

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia 196/2014, de 11 de diciembre de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 268/2014

SUMARIO:

Conflicto Colectivo. Convenio Colectivo del Sector de Contact Center (Telemarketing). Pretensión de que se declare el derecho a una retribución íntegra en período vacacional. Doctrina General: El artículo 50 del Convenio Colectivo sólo prevé remunerar por determinados complementos salariales, excluyendo las comisiones por ventas y los incentivos de producción, lo que se estima contrario a la normativa de aplicación y a la doctrina del TJUE (asunto Lock C-539/12) que sostiene que la retribución en vacaciones debe ser similar o comparable con la percibida en los períodos de trabajo. Cualquier disposición o práctica nacional que excluya las comisiones de la retribución de las vacaciones se opone al artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE. Dicha conclusión es extensible a cualquier otra retribución variable correspondiente a la jornada ordinaria, puesto que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho, en tanto en cuanto la obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los periodos de trabajo. Dado que del artículo 50 del Convenio colectivo reseñado no cabe desprender una interpretación conforme con el derecho comunitario, procede, en aplicación del principio de primacía del derecho comunitario, notificar esta sentencia al Ministerio Fiscal por si estima oportuno plantear la ilegalidad del referido artículo convencional a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos (art. 163.4 LRJS).

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 40.2.

Directiva 2003/88/CE (Ordenación del tiempo de trabajo), art. 7.1.

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 38.1.

Ley 36/2011 (LRJS), art. 163.4.

Resolución de 12 de julio de 2012 (Convenio Colectivo Estatal de Contact Center -antes telemarketing-), art. 50.

PONENTE:

Don José Pablo Aramendi Sánchez.

Magistrados:

Don JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

Don RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA

Don RICARDO BODAS MARTIN

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

S E N T E N C I A N.º: 196/2014

EXCMO. SR.

PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS. SRES.

MAGISTRADOS:

D. JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

D. RAFAEL A. LOPEZ PARADA

En MADRID, a once de Diciembre de dos mil catorce.

La Sala de lo Social compuesta por los Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento num. DEMANDA 0000268 /2014 seguido por demanda de CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (letrado D. José M^a Trillo- Figueroa), FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS (letrado D. Ángel Martín) contra ASOCIACION DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (letrado D. David Martínez), FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (letrado D. Félix Pinilla), CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (letrado D. Baldomero Rodríguez), CC.OO-SERVICIOS (letrado D. Armando García), EUSKO LANGILEEN ALKARTAUNA (no comparece), LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (no comparece) sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en autos, el día 18 de septiembre de 2014 se presentó demanda por CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (CGT), FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS contra ASOCIACION DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA, FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES, CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA, EUSKO LANGILEEN ALKARTAUNA, LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Segundo.

La Sala acordó el registro de la demanda y designó Ponente, con cuyo resultado se señaló el día 9 de diciembre de 2014 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se acceda a lo solicitado en los otrosíes de prueba.

Tercero.

Llegado el día y la hora señaladas tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas, con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

CGT se ratifica en la demanda indicando que el art. 50 del convenio colectivo no contempla al momento de fijar la retribución por vacaciones ni las comisiones por ventas ni otros incentivos variables por producción y considera que ello es contrario a las previsiones contenidas en el art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del convenio 132 OIT y de la Directiva 2003/88 así como de las STJUE que invoca.

En los mismos términos se manifiestan el resto de sindicatos comparecientes.

La Asociación de Contact Center Española se opone reconociendo que sólo se abonan en vacaciones los complementos salariales fijados en el art. 50 del convenio lo que se corresponde con la decisión convenida por las partes conforme el art. 1.281 CC y que por tanto otros complementos vinculados a ventas o producción no se abonan en vacaciones. Invoca inadecuación de procedimiento y falta de competencia de este Tribunal pues la cuestión deberá resolverse caso por caso ya que se está pretendiendo una interpretación al margen de lo acordado en el convenio. Considera no obstante que ni las precedentes sentencias de este Tribunal en otros

casos dictadas ni las TJU son de aplicación al caso y precisa la existencia de una diferencia fundamental y es que en esos casos el peso del variable en relación con la remuneración de vacaciones era muy considerable y conforme los datos que se obtienen de la pericial que va a practicar sólo un 48,9% del personal del sector recibe salarios variables y la media de estas partidas alcanzan sólo el 8,99% del salario, por lo que en este sector no desincentivaría el disfrute de vacaciones.

Quinto.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

- Los complementos e incentivos para ventas no están regulados en el convenio.
- En un muestreo de 33.106 trabajadores sobre 4.580 empleados de la empresa de TRANSCAM, el 59% de los trabajadores trabaja en atención al cliente, el 19% en ventas, 6% back office, 6% soporte.
- Los trabajadores que perciben retribución variable son el 48,9% del sector y de estos la media es de 8,99%, los que más reciben no superan el 20%.
- El 51,1% no perciben retribución variable.

Hechos conformes:

- Se está cumpliendo en el sector el art. 50 del convenio.
- Hay unos 90.000 trabajadores en el sector.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

Primero.

Por Resolución de 12 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo, se registra y publica en el BOE de 27-7-2012 el Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing), vigente hasta el 31-12-2014.

Se dispone en su Artículo 50: Retribución en vacaciones.

Los trabajadores afectados por este Convenio percibirán, como retribución de sus vacaciones anuales la media de lo que hayan percibido por los complementos de festivos, domingos, festivos especiales, plus de nocturnidad y de idiomas indicados en el convenio.

Se calculará dicha retribución de conformidad con la siguiente fórmula:

a) Sumar las cantidades percibidas por los complementos salariales indicados en el párrafo anterior, del año en curso que haya percibido cada trabajador.

b) Dividir esta cantidad entre 360 días (12 meses de 30 días cada mes entendido como mes tipo) y multiplicarlo por los 32 días de vacaciones fijados en este Convenio, o la parte proporcional correspondiente en caso de prestación de servicios inferior al año.

El importe resultante de esta fórmula se hará efectivo en una sola vez en la nómina de enero del año siguiente, salvo en el supuesto de que el trabajador cesara en la Empresa, por cualquier causa antes de la finalización del año natural, que se abonará dentro del correspondiente recibo de finiquito.

Segundo.

Son también relevantes para resolver la actual controversia los siguientes artículos del convenio:

Artículo 41. Conceptos retributivos.

El régimen retributivo pactado en el presente Convenio, queda estructurado de la siguiente forma:

- a) Salario base Convenio.
- b) Complementos salariales.
- c) Complementos extrasalariales.

Artículo 42. Salario base.

Se entiende por salario base convenio el correspondiente al trabajador en función de su pertenencia a uno de los grupos y niveles salariales descritos en el presente Convenio, y que figuran en las tablas anexas del mismo. El salario base remunera la jornada anual de trabajo efectivo pactada en este Convenio colectivo

Artículo 44. Complementos salariales.

Son complementos salariales las cantidades que, en su caso, deban adicionarse al salario base convenio, por cualquier concepto distinto al de la jornada ordinaria anual del trabajador y su adscripción a un grupo profesional y nivel retributivo.

Los complementos salariales se ajustarán, principalmente, a alguna de las siguientes modalidades:

Personales: En la medida en que deriven de las condiciones personales del trabajador.

De puesto de trabajo: Integrados por las cantidades que deba percibir el trabajador por razón de las características de su puesto de trabajo o de la forma de realizar su actividad.

De tiempo.

Artículo 46. Complementos del puesto de trabajo.

Plus de idiomas: Es el que percibe aquel personal de operaciones al que se exija para el desarrollo de su actividad la utilización de uno o más idiomas extranjeros, o la utilización de una o más lenguas cooficiales del Estado Español fuera de la Comunidad Autónoma, donde esté reconocida dicha cooficialidad.

La cuantía de este plus a jornada completa será el establecido en las tablas salariales anexas.

Para los supuestos en los que el trabajador esté contratado para una jornada parcial, el plus se percibirá proporcionalmente a la jornada contratada, con independencia del tiempo de utilización del idioma o lengua durante la misma.

Artículo 47. Complementos por festivos y domingos.

1. El trabajador que preste sus servicios en cualquiera de los 14 días festivos anuales, con independencia de la compensación de un día libre retribuido, percibirá los recargos que se establecen en las tablas anexas a este Convenio.

2. Tendrán la consideración de festivos especiales, los siguientes:

El día 25 de diciembre.

El día 1 de enero.

El día 6 de enero.

Dichos días se complementarán con los recargos contenidos en las tablas anexas, con independencia de la compensación de un día libre retribuido.

También tendrán la consideración de festivos especiales los días 24 y 31 de diciembre a partir de las 20,00 horas complementándose con los recargos contenidos en las tablas anexas.

3. El trabajador que, preste sus servicios en domingo, percibirá como compensación el recargo que figura en las tablas anexas a este Convenio.

4. No podrán acumularse los recargos de domingos y festivos especiales, y en los supuestos de coincidencia prevalecerá el correspondiente al festivo especial.

Artículo 48. Plus de nocturnidad.

En lo referente a la nocturnidad se estará a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores respecto a la misma.

El personal que en su jornada habitual trabaje entre las 22,00 horas y las 06,00 horas, percibirá este plus de nocturnidad de conformidad con las cuantías establecidas en las tablas salariales anexas.

Tercero.

En sus vacaciones los trabajadores del sector son remunerados con el salario base y con la media de los complementos referidos en el art. 50 del convenio.

No integra su remuneración en vacaciones lo que hubieran venido percibiendo en concepto de comisiones por ventas y/o incentivos a la producción variables en función de la actividad realizada derivados del desempeño de su puesto de trabajo.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2, g de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Segundo.

- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

- los hechos 1.º y 2.º transcriben los artículos del convenio colectivo de aplicación al caso controvertido
- el hecho 3.º refleja cómo se vienen retribuyendo las vacaciones en el sector, cuestión no controvertida para las partes.

Tercero.

- La controversia suscitada pasa por determinar si la retribución que los trabajadores del sector perciben en su período vacacional se corresponde con la prevista en el art. 50 del convenio o además de ello, integra su remuneración en vacaciones lo que hubieran venido percibiendo en concepto de comisiones por ventas y/o incentivos a la producción variables en función de la actividad realizada derivados del desempeño de su puesto de trabajo.

Antes de nada es preciso dejar constancia de la defectuosa redacción del citado art. 50 por cuanto lo que los trabajadores del sector perciben en vacaciones no es sólo la media de lo que hayan percibido por los complementos de festivos, domingos, festivos especiales, plus de nocturnidad y de idiomas indicados en el convenio, tal como expresa la citada norma convencional, sino que dichos complementos en su media se añaden al salario base de convenio obviamente percibido también en vacaciones, cuestión dada por sobreentendida por ambas partes, pese a la incorrecta redacción del art. 50 citado.

Cuarto.

Dicho esto, queda centrado el debate en si además del salario base y de los complementos expresamente citados en el art. 50 del convenio, los trabajadores del sector han de percibir en vacaciones la media de lo que hubieran venido percibiendo en concepto de comisiones por ventas y/o incentivos a la producción variables en función de la actividad realizada derivados del desempeño de su puesto de trabajo.

Se suscitaba al Tribunal la duda de si la acción emprendida por la parte actora era la propia del conflicto colectivo o de impugnación del art. 50 del convenio y así se le hizo saber al demandante CGT en diligencia de 22-9-14 que fue contestada en escrito del entrada 6-10-14 por el que se ratificaba en su acción por la vía de conflicto colectivo interesando que se declarara el derecho de los trabajadores del sector a recoger dentro de su retribución de vacaciones todos los complementos que han venido recibiendo habitualmente en el desempeño de su puesto de trabajo, especialmente comisiones por ventas e incentivos a la producción.

No obstante el Tribunal considera que la pretensión tal como se articula y atendiendo al contenido propio del art. 50 del convenio, no consistiría en la interpretación de esta norma convencional, sino en su validación respecto de normas legales de preceptiva y preeminente aplicación, art. 7 del convenio 132 OIT, art. 40.2 CE, art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con valor jurídico de Tratado y art. 7 de la Directiva 2003/88, por lo que hubiera sido procesalmente más correcto suscitar la controversia a través de la modalidad de impugnación de convenios del art. 163 y sig. LRJS :

Sin embargo el defecto apuntado no desmerece el enjuiciamiento sobre el fondo del asunto desde el momento en que el art. 163.4 permite en estos supuestos la utilización de la vía del conflicto colectivo cuando señala: La falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las

disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho. El juez o tribunal que en dichos procedimientos apreciara la ilegalidad de alguna de las referidas disposiciones lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos.

Quinto.

Otra objeción al procedimiento empleado por la parte actora suscita la asociación empresarial demandada, pero lo fundamenta en que a su entender podrían no concurrir los presupuestos, ex art. 153.1 LRJS, de que la controversia afectara a un interés general de un grupo genérico de trabajadores.

Puede convenirse con la demandante en que no todos los trabajadores del sector perciben comisiones por ventas y/o incentivos a la producción variables. Según su pericial así estarían remunerados un 48,9%, dato que no desvirtúa que la controversia afecte a un genérico grupo de trabajadores, sino que ratificaría tal afectación general.

Estaríamos así ante un grupo genérico e indeterminado de trabajadores, los del sector de contact center que, percibiendo comisiones por ventas y/o incentivos a la producción variables, no son remunerados con su media en vacaciones, lo que les dota de un interés general común a todos ellos y que da sentido a la pretensión en orden a que se venga a reconocer el derecho a que sus vacaciones así sean remuneradas.

Obvio es que, declarado el derecho en los términos interesados, su concreta aplicación a cada uno de los trabajadores del grupo genérico dependerá de sus personales circunstancias y por tanto del tipo de incentivo y cuantía percibida, pero que así sea (lo que siempre acontece en la plasmación individual de lo resuelto en el conflicto) no desmerece que la acción ejercitada de naturaleza colectiva resulte procesalmente conforme al citado art. 153.1 LRJS .

Sexto.

El art. 40.2 CE garantiza el derecho a las vacaciones periódicas retribuidas y a tales vacaciones también con carácter retribuido se refiere el art. 38.1 ET .

Estas disposiciones del ordenamiento nacional se han de relacionar con el convenio 132 OIT que en su art. 3.1 indica que: Toda persona a quien se aplique el presente Convenio tendrá derecho a vacaciones anuales pagadas de una duración mínima determinada.

Y en su art. 7.1 dispone: Toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado.

Y también con el derecho comunitario. Debiendo señalarse al respecto que el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con valor jurídico de Tratado, reconoce tal derecho a las vacaciones anuales retribuidas y que el art. 7.1 de la Directiva 2003/88 indica que: Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

Séptimo.

Con fundamento en este elenco normativo este Tribunal ha tenido dos recientes oportunidades para resolver la remuneración que debe integrar las vacaciones, las sentencias de 21-7-14 autos 128/14 y de 17-9-14 autos 194/14.

A- En la primera de ellas y con la intención de establecer un marco general para la solución de este tipo de controversias, con cita de la doctrina del TJUE, se dijo lo siguiente:

"La fuerza normativa de este derecho a la retribución en vacaciones se ha resaltado por el TJUE, por todas en la sentencia de 22-4-2014 asunto Lock C-539/12, que indica: según reiterada jurisprudencia, el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104, Directiva ésa que ha sido codificada por la Directiva 2003/88 (véase la sentencia KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, apartado 23 y la jurisprudencia citada)

Y con carácter general respecto de cómo ha de entenderse el término vacaciones retribuidas, ha indicado:

- La expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en dicha disposición significa que, mientras duren las vacaciones anuales en el sentido de la Directiva, debe mantenerse la retribución. En otras palabras, el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso. STJUE caso Robinson Steele C 131/04

- la Directiva 2003/88 considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho. La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo, STJUE caso Lock C539/12 "

Y en esa misma sentencia, entrando ya en la determinación de las partidas retributivas que debían abonarse en periodo vacacional se indicaba:

"Es relevante en este sentido la STJUE caso Lock que se acaba de citar y que llega a la conclusión de que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a las disposiciones y a las prácticas nacionales en virtud de las cuales un trabajador cuya retribución está compuesta, por un lado, por un salario base y, por otro, por una comisión cuyo importe se fija en función de los contratos celebrados por el empresario gracias a las ventas obtenidas por ese trabajador, sólo tiene derecho, en concepto de vacaciones anuales retribuidas, a una retribución formada exclusivamente por su salario base."

Y para luego resaltar de nuevo la sentencia Robinson Steele que en su parte dispositiva precisaba que: "el artículo 7, apartado 1, de la Directiva se opone a que una parte del salario abonado al trabajador por el trabajo efectuado se impute a la retribución de las vacaciones anuales sin que el trabajador perciba, por este concepto, un importe adicional al que se le abona por el trabajo efectuado. No cabe establecer excepciones a este derecho en un contrato."

B- Mas adelante este Tribunal en la sentencia de 17-9-14 tuvo la oportunidad de referirse a la existencia de una consolidada jurisprudencia nacional (STS de 26-7- 10 rec 199/09, 3-10-07 rec 2083/06 o 6-3-12 rec 80/11) sosteniendo la primacía de la regulación convencional de las retribuciones en vacaciones, validando así cláusulas de convenio que respetando las normas de derecho necesario, fijaran que la remuneración en vacaciones sólo comprendía los complementos salariales así pactados, lo que vendría en el caso que se juzga a validar los límites propuestos por el art. 50 del convenio de contact center.

Y, esta nueva SAN teniendo en cuenta que:

- La fundamentación de las conclusiones expuestas (apartado 22 sentencia Lock), es que la exclusión de las comisiones del período de vacaciones, como señaló el Abogado General en el punto 34 de sus conclusiones, puede engendrar un efecto disuasorio del disfrute de las vacaciones, que es precisamente lo que quiere evitar el art. 7 de la Directiva examinada.

- La sentencia del TJUE 22-05-2014, C-139/12 establece de modo rotundo en su parte dispositiva que cualquier disposición o práctica nacional, que excluya las comisiones de la retribución de las vacaciones se opone al art. 7.1 de la Directiva reiterada. - Dicha conclusión es extensible a cualquier otra retribución variable correspondiente a la jornada ordinaria, puesto que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho, en tanto en cuanto la obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo (sentencias Robinson-Steele y otros, EU: C- 2006/177, apartado 58 y Schultz-Hoff y otros, EU: C-2009, 18, apartado 60 y Lock C-539/12, apartado 17).

Fijó las siguientes conclusiones:

Llegados aquí, debemos despejar si un convenio colectivo, subsumible necesariamente entre las disposiciones y prácticas nacionales, a tenor con lo dispuesto en el art. 3.1.b ET, puede, sin vulnerar lo dispuesto en el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE, excluir retribuciones variables devengadas durante la jornada ordinaria, a lo que anticipamos desde ahora una respuesta negativa. - Nuestra respuesta ha de ser necesariamente negativa, por cuanto el precepto comunitario, interpretado por el TJUE en los términos ya expuestos, ha de prevalecer necesariamente en virtud del principio de supremacía del derecho comunitario frente a las legislaciones o prácticas nacionales que lo contradigan y la sentencia TJUE 22-05-2014, C-539/12 no deja lugar a dudas sobre esa cuestión, cuando dispone que ninguna disposición o práctica nacional puede excluir las comisiones de la retribución de las vacaciones, lo cual ha de extenderse necesariamente a cualquier otra retribución variable que se devengue en jornada ordinaria.

Así pues, si un convenio colectivo se opone a lo dispuesto en el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE, en los términos establecidos por la jurisprudencia comunitaria ya expuestos anteriormente, debe prevalecer lo dispuesto en el artículo mencionado, según la interpretación exigida por TJUE 22-05-2014, C-539/12, sobre el convenio colectivo, que ha de subsumirse necesariamente entre las disposiciones y prácticas nacionales, a tenor con lo dispuesto en el art. 3.1.b ET .

Octavo.

Por las razones expresadas en las precedentes sentencias, que se reiteran de nuevo en este proceso, la demanda debe ser estimada, no sin antes hacer una referencia al nudo argumental desplegado por la defensa letrada en este litigio que, conociendo todos estos antecedentes judiciales, sostuvo que el supuesto que ahora se juzga era notoriamente diferente de los antes citados por cuanto que la merma retributiva que se generaba en periodo vacacional era poco relevante (su pericial la calculaba en un 8,99% del salario total devengado) y que por esta razón el derecho al descanso protegido por la normativa comunitaria no se podía ver violentado.

Poca capacidad de convicción para la Sala y con relación a las conclusiones a favor de la parte proponente, suscitan las manifestaciones de quien se presenta como testigo perito y resulta ser secretario de la comisión paritaria del convenio y director de RRHH de una empresa del sector, en orden a fijar como merma en vacaciones el 8,99% del salario devengado.

Pero en cualquier caso, sea ésta o sea otra la merma retributiva, prueba que a la demandada en apoyo de sus argumentos obstativos le correspondía, art. 217.3 LEC, lo cierto e incuestionable es que en el periodo vacacional todos los trabajadores del sector que perciben parte de su salario en concepto de comisiones y/o incentivos a la producción, reciben menos retribución que en tiempo de trabajo, siendo esta diferencia la relevante para estimar que la situación descrita contraviene la normativa citada y su interpretación por el TJUE.

Y ello por cuanto toda merma desincentiva per se sin que puedan aceptarse argumentos cargados de subjetividad como el propuesto por la parte demandada que en definitiva conducirían a soluciones poco rigurosas en derecho (dónde poner el listón para considerar una merma no desincentivadora) y generadoras de un trato desigual para los afectados carente de justificación.

Procede en suma la estimación de la demanda y la condena a la pretensión ejercitada que recae en la asociación empresarial demandada en su condición de sujeto negociador del convenio estatal del sector en representación de todos los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación.

Noveno.

Conforme lo previsto en el art. 163.4 LRJS se acuerda notificar esta sentencia al Ministerio Fiscal por si estima oportuno plantear la ilegalidad del art. 50 del convenio colectivo de contact center referido en estas actuaciones a través de la modalidad procesal indicada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Previo rechazo de la inadecuación de procedimiento invocada, estimamos las demandas acumuladas formuladas por los sindicatos CGT y CCOO a la que se adhirieron los sindicatos UGT y CIG y declaramos el derecho de los trabajadores del sector de contact center a los que resulta de aplicación el convenio colectivo de ámbito estatal del sector (BOE de 27-7-2012) a incluir dentro de su retribución de vacaciones todos los complementos que han venido recibiendo habitualmente en el desempeño de su puesto de trabajo, especialmente comisiones por ventas e incentivos a la producción, condenando a la demandada ASOCIACION DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA a estar y pasar por tal declaración a todos los efectos.

Conforme lo previsto en el art. 163.4 LRJS se acuerda notificar esta sentencia al Ministerio Fiscal por si estima oportuno plantear la ilegalidad del art. 50 del convenio colectivo de contact center referido en estas actuaciones a través de la modalidad procesal indicada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el n.º 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el n.º 2419 0000 00 0268 14; si es en efectivo en la cuenta n.º 2419 0000 00 0268 14, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen Recurso de Casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2014, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de

Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.

RTSS. CEF