las causas consignadas válidamente en el contrato”*. De manera que las partes contratantes pueden pactar las condiciones resolutorias de su relación laboral, siempre y cuando las mismas *“no constituyan abuso manifiesto por parte del empresario”*.

Pero, ¿qué tipo de cláusulas resolutorias son viables pactar? Para dar respuesta a esta cuestión tenemos que dirigirnos irremediabilmente al estudio de la doctrina judicial y jurisprudencial.

En ella encontramos que se viene generalmente aceptando el pacto de condiciones resolutorias ligadas a distintos aspectos. Las más conocidas son aquellas ligadas a la obtención o el mantenimiento por parte del trabajador de un permiso de trabajo, de una titulación o del carnet de conducir.

Sin embargo, el establecimiento de otro tipo de condiciones resolutorias ha sido motivo de discrepancia entre la doctrina de nuestros tribunales.

El caso más controvertido es, seguramente, el de las condiciones resolutorias ligadas a objetivos de productividad, las cuales se entiende que tienen encaje en el ámbito del artículo 49.1.b) del ET, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos generales: (i) que no entrañen un abuso de derecho; (ii) que hayan sido incorporadas al contrato de trabajo mediante consenso o pacto expreso; y (iii) que el convenio colectivo que resulte de aplicación no imponga o establezca otros requisitos formales.

Ahora bien, si analizamos detenidamente los pronunciamientos judiciales, en la gran mayoría de las ocasiones nos encontraremos con que se exige, adicionalmente:

- a. la existencia de un elemento de comparación para llegar a la conclusión de que efectivamente nos encontramos ante una justificación válida para extinguir el contrato de trabajo, ya sea atendiendo a un criterio subjetivo (tomando como medida el conseguido por el propio trabajador con anterioridad) u objetivo (remitiéndose al rendimiento marcado por otros trabajadores que realicen la misma actividad); y
- b. que el rendimiento pactado pueda ser alcanzable por el trabajador, con el fin de constatar la existencia de un descenso de rendimiento imputable al mismo.

Por tanto, en definitiva, si bien es cierto que, desde un punto de vista de gestión de recursos humanos, este tipo de cláusulas pueden tener un efecto motivador y generar una expectativa en el trabajador, desde una perspectiva técnico-jurídica no otorgan al empresario una facultad resolutoria absoluta e incondicionada, en la medida en que los tribunales analizan su ejercicio bajo unas exigencias muy cercanas al despido disciplinario por bajo rendimiento.

En la práctica, las cláusulas ligadas a objetivos que han sido declaradas abusivas, o que han dado lugar a la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo, son aquellas en las que (i) los objetivos no están fijados de una manera adecuada, o cuando los mismos son modificados de manera unilateral o arbitraria por parte del empresario; (ii) cuando no se informa al trabajador del sistema de medición; o (iii) cuando no se acredita si el rendimiento era alcanzable por el trabajador.

A modo de ejemplo, citamos la doctrina establecida en la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 14 de diciembre de 2011, mediante la que se declara el carácter abusivo de una cláusula con el siguiente tenor literal: *“El representante vendrá obligado a una venta mensual de 12.621,25 euros, y la consecuencia de un mínimo de 100 pedidos igualmente al mes. En el supuesto de no obtenerse alguna de las condiciones señaladas en cuanto a venta mínima mensual o pedidos, la empresa podrá dar por rescindido el contrato, sin indemnización alguna, considerándose condición imprescindible para la vigencia de este contrato lo dispuesto en la presente cláusula”*.

Por el contrario, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 12 de septiembre de 2011, declara la validez de la siguiente cláusula: *“Ambas partes acuerdan que el rendimiento mínimo que debe alcanzar el trabajador es el siguiente: 9 ventas y 9 instalaciones por mes de sistemas de seguridad comercializados por la empresa. En el supuesto de que durante tres meses consecutivos o tres meses discontinuos dentro de un periodo de seis meses no se alcanzaran los objetivos mínimos, la empresa se reserva unilateralmente el derecho de extinguir el contrato de trabajo que liga a las partes, sin derecho a indemnización alguna”*.

Por tanto, como vemos, resultará clave no sólo la literalidad de la cláusula pactada (siendo de todo punto necesario realizar un ejercicio de redacción precisa y razonada, que permita su defensa judicial en caso de impugnación) sino también la posibilidad de dar al trabajador cierto margen de error.

Finalmente, en cuanto al momento de su formalización, lo más habitual en la práctica es pactarlas al comienzo de la relación laboral. No obstante, también es posible añadirlas a contratos de trabajo ya suscritos, a través de adendas y/o anexos a los mismos, en tanto en cuanto no existe prohibición expresa en el ordenamiento jurídico, ni tampoco en la doctrina judicial, que impida su incorporación a posteriori. En todo caso, de lo que no cabe duda es que se necesita el consentimiento del trabajador, de manera que no podrán ser añadidas por la vía de la modificación sustancial de condiciones.

CLARIFICACIÓN DE LOS CRITERIOS PARA MONITORIZAR Y CONTROLAR LAS COMUNICACIONES DE LOS TRABAJADORES

Daniel Cifuentes e Ignacio Sanz • Socio y abogado

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 5 de septiembre de 2017

El pasado 5 de septiembre de 2017, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una sentencia de enorme relevancia en relación con la realización de controles empresariales sobre los medios informáticos. En concreto, la sentencia resuelve que en el supuesto enjuiciado no se había respetado, de manera suficiente, el derecho a la privacidad del demandante, vulnerando de este modo el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

La verdadera trascendencia de esta nueva sentencia radica en el hecho de que la Gran Sala revoca la sentencia dictada previamente por una de sus salas, en la que se reconocía cierta flexibilidad a la hora de llevar a cabo controles empresariales sobre los medios informáticos.

En concreto, en su primera sentencia de 12 de enero de 2016, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admitió (i) la posibilidad de que la empresa pudiese monitorizar las comunicaciones de sus empleados sobre la base de la existencia de una normativa interna (y ello a pesar de que no había quedado acreditado que dicha política había sido específicamente notificada al trabajador), y (ii) la existencia de un interés legítimo del empresario en comprobar que los trabajadores cumplen con sus obligaciones durante su jornada de trabajo.

Sin embargo, en su sentencia de 5 de septiembre, la Gran Sala rectifica este criterio y revoca la sentencia “de instancia” al entender que no se habían salvaguardado suficientemente el derecho a la intimidad y el secreto a las comunicaciones del trabajador.

Así, a los efectos de evitar un abuso empresarial en la monitorización por parte de las empresas de las comunicaciones de sus trabajadores, la Gran Sala declara que deben ser tenidos en cuenta los siguientes criterios:

- (i) que el trabajador haya sido notificado expresamente de la posibilidad de ser objeto de monitorización o de la implantación de cualesquiera otras medidas de vigilancia que pudiesen ser puestas en práctica por el empresario;
- (ii) que la extensión y grado de monitorización se ajuste al medio de comunicación utilizado por el trabajador;
- (iii) que exista, en todo caso, una razón legítima que justifique la monitorización (se excluye por tanto la posibilidad de controles discrecionales y aleatorios por parte del empresario); y
- (iv) que no existan otros medios o métodos de monitorización menos invasivos.

En todo caso, cabe resaltar que el criterio mantenido en este pronunciamiento se alinea con la posición mantenida hasta la fecha por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que exige (i) la previa notificación de la posibilidad de monitorización y (ii) la aplicación del “test de proporcionalidad” como requisitos inexcusables para poder controlar las comunicaciones de los trabajadores (salvo en circunstancias muy excepcionales).

RECHAZAR UN PUESTO EN OTRA LOCALIDAD TRAS UNA EXCEDENCIA VOLUNTARIA NO ES UNA BAJA VOLUNTARIA

M^a Eugenia de la Cera • Abogada

Sentencia del Tribunal Supremo número 618/2017, de 13 de julio

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en este recurso de casación para la unificación de doctrina, ha dictado una nueva sentencia sobre el derecho de reingreso del trabajador en interpretación del exiguo artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores.

En este caso, la empresa le ofrece un puesto de trabajo en una localidad distinta a aquella en la que había venido prestando servicios, lo que le obligaría a un cambio de residencia.

La sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, entiende que la no reincorporación supone que el derecho expectante del trabajador se agota e implica la resolución del contrato por su propia voluntad, en la medida en que la vacante ofrecida era de igual categoría (grupo). Sin embargo, la sentencia de contraste, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, declara que esta negativa del trabajador no supone renuncia ni dimisión alguna, sino que mantiene el derecho expectante a reincorporarse.

Ante esta evidente contradicción, el Tribunal Supremo entra a conocer del fondo del asunto y finalmente resuelve reiterando la doctrina confirmada en su sentencia de 4 de febrero de 2015, en la que se considera que la solución justa, equilibrada y respetuosa con los derechos de ambas partes es que el rechazo del trabajador no se considere una dimisión, pues lo contrario supondría una vía para que la empresa hiciese irrealizable el derecho de vuelta al trabajo que tiene reconocido el trabajador excedente.

Obiter dicta, se añade que, del mismo modo, la negativa de la empresa a incorporarlo en otra localidad tampoco podría considerarse un despido.

LOS COMITÉS DE EMPRESA SÓLO PUEDEN NEGOCIAR CONVENIOS COLECTIVOS PARA LOS CENTROS DE TRABAJO QUE REPRESENTAN

M^a Eugenia de la Cera y Paula Chichón • Abogadas

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) número 105/2017, de 10 de julio

En este caso se analiza la validez de un convenio colectivo de empresa que ha sido aprobado por los delegados de personal de algunos centros de trabajo, cuando el ámbito de aplicación se extiende a todos los trabajadores de la empresa contratados en territorio nacional.

Desde un punto de vista formal, la Audiencia Nacional rechaza la prescripción de la acción alegando que el convenio colectivo puede ser impugnado en su dimensión colectiva durante todo el periodo de su vigencia, sin que ello conculque el principio de seguridad jurídica. Es más, se entiende que esta posibilidad es una garantía de (i) el obligado y permanente respeto a las leyes y (ii) la necesaria acomodación de los convenios al sistema de fuentes establecido en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores.

Por otra parte, desde un punto de vista material, se invoca la doctrina del Tribunal Supremo sentada en su sentencia de 7 de marzo de 2012, en la que se resuelve una controversia sustancialmente idéntica sobre la base del principio de correspondencia que debe existir entre el órgano de representación que interviene en la negociación del convenio y el ámbito del personal afectado.

Así, a la luz de este principio, la sentencia sostiene que en el supuesto enjuiciado la cláusula del convenio, en la que se dispone un ámbito geográfico estatal, excede de las posibilidades de disposición de la comisión negociadora, tal y como esta había quedado integrada. Además, añade que al no ser los vicios de capacidad y legitimación susceptibles de subsanación, no cabría tampoco reducir el ámbito de aplicación del convenio a los centros cuyos representantes lo negociaron, puesto que esta no fue la intención de las partes ni la finalidad con la que se constituyó la comisión negociadora.

Por todo ello, la sentencia estima la demanda y declara la nulidad del convenio colectivo de la empresa.

SOBRE LA IMPORTANCIA DE DETERMINAR EL ALCANCE DE LAS MEJORAS PACTADAS EN EL CONVENIO COLECTIVO

M^a Eugenia de la Cera e Ignacio Sanz • Abogados

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) número 97/2017, de 27 de junio

En la empresa protagonista del caso de autos, el plan de igualdad acordado con la representación de los trabajadores establecía que el permiso de paternidad se ampliaba una semana sobre el permiso legalmente establecido. En ese momento, el beneficio pactado suponía pasar de dos a tres semanas de ausencia.

No obstante, con posterioridad a la firma del plan (concretamente, el 1de enero de 2017), entró en vigor la norma que ampliaba el permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogimiento a 4 semanas.

Ante este cambio legislativo, la empresa decidió conceder únicamente las semanas de permiso estrictamente legales. En consecuencia, el sindicato accionante impugnó la medida adoptada en el entendido de que la semana adicional continuaba siendo de aplicación, con independencia de lo que estableciese la norma.

Así pues, en palabras de propia Audiencia Nacional, el dilema interpretativo objeto de la controversia consistía en determinar si esa semana adicional debía entenderse comprendida dentro de las cuatro semanas legalmente previstas porque en el plan de igualdad se estableció una semana de mejora teniendo en cuenta que ya estaba en ciernes la reforma legislativa.

La literalidad del precepto únicamente se refería a la ampliación del permiso legalmente establecido y no hacía referencia alguna a la transitoriedad de su concesión. Además, en las actas de negociación tampoco se hacía constar ningún dato que permitiese entender que esa fue la voluntad de la empresa.

Por lo tanto, la Audiencia Nacional concluye que, en la medida en que los términos del plan son claros y no dejan duda sobre la intención de las partes, hay que estarse a la literalidad de su articulado, que en este caso establece que se amplía en una semana el permiso de paternidad legalmente establecido, sea cual fuere su duración en cada momento.

Así las cosas, este pronunciamiento debe recordarnos la importancia de ser muy cuidadosos a la hora de trasladar o hacer referencias a la normativa vigente en los acuerdos alcanzados con los trabajadores o su representación, con el fin de evitar que se contractualicen como condiciones más beneficiosas o provoquen efectos no queridos inicialmente.

ESPECIAL PROTECCIÓN DE LA MUJER EMBARAZADA EN EL SENO DE UN DESPIDO COLECTIVO

Isabel Moya • Abogada

Conclusiones del Abogado General en el asunto C 103/16

En el año 2013, Bankia tramitó un despido colectivo afectando a múltiples trabajadores, entre los que se encontraba la ahora demandante, una mujer embarazada cuyo contrato se extinguió dado el importante ajuste de plantilla en la región en la que prestaba servicios y por haber obtenido ella la peor puntuación en el proceso de valoración implementado por el banco durante el periodo de consultas.

La trabajadora presentó demanda de despido que fue desestima por el Juzgado de lo Social. Interpuesto recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, éste elevó una **cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la interpretación que había de darse a la prohibición de despido de mujeres embarazadas en el contexto de un procedimiento de despido colectivo.**

La Directiva de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada (la “**Directiva de Maternidad**”) protege a las trabajadoras desde que comienza su embarazo hasta que finaliza su permiso de maternidad, permitiendo su despido únicamente en “*casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales*”. Por otra parte, la Directiva de aproximación de legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, define estos últimos como despidos por motivos “*no inherentes a la persona de los trabajadores*”.

Es en relación con este marco normativo que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se plantea si los despidos colectivos tienen encaje en los casos excepciones no inherentes al estado de la mujer embarazada a los que se refiere la Directiva de Maternidad, de manera que opere la excepción que habilita a despedir.

Este 14 de septiembre de 2017, el Abogado General ha emitido sus conclusiones al respecto indicando que no comparte la opinión de Bankia, España y la Comisión, ya que considera que **no toda situación de despido colectivo puede entenderse como un caso excepcional a los efectos de la Directiva de Maternidad.** En su opinión para que concurra un caso excepcional que habilite al despido de una trabajadora embarazada no basta con acreditar los motivos objetivos que afectan a su puesto de trabajo sino que además “*debe quedar excluida toda posibilidad factible de recolocar a la trabajadora embarazada en otros puesto de trabajo adecuado*”. Es decir, “**cuando una trabajadora embarazada pueda ser recolocada plausiblemente en otros puestos de trabajo en el contexto de una despido colectivo, la excepción a la prohibición de despido que figura en la Directiva de Maternidad no será aplicable.**”

Según el Abogado General este derecho de recolocación en otro puesto de la empresa, no debe entenderse como un derecho incondicionado de permanencia en la empresa, pero sí como un derecho a ocupar una vacante existente o que se cree al asignar a otro trabajador a un puesto de trabajo diferente. En mi opinión aquí encontramos una de las primeras cuestiones que deben esclarecerse delimitando el significado y alcance de tal “*derecho de recolocación*”.

Continúa el Abogado General estableciendo que la Directiva de Maternidad exige que los Estados miembros ofrezcan a las trabajadoras una doble protección, preventiva contra el despido en sí y reparativa contra las consecuencias de tal despido prohibido. A este respecto adelanta que la normativa nacional parece establecer una tutela reparativa más que preventiva, dejando así entrever que podría estar infringiendo los requisitos establecidos por la Directiva de Maternidad.

Por último, el Abogado General afirma que, para que un preaviso de despido se ajuste a la Directiva de Maternidad, es necesario formalizarlo por escrito, detallando y justificando los motivos de la excepcionalidad de su caso, no inherentes a su embarazo.

En definitiva, y sin perjuicio de que debemos esperar a que se pronuncie el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la tramitación de un despido colectivo debemos prestar especial atención a la hora de afectar a trabajadoras embarazadas y determinar con claridad los criterios de afectación respecto de su persona y su imposible recolocación en la empresa.

LOS TRABAJADORES NO PUEDEN ELEGIR UN TURNO DE TRABAJO EN EXCLUSIVA CUANDO SOLICITAN UNA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL

Aymara Santamaría • Abogada

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de marzo de 2017 (recurso 7164/2016)

La cuestión que se debate en el caso enjuiciado consiste en determinar si, a raíz de una solicitud de reducción de jornada por guarda legal por parte de una trabajadora, esta puede solicitar su adscripción en exclusiva al turno de mañana y dejar, de ese modo, de realizar turnos rotativos.

En el supuesto planteado, la trabajadora que venía prestando sus servicios para la empresa a tiempo parcial, de lunes a sábado a turnos rotativos de mañana y tarde, solicita una reducción de su jornada de trabajo de un 17% con adscripción al turno de mañana. La empresa aceptó su solicitud de reducción de jornada pero le propuso un horario distinto al entender que no cabía su adscripción a un único turno de trabajo por razones organizativas.

Ante esa situación, la trabajadora presentó demanda frente a la empresa solicitando que (i) se declarase su derecho a disfrutar de la concreción horaria solicitada y (ii) se condenase a la empresa a abonarle una indemnización de 6.000 euros por daños y perjuicios por lesión del derecho fundamental y por la demora en poder llevar a cabo la efectividad de la medida.

La sentencia de instancia desestima la demanda y, en consecuencia, la trabajadora recurre dicha decisión ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Por su parte, la sala *ad quem*, tras realizar un repaso de la jurisprudencia relativa a las reducciones de jornada por guarda legal, concluye que la pretensión de la actora no es ajustada a derecho pues excede de lo previsto en el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores al no solo pretender una reducción de jornada sino también un cambio de turno horario.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal realiza un estudio pormenorizado de los hechos específicos del caso de autos, destacando la importancia de las siguientes circunstancias: (i) la empresa propuso un horario alternativo; (ii) se realizó un intento de mediación frente a la Inspección de Trabajo; y (iii) las causas organizativas alegadas por la empresa eran objetivas.

Así pues, pese a que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña reconoce que la concreción horaria no ampara la concreción de turno, en cierta medida da entender que en estos casos es también importante poder justificar que existen razones objetivas que impiden su concesión.

Socio de Laboral
Coordinador de la Newsletter

Luis Enrique Fernández Pallarés
lefernandez@perezllorca.com
Tel: +34 91 436 04 23
Fax: +34 91 423 04 30

Castellana 50
28046 · Madrid

—
Diagonal 640, 8ªA
08017 · Barcelona

—
24 Monument Street, 8th floor
EC3R 8AJ · London

—
375 Park Avenue, 38th floor
10152 · New York

—
www.perezllorca.com

