



Roj: STS 3081/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3081  
Id Cendoj: 28079140012016100439  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 146/2015  
Nº de Resolución: 530/2016  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En Madrid, a 16 de junio de 2016

Esta Sala ha visto los presentes autos pendientes en virtud de recurso de Casación interpuesto por la letrada doña M<sup>a</sup> Ángeles Sánchez de León García, en nombre y representación de Extel Contact Center S.A., contra la sentencia dictada por la **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional, de fecha 14 de enero de 2015, en actuaciones nº 284/2014 seguidas en virtud de demanda a instancia de Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO) contra Extel Contact Center SAU, FES-UGT, CGT, USO, CIGA, sobre Conflicto Colectivo.

Ha comparecido como parte recurrida FSC-CCOO representada por el letrado D. Ángel Martín Aguado, FES-UGT representada por el letrado D. Roberto Manzano del Pino, USO representada por la letrada D.<sup>a</sup> María Eugenia Moreno Díaz, CGT representada por el letrado D. José María Trillo-Figueroa Calvo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO) se planteó demanda de Conflicto Colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dictara sentencia por la que se «declare el derecho de los trabajadores de EXTEL, SAU a percibir durante las vacaciones anuales, además de los conceptos computados actualmente por la empresa, el promedio de los incentivos salariales variables por ventas, así como cualquier otro concepto salarial de devengo regular».

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 14 de enero de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: «Estimamos la demanda de conflicto colectivo, promovida por CCOO, a la que se adhirieron UGT, USO y CGT, por lo que declaramos el derecho de los trabajadores de la empresa demandada a percibir durante sus vacaciones la media de sus incentivos salariales variables por venta y condenamos, por consiguiente, a la empresa EXTEL CONTACT CENTER, SAU a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos».

**CUARTO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «1º.- CCOO y UGT acreditan la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal, así como implantación en la empresa demandada. - USO y CGT son sindicatos estatales con implantación en la empresa demandada.

2º.- EXCEL CONTACT CENTER, SAU tiene implantación en todo el territorio nacional y regula sus relaciones laborales por el convenio colectivo de CONTAC CENTER, publicado en el BOE de 27-07-2012.

3º.- El conflicto colectivo afecta aproximadamente a 4000 trabajadores de la empresa demandada.

4º.- La empresa demandada, además del salario base, retribuye durante las vacaciones 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. - No abona, sin embargo, durante las vacaciones la medida de los incentivos por ventas.

5º.- El 13-10-2014 se intentó sin acuerdo la mediación ante el SIMA. Se han cumplido las previsiones legales».

**QUINTO.-** Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Extel Contact Center S.A.. La parte recurrida formuló impugnación a dicho recurso.

**SEXTO.-** Admitido el recurso de casación por esta Sala, se dió traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 17 de mayo de 2016, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- 1. Cuestión objeto del recurso.

Es objeto del presente recurso de casación ordinaria determinar la retribución que corresponde percibir a los trabajadores de la demandada durante el periodo de vacaciones anuales. Más concretamente, se trata de determinar si para el cálculo de la retribución de las vacaciones debe computarse la media de los incentivos variables por ventas cobrados en el año.

### 2. Solución que da la sentencia recurrida.

Aunque 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, la sentencia impugnada 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 las mismas hace la doctrina del 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 del personal afectado por el presente conflicto colectivo, se compute la media de lo cobrado por incentivos por ventas, aunque este concepto no aparezca regulado por el convenio colectivo de aplicación.

### SEGUNDO.- 1. El recurso.

Por la empresa condenada se ha formulado el presente recurso, cuyo único motivo alega la infracción del artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 7 del Convenio 132 de la OIT y con la jurisprudencia de esta Sala sentada en nuestras sentencias de 3 de octubre de 2007, 26 de junio de 2010 y 6 de marzo de 2012. Resumidamente, el recurso sostiene que de las normas citadas y de nuestra jurisprudencia se deriva que son de preferente aplicación las disposiciones del convenio colectivo para fijar el importe de la retribución de las vacaciones, lo que no contradice los preceptos de derecho internacional en que se funda la sentencia recurrida.

### 2. Examen de la normativa de aplicación.

Conviene recordar que el artículo 38-1 del ET, al igual que el artículo 1 del Convenio 132 de la OIT, al regular las vacaciones anuales retribuidas se remite a lo dispuesto en los convenios colectivos, aunque fijando una duración mínima de las vacaciones anuales, mandato similar al del artículo 1 del citado Convenio de la OIT en el que se dice: "La legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país". Esta disposición, como puede observarse, otorga prevalencia a las disposiciones de los "contratos colectivos", siempre que se respeten las disposiciones mínimas contenidas en ella. Sobre el particular, la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, nada nuevo aporta, pues en su artículo 7-1 reitera: "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".

En cuanto al importe concreto de la retribución a percibir durante las vacaciones, aparte la remisión que el artículo 38 del ET hace a las normas del convenio colectivo de aplicación, convenio cuyo objeto propio, según los artículos 82 y 85 del ET, es regular la jornada laboral, los descansos y las retribuciones de los trabajadores, no existe disposición concreta alguna, salvo la del artículo 7-1 del Convenio 132 de la OIT que

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".

### **3. Doctrina del Tribunal Justicia de la Unión Europea y su sentencia de 22 de mayo de 2014, caso Lock .**

La citada sentencia del TJUE que ya fue examinada por esta Sala para resolver la cuestión planteada en su sentencia de 30 de noviembre de 2015 (RO 48/2015 ) y siguió su criterio en un supuesto de cómputo de incentivos a falta de disposición expresa del convenio colectivo, resuelve si las comisiones cobradas por quien es remunerado con un salario fijo y una comisión sobre las operaciones logradas en el mes, son computables para el cálculo de la retribución del periodo vacacional, cuestión que es resuelta de forma positiva. En esta sentencia del caso Lock, el Tribunal hace un análisis de la normativa comunitaria y de su doctrina sobre la materia que puede resumirse diciendo:

"A este respecto, debe recordarse, en primer lugar, que 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 ésta 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). Además, ese derecho está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE , apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados".

"Ahora bien, aunque el tenor del artículo 7 de la Directiva 2003/88 no da ninguna indicación explícita por lo que se refiere a la retribución a la que el trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que la expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 significa que, mientras duren las «vacaciones anuales» en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución y, en otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso (véanse las sentencias Robinson-Steele y otros, C-131/04 y C-257/04 , EU:C:2006:177 , apartado 50, y Schultz-Hoff y otros, C-350/06 y C-520/06 , EU:C:2009:18 , apartado 58)".

"En efecto, 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 (véanse las sentencias Robinson-Steele y otros, EU:C:2006:177 , apartado 58, y Schultz-Hoff y otros, EU:C:2009:18 , apartado 60)".

Seguidamente, sobre el método de cálculo de la retribución añade: "en principio la retribución de las vacaciones debe calcularse de manera que corresponda a la retribución normal del trabajador (véase la sentencia Williams y otros, EU:C:2011:588 , apartado 21)".

"Ahora bien, cuando la retribución percibida por el trabajador está compuesta por varios elementos, la determinación de esta retribución ordinaria, y, por tanto, del importe al que dicho trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, necesita un análisis específico (véase la sentencia Williams y otros, EU:C:2011:588 , apartado 22)".

"En el marco de un análisis específico, en el sentido de la jurisprudencia citada, se ha estimado que los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales (véase la sentencia Williams y otros, EU:C:2011:588 , apartado 24)".

"Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales (véanse,

en este sentido, las sentencias Parviainen, C-471/08 , EU:C:2010:391 , apartado 73, y Williams y otros, EU:C:2011:588 , apartado 27)".

"En cambio, según esa misma jurisprudencia, los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales (véase la sentencia Williams y otros, EU:C:2011:588 , apartado 25)".

"De lo antedicho resulta que debe tenerse en cuenta la citada comisión en el cálculo de la retribución global a la que un trabajador, como el demandante en el litigio principal, tiene derecho en concepto de vacaciones anuales retribuidas".

"En tales circunstancias, incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, a la luz de los principios expuestos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, antes citada, si, sobre la base de una media calculada en relación con un período de referencia considerado representativo, en aplicación del Derecho nacional, los métodos de cálculo de la comisión debida a un trabajador, como el demandante en el litigio principal, en concepto de vacaciones anuales retribuidas, consiguen el objetivo perseguido por el artículo 7, de la Directiva 2003/88 ".

Como conclusión, señalar que el Tribunal de Luxemburgo entiende que las comisiones cobradas por ventas deben computarse para el cálculo de la retribución del periodo vacacional y que el método de cálculo de la comisión a pagar durante las vacaciones debe fijarse por el juez nacional, a la vista del objetivo perseguido por el art. 7 de la Directiva 2003/88 y de los criterios sentados por ese Tribunal en sus sentencias anteriores.

#### 4. Jurisprudencia de esta Sala.

Doctrina de esta Sala sobre la materia venía siendo la que con amplitud y detalle se contiene en nuestra sentencia de 26 de julio de 2010 (Rcud.199/2009 ) que resumimos por lo que aquí interesa destacando las siguientes afirmaciones:

«1.- El Convenio nº 132 de la OIT (de fecha 29-junio-1970), sobre " *vacaciones anuales pagadas* ", fue ratificado por España mediante Instrumento de fecha 16- junio-1974 (BOE 5-julio-1974); siendo sus arts. 1 y 7.1 los preceptos que más incidencia han tenido en nuestra jurisprudencia en el tema de la retribución de las vacaciones....

3.- Dicha norma internacional ha servido para integrar la normativa legal ( arts. 10.2 , 40.2 , 96.1 CE , art. 1.5 Código Civil ), la específica estatutaria (en especial, art. 38 ET ) y la de múltiples convenios colectivos, con reflejo en la jurisprudencia de casación social (entre otras muchas, SSTS/IV 1-octubre-1991 -recurso 667/1991 , 21-enero-1992 -recurso 792/1991 , 4-noviembre-1994 -rcud 3604/1993 ), interpretando, como regla y en los términos que analizaremos, que la retribución de vacaciones ha de comprender el " *promedio de la totalidad de emolumentos que corresponden a la jornada ordinaria* ".

4.- Efectuando un análisis sistemático de la jurisprudencia social, la STS/IV 25-abril-2006 (rcud 16/2005 ) señala que el art. 7.1 del Convenio nº 132 de la OIT, en relación con su art. 1, " *ha sido interpretado reiteradamente por esta Sala en el sentido de que el convenio colectivo puede apartarse de tal regla de remuneración normal o media, en virtud de la fuerza vinculante de los convenios colectivos que proclama el art. 37-1 de la Constitución , con base en el respeto y aplicación del principio de autonomía colectiva* "; recogiendo, a modo de conclusiones, las sentadas en la STS/IV 21-enero-1992 (rcud 792/1991 ) en la que se establecen señalando que: " 1º.- *La norma del art. 7.1 del convenio de la OIT número 132 de retribución de las vacaciones con arreglo a la 'remuneración normal o media' es la regla general sobre los conceptos retributivos computables en la misma; 2º.- El convenio colectivo tiene como función típica en esta materia de retribución de vacaciones la precisión o especificación de los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones, complementando la regla general de la remuneración normal o media; 3º.- El convenio colectivo puede apartarse de tal regla de remuneración normal o media del período de vacaciones, siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario* ".».

La anterior doctrina ha sido matizada por esta Sala en dos sentencias del Pleno de la misma del pasado 18 de mayo de 2016 (Rcud. 207/2015 y 112/2015) para adaptarla a la doctrina del TJUE del caso Lock y a la Directiva CE 2003/88 que antes se analizaron. La modificación ha consistido, simplemente, en estimar que el convenio colectivo, al regular la retribución por vacaciones, debe respetar los mínimos de derecho establecidos por el artículo 7-1 del Convenio 132 de la OIT y por el 7-1 de la Directiva 2003/88 CE en la forma en que estas disposiciones sean interpretadas por el TJUE. Consecuentemente, las disposiciones

de los convenios colectivos sobre la retribución por vacaciones sólo serán válidas cuando respeten los mínimos de derecho necesarios dichos, esto es garanticen el cobro de "las retribuciones normales o medias", comparación que deberá hacerse atendiendo no a las normas del convenio colectivo en su conjunto, sino a los distintos conceptos salariales que percibe el trabajador por convenio colectivo u otro pacto y a la retribución convencional de las vacaciones que, para ser correcta, deberá comprender la media de las retribuciones normales u ordinarias, operación que deberá hacer el juzgador en cada caso para la fijación de los conceptos computables y el promedio de los mismos.

#### **5. Aplicación de la anterior doctrina al presente caso.**

En el Fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida se transcribe el artículo 50 del Convenio Colectivo de Contact Center (BOE 27-7-2012) que bajo el epígrafe de "Retribución en Vacaciones" establece, sustancialmente que los trabajadores percibirán, como retribución por vacaciones anuales, la media de lo percibido por los complementos de festivos, domingos, festivos especiales, plus de nocturnidad y de idiomas que establece el convenio que, posteriormente añade la forma de cálculo de la cantidad a pagar y la fecha de pago. El problema radica en que la empresa, además de los complementos salariales que establece el convenio, paga unos incentivos variables por ventas que luego no computa para calcular el importe de la retribución anual de las vacaciones, so pretexto de que estos incentivos no los incluye el convenio colectivo para el cálculo de la retribución por vacaciones.

La doctrina antes sentada obliga, oído el Ministerio Fiscal, a desestimar el recurso, por cuanto, aunque no conste la regulación concreta de los incentivos por ventas que se pagan, el sentido prístino del término incentivo, prima que estimula la productividad, hace que el mismo deba ser considerado como retribución normal u ordinaria para estimar la producción, máxime cuando su cuantía es variable y se fija, cual parece ser el caso, en función del mayor o menor número de ventas, esto es de la productividad. Por ello, al ser retribución normal u ordinaria que se percibe durante todo el año y no en una paga anual que prima la obtención de objetivos anuales, procede desestimar el recurso recordando que en este sentido ya se pronunció esta Sala en su sentencia de 16 de noviembre de 2015 (Rcud. 353/2014), dictada en un supuesto similar porque se controvertía la misma cuestión en un caso en el que los incentivos no estaban recogidos en el convenio colectivo y se concluía, que en estos supuestos había que computar todas las retribuciones ordinarias que se cobraban normalmente. Sin costas.

#### **FALLO**

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

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la letrada doña M<sup>a</sup> Ángeles Sánchez de León García, en nombre y representación de Extel Contact Center S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 14 de enero de 2015, en actuaciones nº 284/2014 seguidas en virtud de demanda a instancia de Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO) contra Extel Contact Center SAU, FES-UGT, CGT, USO, CIGA. Se declara la firmeza de la sentencia recurrida. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.