

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 159/2018 de 15
Feb. 2018, Rec. 47/2017**

Ponente: Castro Fernández, Luis Fernando de.

CASACION núm.: 47/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 159/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 15 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de ASOCIACIÓN ESPAÑOLA CONTACT CENTER, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 3 de noviembre de 2016, en actuaciones seguidas por Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (Fes-UGT) y la Confederación General del Trabajo (CGT) frente a ASOCIACIÓN ESPAÑOLA CONTACT CENTER, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS, EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA. y LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK, siendo parte interesada el Ministerio Fiscal, sobre impugnación de convenios colectivos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por las representaciones procesales de una parte la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FeS-UGT) y de otra, la Confederación General del Trabajo (CGT) se formularon demandas ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sobre convenio colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare:

Demanda de UGT: «La nulidad del Art. 50.b) del Convenio Colectivo impugnado.- - Se declare el derecho de los trabajadores a los que resulta de aplicación el citado convenio, a que la suma de las cantidades percibidas en el año en curso por los complementos salariales de festivos, domingos, festivos especiales, plus de nocturnidad y de idiomas, se divida entre 330 días o, en su caso, entre 333 días, multiplicando la cantidad resultante por los 32 días de vacaciones, o la parte proporcional correspondiente en caso de prestación de servicios inferior al año.- Condenando a las codemandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones a todos los efectos».

Demanda de CGT: «La nulidad del art. 50.b del Convenio Colectivo , en lo referido al cálculo de la media de lo percibido por los complementos de festivos, domingos, festivos especiales, plus de nocturnidad y de idiomas.- Que se declare el derecho de los trabajadores afectados a que les sea retribuida la media, bien dividiendo el conjunto de emolumentos recibidos en el año por 330 días (en caso de cálculo sobre mes tipo) o sobre 333 días (en caso de computo de días no vacacionales) y multiplicar el mismo por los 32 días de vacaciones establecidos».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que se practicaron las pruebas que fueron admitidas, con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

TERCERO.- Con fecha 3 de noviembre de 2016, se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , cuya parte dispositiva dice: «Que ESTIMANDO PARCIALMENTE las demandas deducidas por FES- UGT y CGT, a las que se han adherido CCOO Y CIG contra ASOCIACIÓN ESPAÑOLA CONTACT CENTER, EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA), LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB) sobre IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO DECLARAMOS la NULIDAD del apartado b) del Art. 50, párrafo 2º del V Convenio Colectivo de Contact Center (antes Telemarketing) - BOE DE 27-7-2.012) y DESESTIMANDO la segunda de las peticiones formuladas en cada una de las mismas absolvemos a la demandada respecto de las mismas».

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « **PRIMERO.-** La Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FeS-UGT) está integrada en la Unión General de Trabajadores, sindicato más representativo a nivel estatal, según dispone el artículo 6 de la LOLS , y además tiene una importante implantación en el sector de Contact Center (anteriormente conocido como Telemarketing).- CGT es una organización sindical con suficiente implantación en el sector del Contact center.- **SEGUNDO.** - El Convenio Colectivo de Contact Center (publicado en el BOE nº 179, de 27 de julio de 2012), establece una duración inicial hasta el 31.12.2014.- Actualmente se encuentra vigente en su contenido normativo, al haber sido denunciado y en aplicación del Art. 6, que dispone lo siguiente: "Denunciado el Convenio, y hasta que no se logre acuerdo expreso, a los efectos de lo previsto en los artículos 86.3 y 4 del ET se entenderá que se mantiene la vigencia de su contenido normativo".-**TERCERO** .- Dicho Convenio Colectivo regula en el artículo 50 cómo se retribuyen, durante las vacaciones anuales, los distintos complementos salariales que contempla el convenio de la forma siguiente: "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.- Aquellas empresas que, con anterioridad a la firma de este convenio, vinieran abonando durante el disfrute del período de vacaciones anuales alguno de los complementos o pluses citados en el párrafo primero de este artículo, mantendrán este sistema, aplicando dicha fórmula exclusivamente para los restantes complementos".-**CUARTO.-** El 17-8-2007 se presentó por CGT papeleta de mediación sobre retribución de vacaciones, que si bien concluyó con desacuerdo en el SIMA, posteriormente se suscribió en fecha 17-11-2007 un preacuerdo de retribución de vacaciones que pasó a formar parte del IV Convenio sectorial, siendo la redacción del art. 50 del precepto vigente, la misma que fue acordada en fecha 17-11-2007.- **QUINTO** .- Habiéndose promovido mediación por FES-UGT, se extendió acta de desacuerdo en fecha 3-10-2016».

QUINTO.- En el recurso de casación formalizado por D^a. M^a. Isabel Rodríguez León, Letrada, actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA CONTACT CENTER , se

consignan los siguientes motivos: Primero .- Al amparo de lo que autoriza el art. 207 d) para que se de una nueva redacción al hecho probado cuarto .- Segundo.- Al amparo de lo que autoriza el artículo 207 e) de la LRJS , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico en concreto, de los artículos 3.1 , 3.5 , 38 y 82 del et , del artículo 7.2 de la directiva 2003/88 , del artículo 7 del convenio 132 de la OIT y del artículo 37 de la ce ; así como de la jurisprudencia en materia de disfrute y retribución de vacaciones.

SEXTO.- Transcurrido el plazo concedido para impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 13 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Tal como consta en los antecedentes, la SAN 03/11/16 [autos 258 y 280/16], acogió parcialmente la demanda presentada y declaró la nulidad del art. 50.2.b) del V Convenio Colectivo de «Contact Center », indicativo de que la retribución en vacaciones de diversos complementos [festivos, domingos, festivos especiales, nocturnidad e idiomas] se calculará de acuerdo a fórmula consistente en que la suma de las cantidades devengadas en el «año en curso que haya percibido cada trabajador» se divida «entre 360 días» y se multiplique «por los 32 días de vacaciones fijados en este Convenio, o la parte proporcional correspondiente en caso de prestación de servicios inferior al año...».

2.- Se formula por la asociación demandada recurso de casación, con los cuatro siguientes motivos: a) error en la apreciación de la prueba, para hacer constar extremos relativos al «iter» negociador del Convenio Colectivo y a que -se mantiene- la redacción actual trae origen en preacuerdo -entre otros Sindicatos- con la accionante CGT; b) vulneración de los arts. 3 [1 y 5], 38 y 82 ET , 7.2 de la Directiva 2003/88 , art. 7 del Convenio 132 OIT , art. 37 CE y diversa jurisprudencia, porque -se dice- tales preceptos y doctrina «son de aplicación para determinar qué componentes han de formar parte de la retribución en vacaciones pero no hacen referencia a cuál ha de ser la fórmula de cálculo, en la práctica, de ese concepto jurídico indeterminado que es la remuneración normal o media»; c) conculcación del art. 3.5 ET , en relación con los arts. 38 ET , 7.2 Directiva 2003/88 y de la STC 324/2006 , por cuanto -sostiene el recurso- es indebida la argumentación utilizada por la recurrida para mantener que la fórmula de cálculo «genera en cierto modo un efecto disuasorio de cara al disfrute de vacaciones...» y «no cabe comparar... a un trabajador que disfruta de vacaciones con un trabajador que "renuncia" a ellas», sencillamente porque no puede hacerlo en derecho; d) finalmente, incorrecta aplicación de la doctrina del TJUE y del TS, así como vulneración del art. 7.1 Convenio 132 OIT , arts. 3.1 , 82.1 y 82.3 ET , y del art. 37 CE , partiendo de la consideración de que «difícilmente una fórmula pactada por quienes están legitimados para la negociación colectiva puede suponer un apartamiento de un concepto jurídico indeterminado que queda legalmente remitido, precisamente, a lo que "el organismo apropiado" determine».

3.- Como puede observarse, dos de los motivos -primero y tercero- afectan a cuestiones procesales [legitimación y objeto del recurso de casación], en tanto que los dos restantes -segundo y cuarto- se refieren a la misma cuestión de fondo, aunque artificiosamente tratado en dos teóricas facetas. Con ello se justifica el prioritario examen de los motivos primero y cuarto por separado, y la resolución conjunta del tercero y cuarto.

SEGUNDO.- 1.- El primero de los motivos no puede sino ser rechazado, pues la adición que se pretende resulta de absoluta intrascendencia para el sentido del fallo, lo que -conforme a muy consolidada doctrina de esta Sala- esteriliza la pretensión revisoria (entre las recientes, SSTs 28/09/17 -rco 172/16 -; 03/10/17 -rco 202/16 -; y 25/10/17 -rco 256/16 -).

Carece de alcance modificativo para el fallo, porque rectificando criterio inicialmente restrictivo de la jurisprudencia en orden a la posibilidad de que los firmantes de un pacto o convenio pudiesen

impugnarlo (SSTS 22/05/91 -rco 1425/90 -; 09/05/94 -rco 3475/94 -; y 01/06/96 -rco 1568/95 -), la doctrina posterior admite sin restricciones la legitimación impugnatoria de los firmantes, porque nada parece oponerse a que un mismo sujeto pueda firmar el convenio y luego impugnar aspectos contrarios a la CE o a la Ley, teniendo en cuenta la amplitud de redacción del precepto y que del mismo no cabe hacer una interpretación restrictiva contraria a la tutela judicial efectiva, sin perjuicio de las exigencias que se derivan de la buena fe en orden a los derechos disponibles (SSTS 22/05/01 -rco 1995/00 -; 20/09/02 -rco 1283/01 -; 26/11/02 -rco 3857/00 -; 01/04/03 -rco 85/02 -; 21/01/04 - cas. 94/03 -; y 03/02/15 -rco 7/14 -). Y si el convenio puede ser impugnado por quien lo firmó, con la misma o mayor razón es irrelevante que el texto impugnado pueda traer causa en pacto previo.

2.- Igual rechazo -también por estrictas razones procesales- procede hacer respecto del tercero de los motivos, en el que se censura -con prolija cita normativa- la argumentación utilizada en la sentencia. Y no puede tener éxito el motivo, con independencia de su poco comprensible planteamiento, porque los recursos únicamente se dan contra el fallo y no contra sus concretas argumentaciones (SSTS 15/06/15 -rco 164/14 -; SG 20/10/15 -rco 172/14 -; 20/04/16 -rco 228/15 -), hasta el punto de que incluso «es reiterada la jurisprudencia en la que se establece que no cabe estimar el recurso o un motivo concreto cuando haya de mantenerse inalterado el pronunciamiento o fallo de la sentencia recurrida, aunque pudieran aplicarse otros fundamentos jurídicos a los que se tuvieron en cuenta por la sentencia impugnada» (STS SG 21/05/15 -rco 257/14 -).

TERCERO.- 1.- Los dos motivos referidos a la cuestión de fondo han de tener -como adelantamos- una respuesta conjunta, que no puede sino partir de nuestra doctrina más reciente, en la que matizando la precedente sostuvimos -como recuerda la decisión recurrida- que aunque la fijación por la negociación colectiva de esa «retribución ordinaria» [Directiva 2003/88] o «remuneración normal o media» [art. 7.1 Convenio 132 OIT], «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, aunque se trate de un concepto jurídico indeterminado». Y qué duda cabe que conforme a elemental cálculo aritmético el «promedio» -diario, semanal o mensual- de unas determinadas percepciones periódicas no puede sino obtenerse a través de una división en la que el dividendo está constituido por la cantidad total entregada durante todo el periodo de cálculo y el divisor está determinado por el número de elementos temporales -días, semanas o meses- cuyo promedio perceptor se trata de calcular.

Pretender, como hace el Convenio Colectivo y mantiene la demandada, que el «promedio» de unos determinados complementos percibidos durante 11 meses - 330/332 días- [domingos y festivos, nocturnidad e idiomas], se obtiene sumando todos los importes abonados por tales conceptos en esos 330/332 días, dividiendo tal cifra por los 365 días del año y multiplicando el resultado por 32 [los días de vacaciones], es un dislate en plano aritmético y aunque teóricamente pudiera ser admisible en derecho ese cálculo para la retribución de las vacaciones - como en alguna ocasión ha justificado precedente jurisprudencia-, ha de tenerse en cuenta que en todo caso eso nunca sería el «promedio» de las cantidades percibidas y que comporta apreciable merma de la cantidad a abonar, y que la validez de tal formulación -aunque colectivamente pactada- es contraria a nuestra actual doctrina y nula por incidir en derecho necesario [art. 3.5 ET] (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»).

2.- Las precedentes consideraciones nos llevan a desestimar el recurso formulado y a confirmar la sentencia recurrida, tal como acertadamente informa el Ministerio Fiscal. Sin que proceda la imposición de costas, conforme al art. 235.2 LJS.

FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de «ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTACT CENTER».

2º.- Confirmar la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en fecha 03/Noviembre/2016 [autos 258/16], acogiendo la demanda interpuesta por la «CONFEDERACIÓN SINDICAL GALEGA», la «FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS», «EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA» y «LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK».

3º.- Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.