

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**AUDIENCIA NACIONAL***Sentencia 88/2018, de 30 de mayo de 2018**Sala de lo Social**Rec. n.º 72/2018***SUMARIO:**

Sector de contact center. Trabajadores a tiempo parcial que por necesidades del servicio amplían temporalmente la jornada en distintos periodos de tiempo a lo largo del año. Retribución de las vacaciones. La peculiaridad del presente caso no reside en el hecho de determinar si un determinado concepto retributivo debe ser o no incluido en la retribución de las vacaciones, sino en establecer cuál es módulo temporal que ha de servir para fijar la remuneración normal que ha de integrar la retribución de dicho periodo. La finalidad del concepto «retribución normal o media» que obra en el artículo 7 del Convenio 132 de la OIT no es otra que garantizar que el trabajador pueda ejercer su derecho al descanso durante el periodo de vacaciones, de forma que la posibilidad de renunciar total o parcialmente a dicho periodo de descanso no le resulte atractiva económicamente, lo que implica que la retribución durante el periodo en que se disfruta de vacaciones ha de ser similar a la que se percibiría si se prestasen servicios efectivos. Partiendo del anterior razonamiento, no resulta contraria a derecho la práctica empresarial que se impugna, según la cual durante el periodo vacacional la retribución se computa en función de la jornada vigente en el momento del disfrute, pues en principio no produce efecto disuasorio alguno, ya que ello implica que el trabajador tiene garantizado durante su periodo de vacaciones el salario que hubiera percibido en caso de no haber disfrutado de tal periodo vacacional. Cuestión distinta es que la empresa, en casos particulares, pueda hacer un uso fraudulento de las ampliaciones de jornada para minorar la retribución del periodo vacacional, lo cual a la vista de las nóminas y pactos de ampliaciones de jornada aportados tanto por la actora, como por la demandada, no ha resultado acreditado que sea una práctica generalizada, y que sin perjuicio de que se desestime la presente demanda, podrá dar lugar a las reclamaciones individuales que correspondan.

PRECEPTOS:

Convenio n.º 132 de la OIT (Vacaciones), art. 7.

PONENTE:

Don Ramón Gallo Llanos.

Magistrados:

Don RAMON GALLO LLANOS

Don EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

Don MARIA CAROLINA SAN MARTIN MAZZUCCONI

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00088/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Secretaria/o D./D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA N°: 88/2018

Fecha de Juicio: 23/5/2018

Fecha Sentencia: 30/5/2018

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000072 /2018

Materia: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente: RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: CGT

Demandado/s: TRANSCOM WORLDWIDE SPAIN S.L.U, UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) COMISIONES OBRERAS (CCOO) , CSIF , COMISIONES DE BASE (CO.BAS)

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia :

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

NIG: 28079 24 4 2018 0000078

Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000072 /2018

Procedimiento de origen: /

Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilmo/a. Sr/a: RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 88/2018

ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:

D^a EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS :

D. RAMÓN GALLO LLANOS

D^a CAROLINA SAN MARTIN MAZZUCCONI

En MADRID, a treinta de mayo de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres./as. Magistrados/as citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS 0000072 /2018 seguido por demanda de CGT(Letrada Silvia González Arribas), contra TRANSCOM WORLDWIDE SPAIN S.L.U (Letrado Ignacio Martín Peñin) UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO)(Letrada M^a Eugenia Moreno Díaz) UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT)(Letrado Félix Pinilla Porlan) COMISIONES OBRERAS (CCOO)(Letrada Sonia De Pablo Portillo) , CSIF(Letrado Israel Lara Del Pino) , COMISIONES DE BASE (CO.BAS), sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. RAMÓN GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en autos, el día 26 de marzo de 2018 se presentó demanda por CGT sobre conflicto colectivo, dicha demanda fue registrada bajo el número 72/2018.

Segundo.

Por Decreto de fecha 26 de marzo de 2018 se señaló el día 10 de mayo de 2018 para la celebración de los autos de conciliación y juicio.

Tercero.

Los actos de conciliación y juicio, tuvieron lugar el día previsto para su celebración, y resultando la conciliación sin avenencia, se inició el acto del juicio en el que:

La letrado de CGT se afirmó y ratificó en su escrito de demanda, si bien, desistiendo del segundo de los pronunciamientos contenidos en la misma, solicitó se dictase sentencia en la que se declare el derecho de los trabajadores/as afectados por el presente conflicto colectivo a la retribución de las vacaciones que incluya las ampliaciones de jornada por necesidades del servicio que se realizan durante todo el año.

Argumentó que siendo la actividad de la empresa el sector del contact center y teniendo la actora suficiente implantación en dicho ámbito, refirió que el presente conflicto afecta a aquellos trabajadores contratados a tiempo parcial, que realizan ampliaciones de jornada habitualmente, a quienes la empresa no les retribuye cantidad alguna por este concepto si la ampliación de jornada no coincide con el periodo de vacaciones, retribuyéndoles el salario base en función de la jornada sin ampliar que tienen contratada en contrato, práctica ésta que a su juicio vulnera la doctrina jurisprudencial sentada por el TS a raíz de las Ss de 8-6-2016 .

A dicha petición y argumentación se adhirieron el resto de sindicatos comparecientes.

El letrado de la demandada se opuso a la demanda solicitando el dictado de sentencia desestimatoria de la misma, admitió los hechos 1º,2º y 4º de la demanda, rechazando los restantes, recalcó el carácter voluntario de las ampliaciones de jornada, y alegó que los supuestos descritos en las Ss TS que invocaba la actora no resultaban coincidentes en el presente caso, que en todo caso, debía descartarse la pretensión de la actora por

merecer las ampliaciones del jornada el mismo tratamiento que las horas extraordinarias, y que en ninguno de los ejemplos aportados por la actora, se trataba de ampliaciones de jornada superiores a 6 meses en un periodo de referencia de 11 meses. .

Cuarto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 LRJS se precisa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes:

Hechos controvertidos : - -No concurre el requisito de que durante 6 meses no han ampliado jornada dentro los 11 últimos meses. En cualquier caso, se ha abonado

Quinto.

En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las formalidades legales. Resultado y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS**Primero.**

La mercantil demandada se encuentra dentro del ámbito de aplicación del II Convenio Colectivo de ámbito estatal del Sector de Contact Center, antes Telemarketing.- conforme-

Segundo.

CGT está legitimada para instar conflicto colectivo, pues así resulta de su implantación entre los afectados y de su ámbito de actuación, más amplio, incluso que el del conflicto."- conforme-

Tercero.

A los trabajadores a tiempo parcial que han ampliado la jornada en determinados periodos del año la empresa, su retribución correspondiente a las vacaciones se computa de la forma siguiente:

- Si el periodo de vacaciones coincide con periodos de tiempo durante los cuales existe jornada ampliada, la retribución se computa con arreglo a dicha ampliación de jornada- descriptores 25 a 27, 33, 34 y 37-;

- Si el periodo de vacaciones con coincide con periodos en los que no existe ampliación de jornada, la retribución correspondiente a las vacaciones se computa en función de las horas contratadas en el contrato de trabajo, sin tener en cuenta las ampliaciones de jornada que puedan haberse desarrollado a lo largo del año-descriptores 44 a 67-.

Cuarto.

En alguna ocasión la empresa a la hora de concertar las ampliaciones de jornada se ha interesado por las fechas en las que el trabajador en cuestión tenía intención de disfrutar de vacaciones - testifical de la actora-.

Quinto.

El día 22-2-2018 se celebró intento de mediación ante el SIMA, resultando sin avenencia.- descriptor 3.-

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso 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, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Segundo.

- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, la redacción de la resultancia fáctica de la presente resolución descansa, bien en hechos conformes, bien en cada una de las fuentes de prueba que en los mismos se indican.

Tercero.

- Por CGT se pretende que se declare el derecho de los trabajadores/as afectados por el presente conflicto colectivo a la retribución de las vacaciones que incluya las ampliaciones de jornada por necesidades del servicio que se realizan durante todo el año, impugnado la práctica empresarial consistente en retribuir las vacaciones conforme a la jornada inicialmente pactada en el contrato cuando las vacaciones no se disfrutaron en periodos en los que no está vigente la ampliación de jornada.

La empresa se opone a la pretensión ejercitada, en la consideración de que las vacaciones deben ser retribuidas conforme al salario base vigente a las mismas (ya sea el ampliado, ya el inicialmente contratado), alegando que, en todo caso, la actora no acredita que no se retribuyan las ampliaciones de jornada en vacaciones a trabajadores que hayan ampliado su jornada durante más de seis meses en los once precedentes a las vacaciones, citando al efecto la STS de 28-2-2018, y que en todo caso, las ampliaciones de jornada merecerían el mismo trato que las horas extraordinarias (STS de 9-4-2018), y que en todo caso las vacaciones se retribuyen conforme a la jornada vigente a la fecha del disfrute (ampliada o no).

2.- Para resolver la cuestión que se suscita hemos de señalar la doctrina que en la actualidad viene manteniendo el TS a raíz de las Ss.TS de 8-6-2.016 en orden al cómputo de la retribución correspondiente a las vacaciones, que se expone con claridad en las recientes Ss TS de 9-4-2.018- rco 73/2017 - y de 18-4-2.018- rco 257/2016 -. Así la primera de las mismas señala:

"La doctrina de esta Sala IV sobre la forma en que deben retribuirse las vacaciones y los conceptos que han de ser incluidos a tal efecto, la refleja nuestra STS de 29 de septiembre de 2016, rcud. 233/2015, que recoge el criterio establecido en las SSTS del Pleno de la Sala de 8 y 30 de junio de 2016, recursos 207/2015 y 45/2015, y las posteriores de 20/7/2017, rec. 261/2016; 20 y 21-12-2017, rec. 1046/2017 y 276/2016, y las que en ella se citan.

Como en la misma decimos, las sentencias del Pleno llevan a cabo un extenso estudio del alcance del artículo 7 del Convenio 132 OIT, en relación con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE, y de la STJUE 22/07/2014, asunto Lock, para establecer finalmente en el fundamento de derecho decimotercero de la primera de las sentencias de ellas la nueva doctrina jurisprudencial en la materia.

Así lo reitera la reciente STS 28/2/2018, rec. 16/2017, que resume perfectamente los criterios jurisprudenciales al respecto, de la siguiente forma:

A).- De acuerdo al también expresado criterio del TJUE, la Directiva 2003/88 ha de ser entendida en el sentido de que durante las vacaciones el trabajador debe percibir la «retribución ordinaria» y «comparable a los periodos de trabajo»... [FJ Séptimo]; b).- Aunque tal criterio del TJUE no sea de directa aplicación a las relaciones entre particulares y por lo mismo tampoco proceda su automático empleo en los litigios «inter privados», en todo caso sí debe operar como elemento interpretativo de nuestro régimen normativo y convencional [FFJJ Noveno y Décimo]; c).- Asimismo -recordemos-, el art. 7.1 del Convenio 132 OIT se remite igualmente a la «remuneración normal o media», si bien «calculada en la forma» que pudiera acordar -entre otras posibilidades- la negociación colectiva».

B.- «Esta triple consideración nos lleva a entender que tanto la doctrina comunitaria, obligadamente interpretativa de nuestra legislación [particularmente de la regulación colectiva, si la hubiere], como el propio Convenio 138 OIT, que forma parte de la normativa nacional [ex art. 96.1 CE] y ostenta en ella la primacía antes indicada, no sólo se oponen a la rotundidad de nuestra clásica afirmación acerca de la absoluta libertad de los negociadores colectivos para fijar el importe de la retribución en vacaciones [aún con respeto, en cómputo anual, de los mínimos de derecho necesario], sino que -sobre todo- nos obligan a buscar una interpretación de toda regulación pactada que, sin desconocer ese protagonismo de la «negociación colectiva» a la que se remite directamente el ET e indirectamente consiente el Convenio 138, de todas formas se presente lo más ajustada posible tanto a la doctrina comunitaria que glosa la Directiva 2003/88 cuanto a la referencia expresa que el art. 7.1 del citado Convenio 138 hace a la «remuneración normal o media»»

C.- «Pues bien, aclarado ello nos parece razonable entender que aunque la fijación de esa retribución [«normal o media»] por parte de la negociación colectiva admita un comprensible grado de discrecionalidad, pues a ello indudablemente alude la expresión «calculada en la forma...» que el citado art. 7.1 del Convenio 132 utiliza, de todas las maneras la misma no puede alcanzar la distorsión del concepto -«normal o media»- hasta el punto de hacerlo irreconocible, puesto que se trata concepto jurídico indeterminado y como tal ofrece: a).- Lo que se ha denominado «núcleo» -zona de certeza-, que parece debe integrarse, en su faceta «positiva» por los conceptos que integran la retribución «ordinaria» del trabajador individualizado, como por ejemplo, el salario base, los conceptos -complementos- debidos a «condiciones personales» del trabajador [antigüedad, titulación, idiomas...] y a circunstancias de la «actividad empresarial» [toxicidad; penosidad; peligrosidad...], que siempre son percibidos por los trabajadores individualmente considerados; y en su faceta «negativa», por términos generales, los conceptos retributivos extraordinarios [con carácter general y sin perjuicio de su excepción en singulares circunstancias, los bonus; determinados incentivos; horas extraordinarias...]. b).- El llamado «halo» -zona de duda-, que bien pudiera estar integrado por complementos atribuibles a circunstancias relativas al concreto «trabajo realizado» [esporádica nocturnidad; aislada turnicidad; las mismas horas extraordinarias, pero dotadas de una cierta reiteración ...], y cuya calificación -como retribución ordinaria o extraordinaria- dependerá de las circunstancias concurrentes [particularmente la habitualidad en su ejecución], y que es precisamente el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva».

D.- La obligada consideración de la necesidad de hacer «interpretación de toda regulación pactada que, sin desconocer ese protagonismo de la «negociación colectiva» a la que se remite directamente el ET e indirectamente consiente el Convenio 138, de todas formas se presente lo más ajustada posible tanto a la doctrina comunitaria que glosa la Directiva 2003/88 cuanto a la referencia expresa que el art. 7.1 del citado Convenio 138 hace a la «remuneración normal o media... por fuerza impone a los Tribunales un examen casuístico que en cada supuesto lleve a una conclusión que sea respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero a la vez satisfaga -y éste ha de ser el norte de la interpretación judicial- la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas».

E.- Frente a la afirmación demandante de la regularidad o habitualidad en las percepciones mensuales aunque sus cuantías fueran variables, es a la empresa a la que corresponde la carga de la prueba de desmontar ese punto de partida de la reclamación y de que trata de percepciones excepcionales, al ser ella que dispone de «disponibilidad y facilidad probatoria» al respecto, conforme a las previsiones que en orden a la carga de la prueba dispone el art. 217 LECiv (con algunas variaciones en la redacción de los argumentos, SSTS SG 08/06/16 -rco 207/15-, asunto «Telefónica Móviles España, SAU»; SG 08/06/16 -rco 112/15 -, con la misma demandada «Asociación Española Contact Center»; 09/06/16 -rco 235/15-, asunto «Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones »; 16/06/16 -rco 146/15 -, para «Asociación de Contact Center»; SG 30/06/16 -rco 47/15-, asunto «Swissport Spain, SL »; 15/09/16 -rco 258/15-, asunto «FES »; 29/09/16 -rco 233/15-, asunto «Alstom Transporte »; 14/02/17 -rco 45/16 -, para «ACESA»; 21/03/17 - rco 80/16-, asunto «ADIF »; y 20/07/17 -rco 261/16-, para «FGC»).

Expuesta lo anterior, debemos recalcar que las ampliaciones de jornada a que se refiere la demanda, como expusimos en la SAN de 17-1-2018 (autos 321/2017) son novaciones contractuales de carácter parcial en virtud de las cuales, los trabajadores de la empresa contratados a tiempo parcial, voluntariamente acceden bien a realizar una jornada a tiempo completo, bien un número de horas superior al inicialmente contratado. Por ello, la peculiaridad del presente caso reside en el hecho de que no se trata de determinar si un determinado concepto retributivo debe ser o no incluido en la retribución de vacaciones, como ha sucedido en múltiples casos anteriores

resueltos tanto por esta Sala, como por el Tribunal Supremo, sino en determinar cuál es módulo temporal que ha de determinar la retribución normal que conforme a la doctrina expuesta ha de integrar la retribución de vacaciones.

Planteada así la cuestión, consideramos que la finalidad del concepto de "retribución normal o media" que obra en el art. 7 del Convenio 132 de la OIT y que ha sido objeto de desarrollo tanto por la Doctrina del TJUE, como de la Sala IV del TS, no es otro que garantizar que el trabajador pueda ejercer su derecho al descanso durante el periodo de vacaciones, de forma que la posibilidad de renunciar total o parcialmente a dicho periodo de descanso no le resulte atractiva económicamente, lo que implica que la retribución durante el periodo en que se disfruta de vacaciones ha de ser similar a la que se percibiría si se prestasen servicios efectivos.

Partiendo del anterior razonamiento, hemos de señalar que no resulta contraria a derecho la práctica empresarial que se impugna, según la cual durante el periodo vacacional la retribución se computa en función de la jornada vigente en el momento del disfrute, pues en principio no produce efecto disuasorio alguno pues ello implica que el trabajador tiene garantizado durante su periodo de vacaciones el salario que hubiera percibido en caso de no haber disfrutado de tal periodo vacacional, lo cual llevará a la desestimación de la demanda

Cuestión distinta, es que la empresa en casos particulares pueda hacer un uso fraudulento de las ampliaciones de jornada para minorar la retribución del periodo vacacional, lo cual a la vista de las nóminas y pactos de ampliaciones de jornada aportados tanto por la actora, como por la demandada, no ha resultado acreditado que sea una práctica generalizada, y que sin perjuicio de que se desestime la presente demanda, podrá dar lugar a las reclamaciones individuales que correspondan.

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

FALLAMOS

DESESTIMANDO LA demanda deducida por CGT frente a TRANSCOM WORLDWIDE SPAIN S.L.U a la que se han adherido USO, UGT, CCOO, CSIF Y COBAS absolvemos a la demanda de los pedimentos efectuados.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el 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 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 Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 00050001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0072 18; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0072 18, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

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.