



Roj: **STSJ GAL 3829/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:3829**

Id Cendoj: **15030340012018102817**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2018**

Nº de Recurso: **30/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 3829/2018,**
STS 2357/2020

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA SALA DE LO SOCIAL

SECRETARIA BARRIO CALLE-RJ

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax : 881-881133/981184853

NIG : 15030 34 4 2016 0000034

Modelo: N02700

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000030 /2016

Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

DEMANDANTES: CNT GALICIA, SECCION SINDICAL DE CNT EN MEDICOS SIN FRONTERAS , CCOO

ABOGADOS: RITA GIRALDEZ MENDEZ, RITA GIRALDEZ MENDEZ , LIDIA DE LA IGLESIA AZA

DEMANDADO: MEDICOS SIN FRONTERAS

ABOGADO : JORDI DIOSDADO DONADEU

ILMA. SRA. D^a. ROSA MARÍA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA

ILMA. SRA. D^a PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR

En A CORUÑA, a dieciocho de julio de 2018.

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

Han dictado la siguiente

S E N T E N C I A



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Magistrados citados, en demanda núm. 30/16 sobre CONFLICTO COLECTIVO a instancia de CNT GALICIA y SECCION SINDICAL DE CNT EN MEDICOS SIN FRONTERAS representados por la letrado RITA GIRALDEZ MENDEZ, frente a MÉDICOS SIN FRONTERAS representado por el letrado D. JORDI DIOSDADO DONADEU siendo Magistrado-Ponente la ILMA. SRA. D^a PILAR YEBRA PIMENTEL VILAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 8 de julio de 2016, Doña Rosaura , delegada de la sección sindical de CNT en la ONG Médicos Sin Fronteras del centro de trabajo de Santiago de Compostela y Don Benedicto , Secretario General del Sindicato de CNT-Galicia, presentaron conjuntamente ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia demanda de CONFLICTO COLECTIVO frente a la ONG MÉDICOS SIN FRONTERAS, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminaron suplicando que se dictara sentencia estimatoria de la demanda y declare la nulidad de la cláusula contractual impugnada introducida en todos los contratos de captadores (cláusula 7^a anexa a los contratos de trabajo) y condene a la demandada a estar y pasar por tal declaración.

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 14-julio-16 acordamos, entre otros extremos, tener por formulada y admitida la demanda, señalando el día 15-septiembre-16 para conciliación y/o juicio. El 12-julio-16 tuvo entrada escrito de la Letrado D^a Lidia de la Iglesia Aza en representación del SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA adhiriéndose a la demanda por lo que por diligencia de ordenación de 20-julio-16 se le tuvo por comparecida y personada en el presente conflicto. Habiendo presentado la representación letrada de la demandada escrito solicitando la suspensión de los actos señalados, se dictó decreto el 6-septiembre-16 acordándose dicha suspensión por considerarse atendible y acreditada la situación alegada y señalándose nuevamente para el día 6-octubre-16. La Letrado D^a Risa Giráldez Méndez en representación de la demandante, presentó escrito solicitando la suspensión de los actos señalados al entender que la aportación tardía de la prueba por parte de la demandada genera indefensión, por lo que por decreto de 4-octubre-16 se señalaron nuevamente los actos de conciliación y juicio el día 3-noviembre-16. La conciliación se tuvo por intentada sin avenencia. Se admitió y practicó la prueba propuesta por las partes litigantes, tras lo cual éstas formularon sus conclusiones definitivas quedando los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En fecha 22 de diciembre de 2016, por esta Sala se dicta sentencia cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "Que estimando la excepción de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo al estimar que estamos ante un conflicto colectivo de intereses y no jurídico, debemos absolver y absolvemos en la instancia a la demandada, ONG Médicos sin Fronteras, sin entrar en el fondo del asunto".

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, por la letrada DOÑA RITA GIRALDEZ MENDEZ, en nombre y representación de la sección sindical de CNT en MÉDICOS SIN FRONTERAS y CNT GALICIA, preparó con fecha 4 de enero de 2017 recurso de casación ordinario que formalizó posteriormente por escrito de fecha 2 de febrero de 2017. Por el letrado DON JORDI DIOSDADO DONADEU, en nombre y representación de MEDICOS SIN FRONTERAS, se presentó con fecha 21 de febrero de 2017, escrito de impugnación del recurso de casación interpuesto. Con fecha 10 de marzo de 2017, se elevan las actuaciones al Tribunal Supremo, para la resolución del antedicho recurso.

QUINTO.- Con fecha 23 de marzo de 2018 se dicta resolución por la Sala de lo social del Tribunal Supremo cuya parte dispositiva es la siguiente: "Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido estimar, casar y anular el recurso de casación interpuesto por la Sección Sindical de CNT en Médicos Sin Fronteras y del Sindicato CNT Galicia, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 22 de diciembre de 2016 , en actuaciones seguidas por dichos recurrentes, contra la Organización Médicos Sin Fronteras, sobre conflicto colectivo y reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia devolviéndolas al Tribunal Superior de Justicia de Galicia a fin de que resuelva con libertad de criterio del resto de las cuestiones planteadas con la demanda. Sin costas".

SEXTO.- en cumplimiento de lo dispuesto por la resolución del Tribunal Supremo, por diligencia de ordenación de fecha 15 de mayo de 2018, pasan las actuaciones a la Magistrada Ponente para su resolución.

En virtud de los antedichos precedentes procesales, expresamente se declaran los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La ONG Médicos sin fronteras viene incluyendo en cada contrato de trabajo suscrito por el personal con categoría de captador, una cláusula adicional séptima de objetivos mínimos, en virtud de la



cual e/la trabajador/a firmante queda obligada al cumplimiento de unos objetivos mínimos del siguiente tenor literal: "Los objetivos mínimos pactados para una jornada semanal de 20 horas, son los siguientes: a) 6 socios de media por semana, b) cuota media 115 euros al año por socio.

Para realizar el cálculo del cumplimiento de los citados objetivos mínimos semanales, únicamente se tendrá en cuenta la jornada real trabajada, por tanto, se descontaran los días de vacaciones, festivos, bajas por incapacidad temporal, formación, permisos, entre otros.

Las fórmulas utilizadas para la obtención de estos datos son las siguientes:

-media semanal de socios captados por el periodo evaluado (PE) (nº de socio captados durante el PE/nº de días trabajados durante el PEX5.

-Cuota anual conseguida por socio durante el periodo evaluado (PE) total de cuotas analizadas del PE/nº de socios reales captados durante el PE.

A estos efectos y a modo orientativo, la organización estima que, para la consecución de los mencionados objetivos, se establezca una media de dialogo con 75 personas semanal a pie de calle (15 personas al día).

Estos objetivos podrán ser susceptibles de revisión por el departamento de Fundraing de la organización, cualquier modificación en los mismos será comunicada con la debida antelación al trabajador de forma expresa.

Mensualmente se le hará entrega de una comunicación de seguimiento de su prestación de servicios, en la que se le informará sobre los resultados obtenidos durante el último periodo evaluado.

En el supuesto de que usted no cumpla con alguno de los objetivos mínimos establecidos en el presente contrato, la citada comunicación de seguimiento será considerada como una amonestación por escrito a efectos disciplinarios por no alcanzar los objetivos mínimos pactados.

El no cumplimiento de dichos objetivos mínimos durante los últimos 3 periodos evaluados consecutivos o durante 6 periodos evaluados no consecutivos en un periodo de 12 meses. En caso de no alcanzar un promedio semanal de 4 socios, se consideraran dos periodos evaluados en lugar de 3.

Los tres supuestos anteriores tendrán como consecuencia la extinción del contrato según lo establecido en el art 49.1 del ET .

No obstante lo anterior, la organización se reserva su derecho a no proceder a la extinción del contrato de trabajo pudiendo aplicar otra serie de medidas disciplinarias, como amonestaciones escritas o suspensión de empleo y sueldo, sin perjuicio de cualquier otra medida recogida en la normativa vigente.

Por otro lado la organización se reserva el derecho de aplicar la sanción de mayor grado ante cualquier otro incumplimiento laboral recogido en la normativa vigente, por ejemplo los relativos al horario laboral (LOPD) el engaño o el abuso de confianza en el desempleo de su trabajo entre otros".

SEGUNDO.- Que la citada clausula es idéntica en todos los contratos de trabajo para todos/as los/las trabajadores/as captadores con independencia de las condiciones de trabajo (Planning de trabajo).

TERCERO.- Según resulta del informe pericial, actualmente en 2016 solo un 11% de los captadores de MSF Galicia, podría cumplir con la cláusula de objetivos mínimos establecido en los contratos de trabajo (clausula 7) y progresivamente han ido aumentando el grado de incumplimiento de todos los grupos, los grupos que quedan en las tres ciudades, quedan en 2015 en la Coruña un 85% de incumplimientos, Vigo en el 93% y Santiago tarde en un 85%.

Las tendencias al incumplimiento son cada vez más al alza y en todos los grupos y horarios. Es más la elaboración de cualquier otra clausula como el exclusivo cumplimiento de objetivos económica frente a una doble clausula socios y cuota siempre hubiera sido más benévola con los trabajadores y se elabora en la pericial dichos cálculos, así se encuentran personas que consiguen los criterios económicos mínimos de la organización pero reciben amonestación.

Que únicamente un 11% de los trabajadores captadores alcanzan los resultados de media, aunque ningún trabajador ha logrado objetivos todos los meses y en cuanto al número de personas no amonestadas supone un %. Que muy pocos trabajadores alcanzan los objetivos, y que el incumplimiento ha dado lugar a varios despidos. La mayoría de los trabajadores no alcanzan los objetivos mínimos y existen sanciones por incumplimiento.

CUARTO.- En la ONG Médicos Sin Fronteras en Santiago de Compostela existen tres grupos de trabajo: dos equipos de Face to Face, uno de tarde es el denominado itinerante, trabaja desplazándose a diferentes



localidades y trabaja los fines de semana en turno doble de mañana y tarde. Y uno de mañana que es el denominado de campaña de ciudad solo trabaja en Santiago de Compostela y ayuntamientos limítrofes o cercanos de escasa población, en la práctica no trabaja los fines de semana.

Y un equipo de Door to Door que realiza la captación en viviendas y establecimientos, en los últimos tres meses no realizaron desplazamientos a ciudades con densidad de población.

QUINTO.- En la práctica el trabajo se realiza del siguiente modo impuesto por la empresa en planings semanales:

a) Equipo Face to Face de mañana: trabaja tres días en Santiago (normalmente lunes, jueves y viernes) siempre acude en el mismo horario de 10 a 14 horas, otros dos días salen de Santiago, uno es una salida corta a villas pequeñas y en el mismo horario, y otra salida es más lejos y siempre en villas pequeñas con el mismo horario.

b) Equipo Face to Face de tarde: trabaja mínimo tres jornadas fuera de Santiago, y va a las grandes villas como Ferrol Orense, Lugo, Pontevedra, Villagarcía etc y, también las villas pequeñas, y dos de estas tres jornadas doblan turnos, o sea trabajan de mañana y tarde y uno o dos días a la semana trabajan en Santiago los mismos que el equipo de mañana, asimismo solicitan permisos para zonas especiales (aeropuertos, estaciones de RENFE, centros comerciales, hospitales etc.)

c) Equipo Door to Door existe una reiteración de

llamadas en fechas cercanas y se llaman a las mismas viviendas y establecimientos varias veces.

SEXTO.- Que ha resultado acreditado que las personas que se encuentran en el equipo de mañana en Santiago de Compostela con los planings elaborados por la empresa para este equipo, alcanzan con carácter general los peores resultados y no logran alcanzar los objetivos en ninguna evaluación.

SEPTIMO.- Que tanto la sección sindical de CNT como varios trabajadores plantearon quejas ante la empresa por la realización de los planings de trabajo que propusieron diversas alternativas a las dificultades de captación, sin que la empresa atendiese las reclamaciones ni las propuestas.

OCTAVO.- Que en reunión de 20 de noviembre de 2015 la CNT propuso la suspensión del conflicto colectivo planteado y la retirada de las amonestaciones basadas en la cláusula impugnada a efectos de llegar a un acuerdo sobre una más justa redacción y aplicación de la cláusula; no obstante lo cual la empresa no retiró las amonestaciones ni se movió de su postura respecto a la cláusula, sin proponer ningún tipo de modificación ni aplicación en condiciones de igualdad.

NOVENO.- Que los demandantes alegan en demanda que la cláusula 7 de objetivos mínimos es abusiva y nula, por cuanto que ha sido impuesta unilateralmente por la empresa, sin negociarse con los trabajadores, ni venir impuesta en convenio, colectivo, además impone un régimen disciplinario, al regular la cualidad de falta disciplinaria la no consecución de objetivos sin valorar ni probar la voluntariedad del trabajador, además es abusiva porque el rendimiento impuesto no es razonable, pues es de imposible cumplimiento, y además falta homogeneidad, pues no existe término comparativo en condiciones homogéneas que permitan evaluar el rendimiento al exigirse condiciones diferentes impuesta a los diferentes equipos de trabajo.

DECIMO.- Se presentó demanda de conflicto colectivo que fue turnada al juzgado de lo social nº 1 de Santiago de Compostela dando lugar a los autos nº 84/2016 el cual dicto resolución declarando la competencia de la sala de lo social del TSJ de Galicia, por entender que existiendo varios trabajadores de la empresa demandada, destinados en Lugo, Orense y Pontevedra, estos podrían reclamar ante los juzgados de lo social de su territorio en aplicación de las normas generales de competencia territorial, y de admitirse la competencia en instancia de los juzgados de lo social de Santiago de Compostela, se estaría sometiendo la cuestión a un órgano que no es el superior jerárquico común a todos los juzgados de lo social que por la vía de las reclamaciones individuales resultarían competentes y siendo tal órgano superior el TSJ es este el competente para resolver la cuestión en única instancia.

DECIMOPRIMERO.- Con fecha de 8 de julio de 2016 la delegada de la sección sindical de CNT en la ONG médicos sin fronteras, centro de trabajo de Santiago de Compostela, y el secretariado general del citado sindicato CNT-Galicia, se presentó ante esta sala de lo social de este Tribunal Superior de Justicia de Galicia demanda en materia de conflicto colectivo solicitando que se declare la nulidad de la cláusula contractual introducida en todos los contratos de captador/as (cláusula 7 de los contratos de trabajo) y se condene a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

DECIMOSEGUNDO.- Con fecha de 12 de julio de 2016 se presentó escrito por la letrada que actuaba en nombre y representación del Sindicato nacional de comisiones obreras de Galicia, solicitando que se le tenga por



comparecida y personada y por diligencia de ordenación de la secretaria de fecha 20 de julio de 2016 se la tuvo por personada y como parte.

DECIMOTERCERO.- Que con fecha de 22 de diciembre de 2016 por esta sala de lo social de este TSJ de Galicia se dictó sentencia en la se estimaba la excepción de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo al estimar que estamos ante un conflicto de intereses y no jurídico, absolviendo en la instancia a la demandada ONG médicos sin fronteras, sin entrar en el fondo del asunto.

DECIMOCUARTO.- Con fecha de 28 de marzo de 2018 la sala de lo social el Tribunal Supremo dictó sentencia en la que decidió estimar el recurso de casación interpuesto por la sección sindical de CNT en médicos sin fronteras y del Sindicato CNT Galicia , contra la sentencia dictada por el TSJ de Galicia sobre conflicto colectivo y reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia devolviéndolas al TSJ de Galicia a fin de que resuelva con libertad de criterio del resto de las cuestiones planteadas en la demanda . y ello al estimar la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo.

DECIMOQUINTO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la delegada de la sección sindical de CNT en la ONG Médicos sin fronteras y por el secretario general del Sindicato CNT-Galicia, presentan demanda en materia de conflicto colectivo contra la ONG médicos Sin Fronteras en la que solicitan que se declare la nulidad de la cláusula contractual impugnada introducida en todos los contratos de captadores/as (cláusula 7ª anexa a los contratos de trabajo y se condene a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

Que solicitándose la nulidad de la cláusula contractual 7ª anexa a los contratos de trabajo, es necesario examinar la misma, y la citada cláusula adicional séptima de objetivos mínimos, en virtud de la cual el trabajador firmante queda obligado al cumplimiento de unos determinados objetivos en el del siguiente tenor literal:" Los objetivos mínimos pactados para una jornada semanal de 20 horas son los siguientes;; a) 6 socios de media por semana y b) cuota media de 115 euros al año por socio.

Para realizar el cálculo del cumplimiento de los citados objetivos mínimos semanales, únicamente se tendrá en cuenta la jornada real trabajada, por tanto, se descontaran los días de vacaciones, festivos, bajas por incapacidad temporal, formación, permisos, entre otros.

Las fórmulas utilizadas para la obtención de estos datos son las siguientes:

-media semanal de socios captados por el periodo evaluado (PE) (nº de socio captados durante el PE/nº de días trabajados durante el PEX5.

-Cuota anual conseguida por socio durante el periodo evaluado (PE) total de cuotas analizadas del PE/nº de socios reales captados durante el PE.

A estos efectos y a modo orientativo, la organización estima que, para la consecución de los mencionados objetivos, se establezca una media de dialogo con 75 personas semanal a pie de calle (15 personas al día).

Estos objetivos podrán ser susceptibles de revisión por el departamento de Fundraing de la organización, cualquier modificación en los mismos será comunicada con la debida antelación al trabajador de forma expresa.

Mensualmente se le hará entrega de una comunicación de seguimiento de su prestación de servicios, en la que se le informar sobre los resultados obtenidos durante el último periodo evaluado.

En el supuesto de que usted no cumpla con alguno de los objetivos mínimos establecidos en el presente contrato, la citada comunicación de seguimiento será considerada como una amonestación por escrito a efectos disciplinarios por no alcanzar los objetivos mínimos pactados.

El no cumplimiento de dichos objetivos mínimos durante los últimos 3 periodos evaluados consecutivos o durante 6 periodos evaluados no consecutivos en un periodo de 12 meses. En caso de no alcanzar un promedio semanal de 4 socios, se consideraran dos periodos evaluados en lugar de 3.

Los tres supuestos anteriores tendrá como consecuencia la extinción del contrato según lo establecido en el art 49.1 del ET .



No obstante lo anterior, la organización se reserva su derecho a no proceder a la extinción del contrato de trabajo pudiendo aplicar otra serie de medidas disciplinarias, como amonestaciones escritas o suspensión de empleo y sueldo, sin perjuicio de cualquier otras medida recogida en la normativa vigente.

Por otro lado la organización se reserva el derecho de aplicar la sanción de mayor grado ante cualquier otro incumplimiento laboral recogido en la normativa vigente, por ejemplo los relativos al horario laboral (LOPD) el engaño o el abuso de confianza en el desempleo de su trabajo entre otros".

Que la parte demandante alega que la citada clausula transcrita es una cláusula abusiva y nula por la siguientes razones, por cuanto que no es pactada, sino impuesta con carácter colectivo por la empresa, y ninguno de los convenios colectivos aplicables establecen la posibilidad de establecer cláusulas de rendimiento u objetivos, se trata de una cláusula que adolece de un vicio de formación y manifestación del trabajador, además es idéntica para todos los trabajadores con independencia de las condiciones de trabajo impuestas por la empresa a los diferentes grupos, además la cláusula transcrita es abusiva y nula pues regula con carácter previo y genérico la cualidad de falta disciplinaria la no consecución de objetivos, sin que con carácter previo se pueda valorar ni probar la voluntariedad del trabajador y sobre una actividad cuyo resultado depende de la voluntad de terceros y de las condiciones fijadas por la empresa; que además la cláusula resulta abusiva y nula porque es de imposible cumplimiento, y es nula además porque el rendimiento impuesto no es razonable, y no lo es porque no existe un término comparativo en condiciones homogéneas que permitan evaluar el rendimiento al exigirse los mismos resultados ante diferentes condiciones impuestas a los diferentes grupos de trabajo.

En concreto, sobre los problemas jurídicos que plantean las cláusulas contractuales de rendimiento mínimo, la doctrina unificada ha puesto de relieve que las mismas son válidas y no abusivas si en su ejercicio se respetan los límites normales o ajustados a los principios de la buena fe. Precisamente porque en el desarrollo extintivo de sus efectos, se mezclan los principios que inspiran la resolución de las obligaciones recíprocas a que se refiere el artículo 1124 del CC , con las facultades disciplinarias del empresario. La cláusula de rendimiento mínimo puede resultar válida cuando se consigna en el contrato de trabajo en casos, en los que se trata de establecer un número o un valor mínimo de ventas. Pero dicho esto, cuando se ejercita la facultad resolutoria fuera del marco disciplinario y al amparo de lo previsto en el artículo 1.124 CC , la mera disminución del valor pactado no puede significar por sí misma y de una forma objetiva la concurrencia de la causa resolutoria, sino esa facultad ha de ejercitarse, como afirma la doctrina civil más autorizada, con arreglo a los dictados de la buena fe, analizando en el caso la incidencia de los distintos factores que hayan podido conducir a ese incumplimiento de las obligaciones, analizando en todo caso su relevancia. En otras palabras, ha de atenderse a los elementos objetivos y subjetivos que puedan influir en la valoración de la existencia de pretendido incumplimiento, pues la necesidad de que se produzca un valor determinado de ventas puede depender de factores absolutamente ajenos a la voluntad de trabajador, como son la propia voluntad de comprador, la situación del mercado, los precios ofertados, la competencia de otras compañías o la crisis económica. Por ello, si la empresa decide ejercitar esa facultad sin incurrir en abuso manifiesto de derecho, tiene que llevarla a cabo con arreglo a los principios de la buena fe, de manera que ofrezca en su ejercicio elementos suficientes para que pueda alcanzarse la convicción de que hubo realmente un incumplimiento contractual por parte del trabajador (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de diciembre del 2011 [ROJ: STS 9346/2011]).

Esta Sala, también, resumiendo la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, ha afirmado que las indicadas cláusulas de rendimiento deben responder a una serie de características tales como encontrarse debidamente especificadas y concretadas en el contrato; no ser de imposible realización; que el rendimiento pactado sea razonable; que exista un elemento comparativo; que la conducta del trabajador, expresiva de su bajo rendimiento, sea reiterada y continuada; que no tenga carácter esporádico u obedezca a causas excepcionales o imprevistas; y finalmente, que no existan razones ajenas a la voluntad del trabajador en la disminución (sentencia de esta Sala, de 19 de enero del 2012 .

En primer lugar y respecto del requisito consistente en la razonabilidad de los objetivos impuestos, como criterio necesario para la validez de la cláusula y que en el caso de autos se estructura del siguiente modo: que el incumplimiento será generalizado manifestado en varios despidos; y que ninguno o muy pocos trabajadores lo alcancen, o sea que la falta de razonabilidad consiste en el incumplimiento generalizado de la cláusula según la jurisprudencia reiterada.

Y el sindicato accionante solicita la eliminación de la cláusula 7 de los contratos de trabajo por considerarla nula y abusiva, de hecho las razones de la nulidad consistían en las diferentes condiciones de captación de los diferentes grupos de captadores, el incumplimiento generalizado y la rotación sin parangón de los trabajadores que no superan el periodo de prueba por incumplimiento de la cláusula; existen reuniones y peticiones extrajudiciales, las cuales se basan en la apreciación de la nulidad e ilegalidad de la cláusula y así



de la pericial se desprende que de los datos de que se dispone de Santiago el equipo de mañana y el equipo DtD solo una persona supera dos de las siete evaluaciones (fallando en cinco de siete) y el resto del equipo no llega a objetivos en ninguna ocasión y el equipo de tarde, en mejores condiciones, tampoco alcanza los objetivos, de forma que dos personas no llegan a objetivos en cinco de las siete evaluaciones y tres en ninguna ocasión; por lo que al margen de la Organización del trabajo los objetivos no son razonables, sin perjuicio de que la organización del trabajo perjudique más a unos equipos que a otros.

En segundo lugar y en cuanto al criterio de inexistencia del criterios homogéneos de comparación como criterio de nulidad de la cláusula, la jurisprudencia señala que la necesidad de que exista un término de comparación homogéneo en relación a los restantes trabajadores, esto es el resultado comparado de todos los trabajadores en circunstancias que necesariamente deben ser homogéneas, (zonas, tipo de clientela etc).

Por tanto la existencia de condiciones homogéneas de comparación resulta ser un requisito intrínseco a la validez de la cláusula de objetivos mínimos, y se trata de uno de los varios criterios de determinación de la nulidad de la cláusula, y en el caso de autos de los HDP 3 y 4 resulta obvia la falta de homogeneidad de la condiciones de trabajo entre el colectivo de captadores destinatario de la cláusula impugnada; habiendo probado la parte actora la inexistencia de condiciones homogéneas entre los destinatarios de la cláusula, lo que determina su nulidad.

Y así esta propia sala se ha pronunciado sobre la nulidad de las cláusulas de rendimiento mínimo, entre otras en sentencia de 5 de julio de 2011 en la que se aborda la cuestión relativa a si estamos ante una cláusula que manifiestamente es abusiva y por lo tanto carente de validez extintiva del contrato ex art. 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores ., la cual señala que : " ...En principio, y al margen de consideraciones que se realizarán a continuación, no hay motivo que impida que se fije en el contrato de trabajo causas que puedan condicionar la resolución del mismo, condiciones resolutorias entre las que se encuentran la fijación de un mínimo de producción por el trabajador, si bien para ello es preciso que respeten ciertos límites de validez. Así se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 5/12/85 , 20/10/86 , 13/11/86 , 7/4/87 , 27/9/88 4 , 25/10/89 y 23/2/90 . La primera de ellas, sentencia de 5 de diciembre de 1982 , expone en relación con la validez de las condiciones resolutorias en general, que "el contrato se extinguirá por las causas consignadas válidamente en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario, cláusula contractual que en el concreto supuesto enjuiciado fue aceptada libre y voluntariamente por las contratantes y reúne todos los requisitos de validez, eficacia y licitud exigidos, a saber:

- a) Que a tenor del ordenamiento jurídico no sea contraria a las leyes, a la moral ni al orden público (artículo 1255 del Código Civil).
- b) Que no sea de imposible cumplimiento.
- c) Que no constituya abuso manifiesto de derecho por parte del empresario".

Y la última de las citadas, la de 23 de febrero de 1990, referida ya a una condición resolutoria de rendimiento, reitera su doctrina sentada en la sentencia de 20 de octubre de 1986 en la que declara que declara que "el pacto sobre el rendimiento y su determinación en las cláusulas de un contrato es válido siempre que no sea abusivo, como resulta de lo que previene el citado artículo 49.2 y el inciso final del 54.2,e) que alude al rendimiento de trabajo normal o "pactado" y la realidad de estos pactos es práctica habitual en estos contratos, sin que aparezca declarado en la sentencia la desproporción o el exceso o abuso del nivel mínimo estipulado".

A la vista de tal doctrina, así como de distintas resoluciones dictadas por varios Tribunales Superiores de Justicia (entre otros sentencias del TSJ de Valencia de 7 de junio de 2006 , o de 14 de junio de 2007 o la de Castilla León de 7 de junio de 2006, STSJ de Castilla La Mancha, de 10 de marzo de 2005 ,que a su vez remiten a sentencias del Tribunal Supremo, de 20 de octubre de 1986 , o de 23 de febrero de 1990 en las que se concluyen que es una condición resolutoria válida y eficaz del contrato el no alcanzar el trabajador el rendimiento o las ventas estipuladas en el contrato, siempre que no exija un rendimiento superior al normal o abusivo), ha de concluirse que los requisitos para reconocer la validez de estas cláusulas son los siguientes:

1º.- que la causa resolutoria se encuentre debidamente especificada y concretada en el contrato; ello implica que desde el momento de la firma del mismo el trabajador ha de tener conocimiento de cuál es el rendimiento mínimo que se le exige para que no entre en juego la eficacia resolutoria de tal cláusula. Ello supone que ha de declararse contraria a derecho la clausulas en que se remiten, respecto de la cuantía o porcentaje a lo que señale en su día y para cada año la empresa, puesto que ello va en contrato del art. 1256 del CC , debiendo rechazarse la validez de una cláusula que no tiene contenido al estipular el contrato y cuyo alcance va a fijar posteriormente la exclusiva voluntad de una de la partes (en este sentido sentencia del TSJ de Asturias de 11 de septiembre de 2009, recurso 1757/2009).



2º.- que la cláusula no sea de imposible realización, debiendo ser razonable y ajustado el nivel de cumplimiento exigido (en este sentido sentencias del TSJ de Madrid de 30 de marzo de 1997); y tal requisito ha de ser evaluado a través de un elemento de comparación dentro de condiciones homogéneas, que habitualmente se fijan teniendo en cuenta el rendimiento medio en la empresa de trabajadores de misma categoría profesional y que desarrollen las mismas funciones o bien en relación con unas tablas objetivas.

3º.- que el incumplimiento por parte del trabajador que puede justificar la aplicación e tales cláusulas no tenga carácter esporádico u obedezca a causas excepcionales o imprevista y ajenas a la voluntad del trabajador (en este sentido sentencias del TSJ de Cataluña de 8 de julio de 1998 , o TSJ de Andalucía con sede en Málaga de 8 de octubre de 1999). Por ello no serán válidas las cláusulas en las que se fije como parámetro un breve periodo de tiempo o no se tengan en consideración razones o circunstancias, como enfermedades o periodos vacacionales, que puedan impedir que se alcance el rendimiento mínimos pactado en el periodo fijado (en este sentido sentencia del TSJ de Murcia de 3 de diciembre de 2007, recurso 1282/2007).

4º- finalmente que hay que tener en cuenta otras condiciones que tal pacto ha de cumplir, como es la relativa a que la retribución sea proporcionada y adecuada al rendimiento que se exige (sentencias del TSJ de Madrid 30-12-1997 y La Rioja de 30 de diciembre de 2005)....."

Y aplicando la anterior doctrina al supuesto de autos , han de examinarse si la cláusula 7 de los contratos cumple los parámetros señalados por la jurisprudencia para considerarse cláusula válida o si por el contrario ha de considerarse una cláusula abusiva y por ende nula; y así , respecto al requisito de la razonabilidad de los objetivos impuestos, como criterio necesario para la validez de la cláusula cuya nulidad se pretende , se estructura en el caso de autos del siguiente modo, si el incumplimiento es muy importante al punto de si la mayoría de los trabajadores lo alcanzan y si el citado incumplimiento generalizado se ha manifestado o no en varios despidos, Y lo cierto es que de la pericial practicada a instancias de la demandante se constata que el rendimiento exigido no es razonable, puesto que un equipo entero (el face to face de tarde) no logro alcanzar los objetivos en ninguna de las siete evaluaciones realizadas; y además según se constata en el informe pericial en el equipo de mañana face to face y en el equipo door to Door solo una persona supera dos de las siete evaluaciones; y el resto del equipo no llega a objetivos en ninguna ocasión y en el equipo de tarde, en mejores condiciones, dos no llegan en cinco de siete y tres en ninguna ocasión ; Por lo que los objetivos no son razonables, sin perjuicio de que la organización del trabajo perjudique más a unos equipos que a otros.

Siendo por lo demás de señalar que en la conclusión e) de la prueba pericial que responde a la pregunta relativa a la imposibilidad o extrema dificultad de cumplimiento de la cláusula, (folio 517 de los autos) se señala que: actualmente en 2016 solo un 11% de los captadores de MSF Galicia podría cumplir con el artículo 7 progresivamente han ido aumentando el grado de incumplimiento de todos los grupos .Los grupos que quedan en las tres ciudades quedan en 2015 en la Coruña un 85% de incumplimientos, Vigo en el 93% y Santiago tarde un 85% . Y las tendencias al incumplimiento son cada vez más al alza y en todos los grupos y horarios (lo cual como aclaro la perito en el acto de la vista es una consecuencia de que el propio mercado se va desgastando y los objetivos tendrían que ir variando). Es más la elaboración de cualquier otra cláusula como el exclusivo cumplimiento de objetivos económicos frente a una doble cláusula socios y cuota siempre hubiera sido más benévola con los trabajadores y se elabora en la pericial dichos cálculos. Y Así se encuentran personas que consiguen los criterios económicos mínimos de la organización pero reciben amonestación .Y así la imposibilidad de cumplimiento de objetivos se ve en cuestiones como la elevada cifra de rotación de personal. Y así en Santiago solo sobreviven en 13% de las personas que han desarrollado la campaña 2015 - 2016, en la Coruña el 26% y en Vigo el 18%;

Y el informe pericial aportado hace referencia a la extrema dificultad de cumplimiento de la cláusula en los apartados en que se estudia el grado de cumplimiento de la cláusula (páginas 28 a 35, epígrafe IV) 4.4 grado de cumplimiento del art 7 de los contratos y apartado IV, 5resultados generales del proceso de trabajo, páginas 40 a 46 del informe (folios 488 y ss de los autos).

Y además es de destacar que todo el equipo de la mañana de Santiago y el equipo de tarde de door to Door han sido despedidos.

Y respecto del requisito de la existencia de criterios homogéneos de comparación como criterio de nulidad de la cláusula ; es de señalar que como indicábamos anteriormente la jurisprudencia requiere la existencia de un término de comparación homogéneo en relación a los restantes trabajadores, o sea el resultado comparado de todos los trabajadores en circunstancias que necesariamente deben ser homogéneas, (como zonas, tipo de clientela etc); lo cual exige que la disminución del rendimiento se constate a través de un elemento de comparación dentro de condiciones homogéneas, bien con respecto a un nivel de productividad previamente delimitado por las partes, rendimiento pactado, tanto individual como colectivamente, o bien en relación al que deba considerarse debido dentro de un cumplimiento diligencia de la prestación de trabajo conforme al art



20 del ET , rendimiento normal y cuya determinación pueda vincularse al rendimiento del mismo trabajador o de otros compañeros de trabajo de la misma categoría profesional y que desarrollen las mismas funciones, o bien en relación con unas tablas objetivas, también se exige la reiteración y continuidad en la conducta , y que el incumplimiento por parte del trabajador no tenga carácter esporádico u obedezca a causas excepcionales o imprevistas.

Pues bien en el supuesto de autos ha resultado acreditado (HDP 4 y 5 del relato de hechos probados), que no se encuentran en las mismas circunstancias el equipo door to Door que 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, siendo habitual que el equipo de mañana se desplace a zonas cercanas a Santiago y villas pequeñas y el de tarde a ciudades más grandes . y el equipo de tarde trabaja los sábados y el de mañana no ; sin embargo la cláusula de objetivos mínimos es idéntica en los contratos de todos los captadores, lo cual provoca una diferencia en los resultados alcanzados, sin que sea responsabilidad de los trabajadores, que en ocasiones manifestaron este problema sin que se solucionase.

Siendo por ultimo de señalar que la cláusula combina número de socios con aportación mínima de cuota por socio lo que determina mayor arbitrariedad, pues, una captadora puede superar la media de socios, pero puede que por circunstancias socioeconómicas de la zona (desempleo, renta per cápita) esos socios pueden no aportar la cuota mínima, o viceversa; con lo cual para poder objetivar el rendimiento de la captación sería necesario elaborar un estudio diferenciados por zonas que incluya aspectos económicos, como dinámica salarial, el desempleo o su dinámica evolutiva, el tipo de trabajo por sectores, etc, en definitiva tener en cuenta las dinámicas poblacionales.

Por consiguiente al no existir razonabilidad dada la ausencia de términos objetivos de comparación exigidos por el TS en la redacción de la cláusula, ello determina la nulidad de la misma al no concurrir otro de los requisitos o criterios de validez de la cláusula, además de ser la misma de imposible cumplimiento.

Por ultimo ha de señalarse que la cláusula 7 idéntica en todos los contratos de los captadores/as, se trata de una cláusula impuesta unilateralmente por la empresa no recogida en convenio, ni consta que haya sido negociada , la cual vulnera el derecho a la negociación colectiva , en definitiva se trata de una cláusula tipo introducida en todos los contratos y sin posibilidad alguna de negociación por las partes, por otro lado, establece un procedimiento sancionador que puede dar lugar a la extinción del contrato, además de tratarse de una cláusula idéntica en todos los contratos de los captadores que no atiende a ninguna circunstancias particular (zona, ciudad, horarios etc) sino que se trata de cláusula general no pactada que debe reputarse abusiva, impuesta a los trabajadores, e implica un desequilibrio de derechos y obligaciones y un perjuicio desproporcionado y no equitativo, pues queda en manos del empresario la determinación de aplicación de la cláusula, y la posibilidad de despido sin indemnización más allá de lo legalmente establecido, implicando una renuncia de derechos irrenunciables, y siendo una cláusula abusiva debe tenerse por no puesta al declararse nula de pleno derecho.

Por todo lo cual procede la estimación de la demanda declarando la nulidad de la cláusula contractual impugnada introducida en todos los contratos de captadores, cláusula 7ª anexa de los contratos de trabajo) condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración. En consecuencia,

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la por la delegada de la sección sindical de CNT en la ONG médicos Sin Fronteras, centro de trabajo de Santiago de Compostela y del secretario general del Sindicato de CNT-Galicia en materia de conflicto colectivo contra la ONG Médicos Sin Fronteras debemos declarar y declaramos la nulidad de la cláusula contractual impugnada introducida en todos los contratos de los captadores/as (cláusula 7ª anexa a los contratos de trabajo, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se advierte a las partes que contra la presente resolución podrán interponer Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito en la Oficina Judicial dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.



- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 35 **** ++).

Notifíquese a las partes.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ