



CIRCULAR LABORAL 15/2018

3 de octubre de 2018

## **RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: OCTUBRE 2018.**

---

### **1. TRIBUNAL SUPREMO**

**Las causas de los despidos colectivos pactados (ERE,s) no pueden revisarse en pleitos individuales interpuestos por afectados.**

El Pleno de la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia que establece que en los pleitos individuales derivados de un despido colectivo no pueden revisarse las causas justificativas del mismo, cuando haya existido acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, y siempre que el pacto no haya sido impugnado judicialmente por dichos representantes o por un sindicato con implantación suficiente en la empresa.

En el caso concreto, la sentencia desestima el recurso de varios empleados de la Escuela Municipal de Música y Danza del Ayuntamiento de Ciempozuelos (Madrid), que fue objeto en 2013 de un despido colectivo por causas productivas y organizativas, cuyo periodo de consultas terminó con acuerdo con los representantes de los trabajadores, ofreciendo una indemnización de 33 días de salario por cada año trabajado. A continuación, la escuela fue cerrada.

Ante el asunto planteado, y al existir sentencias contradictorias por parte de tribunales superiores de justicia, el Tribunal Supremo fija doctrina sobre si es posible o no en los pleitos individuales revisar las causas justificativas del despido colectivo, cuando ha existido acuerdo entre empresas y representantes de los trabajadores.

Para los magistrados, la aceptación de la concurrencia de las causas legales que justifican el despido colectivo *“entra dentro del marco que corresponde a la negociación colectiva y no supone invadir el ámbito de derechos individuales indisponibles del trabajador”*.

Además, ante la posibilidad de que esos acuerdos pudieran haberse adoptado en trasgresión de las normas legales que regulan el despido colectivo, y encubran actuaciones fraudulentas en perjuicio de los trabajadores, queda abierta la posibilidad de su impugnación por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, en los mismos términos previstos para las demás situaciones de crisis empresarial, como la reducción de jornada, la modificación sustancial de condiciones de trabajo, o el descuelgue.

Sin embargo, cuando no haya ninguna tacha formal del acuerdo, ni tan siquiera se alegue su carácter fraudulento por la concurrencia de vicios que pudieren determinar su nulidad, *“se estaría negando la eficacia de lo pactado como resultado de la negociación colectiva y convirtiendo en papel mojado el acuerdo alcanzado entre la empresa y los representantes de los trabajadores, si se admite que en cada uno de los pleitos individuales pudiere revisarse la concurrencia de las causas justificativas del despido que fueron aceptadas por la representación sindical, lo que es tanto como desincentivar la consecución de tales acuerdos que constituye el objeto esencial del periodo de consultas”*.

Según la sentencia *“va contra el más elemental sentido común que se admita la posibilidad de cuestionar en pleitos individuales la concurrencia y justificación de las causas del despido colectivo que fueron aceptadas por la representación de los trabajadores, y que no han sido luego cuestionadas colectivamente ni por la autoridad laboral, ni por ningún otro de los sujetos legitimados para instar el procedimiento colectivo”*.

Asimismo, el TS subraya *“la enorme inseguridad jurídica y la distorsión que podría generar la existencia de los innumerables procesos individuales, en los que se estuviere discutiendo la concurrencia de la causa de un mismo despido colectivo de una misma empresa, que, además, acabó con acuerdo”*.

La sentencia explica que la defensa y protección del acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores es la herramienta más adecuada para la resolución de estas situaciones de crisis, *“y la paralela prevalencia del proceso colectivo sobre el individual en la resolución de las discrepancias sobre aquellos aspectos que inciden por igual en todos los trabajadores afectados, llevan a considerar que todo el sistema descansa en la consideración de que en el proceso individual únicamente cabe abordar las cuestiones estrictamente individuales atinentes singularmente a cada uno de los trabajadores demandantes”*.

Añade que *“uno de los pilares sobre los que descansa el régimen jurídico de los despidos colectivos, es el de incentivar y dar especial relevancia a la consecución del acuerdo entre empresa y trabajadores durante el periodo de consultas, no solo para pacificar en la medida de lo posible las relaciones laborales, sino también para ofrecer una misma solución a la situación jurídica de todos los trabajadores afectados por el despido colectivo”*.

Indicar, a título informativo, que la sentencia cuenta con un voto particular firmado por 5 de los 11 magistrados que formaron el Pleno, que discrepan de la mayoría y consideran que sí cabe examinar en los procedimientos individuales la existencia de la causa justificativa de la medida, aunque el despido colectivo haya finalizado con acuerdo.

**Sentencia nº 699/2018 en Unificación de Doctrina, del Pleno de la Sala de lo Social del TS, de fecha 2 de julio de 2018. (Procedimiento nº 2250/2016)**

## 2. TRIBUNAL SUPREMO

### **Calculo de la indemnización por despido cuando existe bonus devengado el año anterior.**

Declarado un despido como improcedente porque los hechos imputados en la carta han prescrito, insiste el trabajador en que se compute el bonus, devengado durante el año anterior al despido, dentro del salario regulador de la indemnización, aunque se haya percibido en el ejercicio posterior.

Rechazó esta pretensión el TSJ argumentando que durante la anualidad el trabajador no devenga incentivo alguno por cumplimiento de objetivos y recuerda que el salario a tener en cuenta es el del mes anterior al del despido disciplinario.

La resolución del recurso se ha de afrontar partiendo de la incontrovertible naturaleza salarial de la retribución variable en función de objetivos, al margen de su denominación y presupuestos. Por lo que, sí se debe incluir la misma dentro de la retribución devengada en el año anterior al despido, como parte integrante del salario regulador a efectos de fijar la indemnización por despido.

Acoge el Supremo la tesis contenida en la sentencia de contraste que indica que el salario que debe regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias salvo circunstancias especiales, entre las que figuran las derivadas del percibo de un bonus, que tiene naturaleza salarial, y aunque tenga una periodicidad superior a la mensual y su devengo se produzca por anualidades vencidas.

En conclusión, la indemnización por despido se debe cuantificar atendiendo al importe de la totalidad de las retribuciones que el trabajador percibía en el momento del despido, esto es en el año que este se produjo, aunque su devengo fuese del año anterior.

Hace también el Supremo dos puntualizaciones a fin que esta doctrina que declara no pueda ser objeto de matizaciones por parte de la empresa, de un lado que cuando se acuerda un complemento salarial por objetivos, pero su concreción final queda a la exclusiva voluntad del empresario y, además, el acuerdo que lo estableció está ambiguamente redactado hasta el punto no es posible determinar las condiciones para su devengo, la empresa debe abonar el complemento en todo caso; y que la pasividad empresarial respecto de la fijación de objetivos no debe perjudicar a la contraparte.

**Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 640/2018, 14 Junio. Rec. 414/2017.**

### **3. TRIBUNAL SUPREMO**

**Cuando la IT coincida con las vacaciones de Navidad, el trabajador puede disfrutarlas tras su alta el siguiente año.**

El Supremo reconoce a una trabajadora el derecho a disfrutar de los días de vacaciones de Navidad fuera de este período, una vez se reincorpore a su puesto de trabajo tras una baja por incapacidad temporal.

La empresa y los representantes de los trabajadores firmaron un acuerdo en el que como condición más favorable en calidad de garantía "ad personam" se concedía al personal incluido en el Convenio de Enseñanza Privada de la Comunidad Autónoma del País Vasco el derecho a disfrutar de 7 días naturales de vacaciones en Semana Santa y 9 días naturales en Navidad, en ambos casos, de forma continuada.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco denegó el derecho al entender que las vacaciones pactadas para fechas concretas no pueden disfrutarse en forma o fechas distintas a las pactadas.

Pero el Supremo no está conforme con esta tesis porque resulta contraria a los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión que en el Asunto BECTU estableció que en caso de coincidencia entre las fechas de un permiso de maternidad de una trabajadora y las de las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla, no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva relativas a las vacaciones anuales retribuidas, y que también dispuso que es contrario al Derecho de la Unión que los días de vacaciones anuales no disfrutados en un año determinado, se sustituyan por una indemnización económica en un año posterior.

Más concretamente, y sobre el solapamiento entre el período de vacaciones y una baja por enfermedad, la STJUE 20 enero 2009, Schultz-Hoff, C-350/06 y C-520/06 fue tajante al declarar que, siendo la finalidad de la licencia por enfermedad totalmente distinta a la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas, sólo en circunstancias muy específicas de incapacidad laboral puede el Derecho interno prever la extinción del derecho a vacaciones anuales retribuidas.

A mayores, el derecho a las vacaciones que la trabajadora no pudo disfrutar por encontrarse de baja tiene sustento en el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de reformas urgentes para la reforma del mercado laboral, que precisamente modificó el art. 38.3 ET para ajustarlo a la normativa de la Unión y que ahora no distingue entre los diferentes periodos vacacionales: los mínimos reconocidos por el ET o los que por encima de los mínimos se puedan reconocer por Convenio colectivo o pacto individual, a los efectos de la exclusión de la posibilidad de recuperar los días de vacaciones no disfrutados.

Las vacaciones fijadas por encima del mínimo legal de 30 días tienen igual naturaleza de vacaciones anuales retribuidas, aunque no estén fijadas en el calendario de la empresa. Porque incluso las vacaciones de cinco días de Navidad necesitan ser concretadas, porque no necesariamente ha de referirse al día 25 de diciembre, sino que puede ser perfectamente posible que sean días que preceden a la Navidad o posteriores a la misma.

Por todo ello, porque el tratamiento de todos los días vacacionales, los mínimos legales y los extraordinarios fijados por pacto o convenio ha de ser el mismo, el Supremo estima el recurso de casación para unificación de doctrina y declara que no es posible denegar el disfrute de los días de vacaciones de Navidad que no pudo disfrutar la trabajadora por estar de baja una vez que se reincorpore a su puesto de trabajo y una vez que llegue a un acuerdo con la empresa sobre la fecha de su disfrute.

**Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 711/2018, 4 Julio. Rec. 1619/2017**

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

**La elección de la ropa de trabajo o uniforme a llevar por los trabajadores es facultad de la empresa y no tiene obligación de negociarse con el comité.**

La ropa de trabajo tiene la consideración de equipo de protección, a los efectos del cumplimiento de las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo, son medidas que deben ser implantadas por el empresario obligatoriamente, es por lo que la elección de la ropa de trabajo es facultad última de la empresa.

Sobre esta materia, el Comité Intercentros de Seguridad y Salud carece de capacidad negociadora, lo que implica que no se puede exigir acuerdo.

Este es el argumento en el que la Audiencia Nacional basa la desestimación de la demanda de conflicto colectivo en la que se instaba la declaración de que el cambio de vestuario y la forma de gestionarlo adoptado por la empresa, incumple el Convenio Colectivo por no haber contado la empresa con la intervención del Comité Intercentros.

El que el Comité Intercentros deba participar a través del Comité de Seguridad y Salud en las gestiones relativas a la adquisición de prendas de vestuario e intervenir en la elección de calzado y ropa de trabajo, no equivale a una obligación de negociar y alcanzar un acuerdo al respecto.

Además, en el caso, ha existido un proceso de participación y consultas, se han implantado las mejoras y no cabe dilatar más el proceso cuando se está ante una materia ajena a la negociación colectiva, al quedar sometida al poder de dirección de la empresa, - subraya la Audiencia.

El Comité Intercentros intervino en varias reuniones sin acuerdo, pero sí con participación de los trabajadores. La representación de los trabajadores ha formulado propuestas, contrapropuestas y preguntas a la empresa, pero insiste la Audiencia en que no es preceptivo convenir o llegar a un acuerdo sobre la forma de gestionar el cambio de vestuario, elección de calzado y ropa de trabajo.

Como bien argumentó la empresa, el Comité debe participar en las gestiones o decisiones relativas a la adquisición de prendas de vestuario, pero esta facultad de participar no implica la obligación de negociar y alcanzar un acuerdo, porque no se establece como tal en el convenio.

**Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 111/2018, 25 Junio. Rec. 103/2018.**

## 5. JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 33 DE MADRID.

**Sigue la polémica en relación a la denominada “economía colaborativa”: los repartidores de “GLOVO” no son falsos autónomos (a diferencia de lo fallado en casos similares relativos a “DELIVEROO” (Valencia) o “TAKE EAT EASY” (Barcelona).)**

Continúan las sentencias y criterios contradictorios en relación al asunto de referencia. Ahora un juzgado de Madrid entiende que el sistema de trabajo impuesto por GLOVO a sus repartidores no reúne las notas características propias de la relación laboral.

Tres eran las acciones ejercitadas por el mismo repartidor contra GLOVO en este procedimiento que, obviamente, no finalizará con esta resolución de instancia. La primera de ellas por despido tácito por haber dejado la empresa de proporcionar trabajo efectivo coincidiendo con un período en el que el repartidor estaba enfermo. La segunda, solicitando la extinción indemnizada del contrato de trabajo por los mismos hechos que en la demanda anterior, añadiendo que se ha llevado a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Y la presente en la que ejercita acción por despido, esta vez, expreso, al dar tal consideración a la comunicación remitida por GLOVO en la que se da por finalizada la relación.

La Magistrada de este Juzgado de Madrid, cambia la tendencia iniciada por la Inspección de Trabajo y seguida por dos juzgados de lo social de Valencia y Barcelona, y entiende que en este caso no concurren en los repartidores de GLOVO las notas propias de la relación laboral. No están sometidos a jornada ni horario, son los propios repartidores los que deciden la franja horaria en la que desean trabajar, eligen ellos los pedidos que les interesaban y pueden rechazar los que no quieran. Libres son también para elegir la ruta a seguir hasta cada destino, porque es el repartidor quien contacta directamente con el cliente una vez aceptado el pedido.

Los repartidores de GLOVO tienen el dominio completo de la actividad y la empresa no tiene ningún poder disciplinario sobre ellos, más allá de la facultad de desistir del contrato, propia de cualquier contrato bilateral, y de una “penalización” en la puntuación que se utiliza como mecanismo de incentivación, nunca como medida disciplinaria.

El sistema de puntuación a los repartidores únicamente sirve para regular la preferencia de acceso a pedidos, en tanto el repartidor con más puntos tiene más posibilidades de quedarse con los pedidos que escoja, pero ello no equivale a sancionar al menos puntuado.

El geolocalizador GPS no es un instrumento de control de la empresa, sino la forma de contabilizar el kilometraje para su posterior abono en la factura siguiente. No consta que se utilizara para controlar las rutas elegidas por los repartidores.

El contrato contempla un solo supuesto de sanción para el caso de que el repartidor no esté operativo dentro de la franja horaria que previamente el mismo ha reservado, una rebaja de 0,3 puntos en su puntuación que no se aplica si el repartidor justifica que la ausencia lo ha sido por enfermedad u otra causa justificada.

De todo cuanto antecede, deduce que es el repartidor quien asume el riesgo y ventura de cada pedido y responde del mismo frente al cliente, que también es quien puntúa su trabajo.

La empresa sólo decide las tarifas con que abonará los servicios, el lugar de prestación de los mismos, y pone a disposición de los repartidores una herramienta a través de la cual oferta los “recados” (APP), siendo que las principales herramientas de trabajo, la moto y el teléfono móvil, son propiedad del trabajador, y la retribución que percibe depende directamente de la cantidad de recados que haga porque el precio abonado por el cliente va destinado al repartidor casi en su integridad, salvo 0,25 céntimos.

Se permite al repartidor interrumpir su actividad durante 18 días hábiles al año para descansar, propio de los autónomos.

Importante es también que no existe pacto de exclusividad entre las partes, pudiendo los repartidores prestar servicios simultáneamente para otras empresas, incluso de la competencia de la demandada, pero siempre que se respeten los parámetros de dependencia económica para seguir ostentando la condición de TRADE.

En definitiva, las particulares características con las que se desarrolla el servicio son para el Juzgado claramente contrarias a las notas de subordinación, dependencia, ajenidad y percepción de los frutos por el empresario que caracterizan a la relación laboral.

Como apuntábamos al inicio, seguiremos comentando este tema pues con toda probabilidad requerirá de casación ante el Tribunal Supremo ante la disparidad de criterios a la que estamos asistiendo.

**Juzgado de lo Social nº 33 Madrid, Sentencia 284/2018, 3 Septiembre. Rec. 1353/2017**

---

*Departamento Laboral y de Seguridad Social  
Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral  
Email: ortegaf@ortega-condomines.com*