

CASACION núm.: 112/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús

Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO

Sentencia núm. 496/2016

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Jesús Souto Prieto

D. Jordi Agustí Juliá

En Madrid, a 8 de junio de 2016.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto en nombre y representación de ASOCIACION DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (ACE), contra sentencia de fecha 11 de diciembre de 2014 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento nº 268/14, promovido por la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT) y FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE CC.OO., contra ASOCIACIÓN DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA; FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT; CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG); CC.OO SERVICIOS; EUSKO LANGILEEN ALKARTAUNA y LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK, sobre Conflicto Colectivo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT) y FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE CC.OO se interpuso demanda de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare el derecho de los trabajadores del sector del Contact Center a que se recoja dentro de la retribución de sus vacaciones todos aquellos complementos que han venido recibiendo habitualmente derivados del desempeño del puesto de trabajo, especial aquellas comisiones por ventas y otros incentivos a la producción.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma; CIG, UGT y CC.OO. SERVICIOS se adhirieron a la demanda. La parte demandada, ACE, se opuso a la demanda, alegando inadecuación de procedimiento. La parte

actora se opuso a la excepción, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO- Con fecha 11 de diciembre de 2014 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «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 ASOCIACIÓN DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA a estar y pasar por tal declaración a todos los efectos.»

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«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.»

QUINTO.- Contra la referida sentencia se preparó recurso de casación en nombre de ASOCIACIÓN DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (ACE). Su letrado Don David Martínez Saldaña, en escrito de 20 de febrero de 2015, formaliza el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: Primer motivo.- Al amparo del art. 207,b) de la LRJS, se denuncia inadecuación de procedimiento, al tiempo que la falta de competencia objetiva de la Sala. Segundo motivo.- Al amparo del art. 207,d) de la LRJS, se propone la adición de nuevo hecho probado cuarto. Tercer motivo.- Por el mismo cauce que el anterior, se propone igualmente la adición de un nuevo hecho probado quinto. Cuarto motivo.- Al mismo amparo que los anteriores, se propone una nueva adición en el relato fáctico, en este caso, la de un nuevo hecho probado sexto. Quinto motivo.- Por igual cauce que los anteriores se propone una última revisión fáctica mediante la adición de un nuevo hecho probado séptimo. Sexto, séptimo, octavo y noveno motivos.- Con idéntico amparo

procesal, el art. 207,e) LRJS, por infracción de los arts. 37.1 CE, 38.1. ET y 50 del Convenio Colectivo de aplicación al caso.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 28 de mayo de 2015 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar que debe ser procedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de abril de 2016, en que se suspendió por estimar la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procedía su debate por la Sala en Pleno, señalándose nuevamente para el día 18 de mayo de 2016, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La Confederación General del Trabajo (CGT) y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CCOO) presentaron en su día demandas de conflicto colectivo contra la Asociación patronal Contact Center Española (ACE) que, acumuladas, han dado lugar a las presentes actuaciones, a las que se adhirieron en el acto del juicio otros dos sindicatos inicialmente demandados (la Confederación Intersindical Gallega/CIG y la Federación Estatal de Servicios de la Unión General de trabajadores/UGT; Eusko Langileen Alkartasuna/ELA y Langile Abertzaleen Batzordeak/LAB no comparecieron), postulando se declare el derecho de los trabajadores del sector "Contact Center" a que, dentro de la retribución de sus vacaciones anuales, se incluyan todos aquellos complementos (su "promedio", especificaba CCOO) que han venido percibiendo de forma regular y habitualmente durante los meses de actividad ordinaria, entre ellos, en especial, los incentivos y comisiones por ventas.

2. Tal pretensión, en ambas demandas, se fundaba en que, al entender de los sindicatos, en síntesis, "la práctica empresarial de tan sólo abonar los complementos relacionados en el art. 50 del convenio colectivo, excluyendo

del salario global del trabajador las comisiones que el trabajador percibe mensualmente por la ejecución de tareas derivadas de su contrato de trabajo, no respeta el contenido mínimo de derecho necesario es contraria a lo establecido en el art. 7.1 de la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo al resto de normativa reseñada y la jurisprudencia".

3. La sentencia de instancia, dictada el 11 de diciembre de 2014 (Proc. 268/14) por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, tras rechazar la inadecuación de procedimiento opuesta por la entidad patronal demandada, y con remisión a otros precedentes propios (SSAN 21-7-2014 y 17-9-2014, Autos 127/14 y 194/14), estimó las demandas y declaró "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 asociación demandada a estar y pasar por tal declaración "a todos los efectos".

La citada sentencia ha sido recurrida en casación por la asociación empresarial demandada, en recurso impugnado por los sindicatos actores y UGT, habiendo emitido informe favorable a su estimación por el Ministerio Fiscal.

4. En su escrito de formalización, la entidad recurrente articula un total de nueve motivos de casación, precedidos de lo que denomina "motivo introductorio", en el que reprocha a la sentencia recurrida haber conculcado el principio de vinculación de la doctrina comunitaria (art. 234 del Tratado CEE, nuevo 267 TFUE) al efectuar, según dice, una interpretación sesgada y errónea de la sentencia TJUE (Sala 1ª) de 22 de mayo de 2014 (caso Lock). El motivo primero, con amparo en el art. 207.b) LRJS, insiste en la inadecuación del procedimiento; los cuatro siguientes (2º a 5º), ahora con sustento en el apartado d) del mismo precepto procesal, postulan la revisión del relato fáctico de la sentencia impugnada; y los cuatro últimos (6º a 9º), amparados todos en la letra e) del art. 207 LRJS, en la misma línea que el calificado como

“introdutorio”, denuncian, respectivamente, la infracción del precitado principio de vinculación a la doctrina comunitaria, esencialmente en relación con la STJUE de 22-5-2014 [asunto C-539/12, caso Lock] (6º), la infracción del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, en relación con el art. 50 del Convenio Colectivo del Sector Contact Center (7º), y la infracción tanto del art. 38.1 ET (8º) como de la doctrina jurisprudencial representada, entre otras, por las sentencias de esta Sala de 26-7-2010, R. 199/09, 3-10-2007 [sin duda por error menciona el día 31 en vez del 3], R. 2083/06 y 6-3-2012, R. 80/11 (9º).

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso debe ser desestimado porque, como atinadamente sostiene la sentencia impugnada, se trata de una controversia que afecta a un grupo genérico e indeterminado de trabajadores, aunque luego pueda ser susceptible de determinación individual, sin que en absoluto resulte necesario combatir la disposición convencional controvertida (el art. 50 del Convenio Colectivo de aplicación) por la vía del art. 163 y ss LRJS, pues, conforme al nº 4 de dicho precepto procesal, cabe la del conflicto colectivo para oponerse a los actos que se produzcan en aplicación del convenio. Siendo éste el caso, ya que incluso la propia prueba pericial de la patronal trató de poner de relieve que la controvertida percepción de comisiones por ventas y/o incentivos variables en vacaciones podría afectar en torno a un 50% de los trabajadores del sector, tal como se pone de relieve en el fundamento jurídico quinto de la recurrida (“...dato que no desvirtúa que la controversia afecte a un genérico grupo de trabajadores, sino que ratificaría tal afectación general”, al acertado decir literal de la sentencia impugnada), y al margen, desde luego, de la determinación cuantitativa individual que, para el supuesto de que prosperara la pretensión esencialmente declarativa aquí ejercitada (que, insistimos, incide exclusivamente en la retribución que pudiera corresponder al período de vacaciones anuales de cada trabajador afectado por el conflicto en función del promedio de comisiones y/o incentivos percibidos individualmente), y sin perjuicio también de las facultades que el art. 163.4 LRJS atribuye al Ministerio Fiscal para impugnar directamente el cuestionado art. 50 del convenio colectivo, según sugiere la Sala de instancia en el fundamento jurídico cuarto 4º *in fine* de su resolución, a pesar de todo ello, insistimos, el cauce procesal empleado, de acuerdo con nuestra reiterada

doctrina jurisprudencial (por todas, SSTS4ª 10-12-2009, R. 74/09, y 9-10-2012, R. 224/11 y las que en ellas se citan), es el adecuado y –nos parece obvio– su resolución en instancia, dado el ámbito estatal de afectación, es competencia objetiva de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

TERCERO.- 1. Con relación a las revisiones fácticas que propugnan los cuatro siguientes motivos del recurso, no está de más comenzar recordando, conforme a reiterada jurisprudencia (por todas, STS 24-11-2015, R. 298/14), las exigencias de que al respecto tiene establecidas nuestra doctrina, tal como se recoge, entre otras, en las sentencias de 2 de febrero de 2000, 8 de marzo de 2004, 20 de julio de 2007 y 8 de febrero de 2010: *"para que pueda prosperar un error de hecho en casación es preciso que: 1º) la equivocación del juzgador se desprenda de forma directa de un elemento de la prueba documental obrante en las actuaciones que tenga formalmente el carácter de documento y la eficacia probatoria propia de este medio de prueba, 2º) se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone, 3º) el error debe desprenderse de forma clara, directa e inequívoca del documento, sin necesidad de deducciones, conjeturas o suposiciones, 4º) el error debe ser trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida, sin que pueda utilizarse para introducir calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo"*.

La aplicación de dicha doctrina al supuesto que aquí analizamos debe conducir, necesariamente, a la desestimación de los cuatro motivos no sólo porque la práctica totalidad de las adiciones pretendidas son total y absolutamente intrascendentes para alterar el sentido del fallo, sino también porque todas ellas no derivan de análisis alguno que demuestre error por parte de la sentencia ni mucho menos que de los documentos invocados se deduzca, sin necesidad de conjeturas o razonamientos, los datos que se pretenden introducir.

2. Así, la adición que el segundo motivo propone (un nuevo hecho probado, que sería el 4º: "*Se está cumpliendo con el art. 50 del convenio. Hay unos 90.000 trabajadores en el sector*") debe rechazarse, pese a que, en efecto, ambos datos fueron admitidos como "conformes" por la propia Sala sentenciadora, tal como se constata en el acta de la vista oral y como se recoge expresamente también en el 5º antecedente de hecho de la resolución impugnada, porque ninguna relevancia pueden tener respecto al sentido del fallo, puesto que, en relación con el primero de ellos (que las empresas del sector, en general, están cumpliendo el art. 50 del convenio), la controversia del litigio no gira en torno a la inclusión o no en la retribución de las vacaciones de los conceptos que dicho precepto contempla ("festivos", "domingos", "festivos especiales" y "plus de nocturnidad y de idiomas") sino, precisamente, de aquellos otros que, no recogidos en él (comisiones y/o incentivos), al entender de los demandantes, debieran ser igualmente computados al efecto; y respecto al número de trabajadores que prestan servicios en el sector de contact center, el dato en sí, aunque, como vimos en el fundamento jurídico anterior, resulta revelador del carácter colectivo de la pretensión, carece igualmente de incidencia alguna en orden a una hipotética rectificación de fondo en el sentido del fallo.

3. El tercer motivo insta igualmente la adición de un nuevo hecho probado (sería el 5º: "*Los complementos e incentivos para ventas no están regulados en el convenio*") que tampoco puede ser acogido, además de por su improcedente formulación negativa, por idéntica razón que el anterior (su irrelevancia), ya que ese dato, incluso de ser cierto, como parece deducirse de un somero análisis del propio convenio, en absoluto significa que tal modo de retribución variable no fuera una práctica relativamente habitual en buena parte de las empresas del sector, pues, según vimos más arriba, podría llegar a afectar a cerca de un 50% de los trabajadores, aunque no conste, ni este motivo propugne su determinación, la concreta incidencia cuantitativa en sus retribuciones habituales.

4. El siguiente motivo de revisión fáctica (4º del recurso) solicita la adición de otro hecho probado nuevo (sería el 6º), con el siguiente contenido:

"No todos los trabajadores del sector perciben comisiones por ventas y/o incentivos a la producción variables: Están remunerados un 48,9%".

La propuesta debe ser también rechazada, no sólo porque el dato positivo de la afectación porcentual de trabajadores que perciben comisiones por ventas y/o incentivos en el sector cabe deducirlo, con verdadero valor fáctico, de la propia argumentación jurídica de la sentencia impugnada (que, ciertamente, concuerda con el "descriptor" 77, página 5, del soporte informático que la recurrente invoca: conclusiones de la ampliación del informe pericial/testifical de fecha 25-1-2014), por lo que su reiteración se revela claramente inútil, sino también, como los anteriores, por su intrascendencia respecto al sentido del fallo, ya que esa simple circunstancia, insistimos, siendo reveladora del carácter colectivo de la pretensión, por sí mismo, como luego tendremos ocasión de comprobar, en ningún caso variaría el sentido del fallo.

5. El último motivo de revisión (5º del recurso) postula la adición de un último hecho probado, el 7º sería, del siguiente tenor literal: *"El peso medio de la retribución variable que perciben los trabajadores del sector de contact center, que reciben este tipo de remuneración, es de 8,99% sobre el total de salarios devengados (Descriptores 78, página 3, 7, 11, 15, 19, 23, 33, 37, 41 y 45). Aquellos trabajadores que menos salario variable perciben de sus empresas son receptores de un 2,20% (Descriptor 78 página 41), y los que más no superan el 20% de variable respecto a su retribución total (Descriptor 78, página 3). En un buen número de empresas se abona retribución variable de un 2,40%, 3,20%, 5,00%, 6,31%, 6,90%, 7,24% (Descriptor 78, páginas 11, 15, 19, 23, 33 y 37) es decir, muy por debajo de la media. No se constatan casos en el Sector Contact center en los que la retribución variable tenga un peso del 60% sobre el salario total".*

Tampoco este último puede prosperar por intrascendente y, sobre todo en este caso, por no deducirse de los mencionados soportes informáticos, por sí solos y sin necesidad de los argumentos, especulaciones y conjeturas que la propia entidad recurrente desarrolla, los complejos y muy variados datos porcentuales sobre el importe de las remuneraciones variables en el sector.

Son irrelevantes porque, basándose la estimación de la demanda, fundamentalmente, en la interpretación que la Sala de instancia realiza de la sentencia dictada por el TJUE el 22-5-2014, Asunto C-539/12, caso Lock, cuando sostiene que lo decisivo en dicha resolución del Tribunal de la Unión no es el hipotético elevado importe de la cuantía de la merma sino la mera y simple disminución experimentada en la retribución de las vacaciones (*"...lo cierto e incuestionable es que en el período 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"*: FJ 8º, 2º párrafo, de la sentencia recurrida), parece claro que, acertada o no dicha interpretación (cuestión que habremos de abordar al analizar las denuncias jurídicas del recurso), lo verdaderamente trascendente a los efectos del fallo no son aquellos datos porcentuales, situados normalmente, al parecer, entre un 2,2 y un 8,99% del total de los salarios, y nunca superando el 20%, (así parece admitirlo la propia resolución impugnada en el razonamiento arriba transcrito), sino la referida interpretación que la Audiencia Nacional hace de la repetida sentencia comunitaria. Y es a esa particular cuestión a la que nos referimos cuando, también para rechazar el motivo, decimos que contiene sobre todo conjeturas y especulaciones que no se obtienen de manera directa e indubitada de los elementos probatorios que cita porque los "descriptores" de esas grabaciones digitales, con ni siquiera constituir prueba válida al respecto, pues sólo parecen ser "informaciones proporcionadas por distintas empresas del sector", según figura en el propio "descriptor 78", no permiten alcanzar tales datos sin las deducciones valorativas que la recurrente efectúa.

CUARTO.- 1. Aunque la sentencia recurrida no desconoce la doctrina tradicional de esta Sala IV sobre que la cuantificación de la paga de vacaciones debe hacerse con arreglo a lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, esto es, computando sólo los conceptos retributivos que el convenio establezca al efecto, pese a ello, decide apartarse de esa doctrina con base en el art. 7 de la Directiva Comunitaria 2003/2008 y, especialmente, en la interpretación que ha hecho del mismo la sentencia de TJUE de 22 de

mayo de 2014, C-539/12, al entender que el convenio colectivo debe, necesariamente, respetar las directivas comunitarias y la interpretación que de ellas hace la doctrina del propio TJUE. Consecuentemente, la Sala de la Audiencia Nacional concluye estimando la demanda y declarando la necesidad de que, para el cálculo de la paga de vacaciones de los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo, se computen “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”, con expresa condena a la demandada a estar y pasar por esa declaración “a todos los efectos”.

2. El recurso de casación ordinaria, como vimos más arriba, en los cuatro últimos motivos y con el mismo amparo procesal (art. 207.e LRJS), denuncia la infracción de las normas y jurisprudencia ya descritas, sosteniendo, resumidamente, para mantener la vigencia y aplicabilidad de la doctrina tradicional de esta Sala, que son de preferente aplicación las disposiciones del convenio colectivo que fijan el importe de la retribución de las vacaciones, lo que, al entender de los recurrentes, no contradice los preceptos de derecho internacional en cuestión ni la sentencia del TJUE en que se funda la resolución recurrida.

3. Tal como esta misma Sala ha acordado, en deliberación de Pleno del mismo día 18 de mayo de 2016, resolviendo otro recurso de casación común (R. 207/2015) frente a otra sentencia de la Audiencia Nacional (SAN 18/3/2015, autos 18/15), y rectificando en parte el criterio de doctrina jurisprudencial anterior, la fijación o establecimiento de la retribución “normal o media” de las vacaciones por parte de la negociación colectiva admite un comprensible grado de discrecionalidad, ya que la expresión “calculada en la forma...” que utiliza el art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT no puede alcanzar la distorsión de aquél concepto (“normal o media”) hasta el punto de hacerlo irreconocible, pues se trata de un concepto jurídico indeterminado que, como tal, ofrece zonas de certeza y zonas de duda que, por fuerza, impone a los Tribunales un examen casuístico de cada supuesto concreto para alcanzar así una conclusión respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero que a la vez satisfaga la finalidad del descanso efectivo que persigue

la figura de las vacaciones retribuidas, y sin propiciar o contribuir de cualquier forma a disuadir o desincentivar de su disfrute a los trabajadores, lo que, conforme a la doctrina del TJUE (caso Lock), resultaría contrario al art. 7 de la Directiva 2003/88.

4. Así pues, el análisis del caso concreto obliga a tomar en consideración, o tratar de hacerlo, la regulación convencional específica que, aunque ubicada de forma no del todo ortodoxa en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, aunque con la razonable justificación de que "son también relevantes para resolver la actual controversia" (h. p. 2º), obra transcrita en su integridad en los antecedentes de hecho de esta nuestra resolución.

Pues bien, el art. 50 del Convenio colectivo estatal del sector de Contact Center (BOE 27/7/2012) establece, bajo el epígrafe "Retribución en vacaciones", que los trabajadores "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", añadiendo luego la fórmula matemática que permite averiguar el importe resultante ["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"] que 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, en cuyo caso se abonará dentro del oportuno recibo de finiquito.

El art. 41 del Convenio en cuestión estructura el régimen retributivo en tres apartados: salario base Convenio, complementos salariales y complementos extrasalariales, cuya cuantificación no parece difícil de obtener de las tablas anexas al propio Convenio.

Sobre el salario base (“...obviamente percibido también en vacaciones, cuestión dada por sobreentendida por ambas partes”: FJ 3º sentencia de instancia) no surge discrepancia alguna en este litigio, como tampoco sobre los complementos salariales previstos en el Convenio que, según su art. 44, “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. [y] De tiempo” .

Entre los primeros (de “puesto de trabajo”), el propio Convenio (art. 46) alude al plus de idiomas, con retribución diferente en función de la duración de la jornada realizada (completa o parcial), y a los complementos denominados “por festivos o domingos”, “de festivos especiales” (art. 47) y al plus de nocturnidad (art. 48).

La controversia sólo se plantea respecto a un concepto (“comisiones y/o incentivos a la producción variables”) que, no recogido expresamente en la norma convencional , no hay duda que lo perciben con cierta habitualidad los trabajadores del sector a los que se encamina el objeto del proceso, respecto de los cuales, según consta de manera literal en la declaración de hecho probados, “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” (h. p. 3º).

Y como quiera que ese concepto en cuestión, en la medida en que, con independencia de su cuantía concreta, forma parte, también indudablemente, de la retribución común u ordinaria pues no obedece --menos no consta acreditado que así fuera-- a una mayor dedicación temporal (por ejemplo, prolongación de jornada u horas extras), y tampoco existe dato alguno que permita entender que su abono en vacaciones constituyera reiteración o duplicidad del mismo (lo que podría suceder, por ejemplo, si se tratara de un “bonus”, una participación en beneficios o algo similar, y su devengo fuera anual y por tanto ya se hubiera percibido la retribución de todo el año),

obligado resulta desestimar el recurso empresarial y confirmar el fallo de la sentencia impugnada, aunque sea por razones no del todo coincidentes con las que en ella se expresan, porque, en definitiva, --insistimos-- se trata de un modo de retribución común que, como el salario base o el resto de complementos expresamente previstos en el Convenio, ha de abonarse a los trabajadores durante su periodo vacacional, puesto que esa es la mejor forma de cumplir con el mandato expreso del art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT ("remuneración normal o media"), que es la disposición directamente aplicable al caso, en la "interpretación conforme" con el derecho de la Unión (la Directiva 2003/88 que, no lo olvidemos, según su art. 1.1, tiene como objetivo el establecimiento de "disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo"), tal como ha sido entendida reiteradamente por el TJUE (casos Lock, Bollacke o Greenfield, y los que en ellos se citan).

QUINTO.- Procede, pues, visto el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, desestimar el recurso y confirmar el fallo de la sentencia impugnada, en línea coincidente con las decisiones unánimes adoptadas por el Pleno de esta Sala celebrado el mismo día 18 de mayo de 2016 en los recursos de casación común arriba referenciados. Sin costas (art. 233.2 LPL).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Letrado Don David Martínez Saldaña, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (ACE), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 11 de diciembre de 2014, en actuaciones nº 268/2014 seguidas en virtud de demanda a instancia de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT) y la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO) contra ACE, y como partes interesadas FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), EUSKO LANGILEEN ALCARTAUNA (ELA) Y LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB).

2.- Confirmar el fallo de la sentencia recurrida.

3.- Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.