



Roj: **SAN 4684/2018 - ECLI:ES:AN:2018:4684**

Id Cendoj: **28079240012018100188**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2018**

Nº de Recurso: **266/2018**

Nº de Resolución: **182/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4684/2018,**
STS 4408/2020

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00182/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA N^o: 182/18

Fecha de Juicio: 21/11/2018

Fecha Sentencia: 26/11/2018

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: IMPUGNACION DE CONVENIOS 266 /2018

Proc. Acumulados: 290/18

Materia:

Ponente: EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

Demandante/s: FEDERACION DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE UGT (FESMC-UGT), CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (CGT)

Demandado/s: ASOCIACION DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (ACE), FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (CCOO-SERVICIOS), EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA), CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG), LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB)

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

-

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)



Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: GCM

NIG: 28079 24 4 2018 0000286

Modelo: ANS105 SENTENCIA

IMC IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000266 /2018

Procedimiento de origen: /

Sobre: IMPUG.CONVENIOS

Ponente Ilmo/a. Sr/a: D^a EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

SENTENCIA 182/18

ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

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

D^a EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a veintiséis de noviembre 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 IMPUGNACION DE CONVENIOS 266 /2018 seguido por demanda de FEDERACION DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE UGT (FESMC-UGT) (Letrado D. Félix Pinilla Porlan), CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (CGT) (D^a Coral Gimeno Presa) contra ASOCIACION DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (ACE) (Letrada D^a Isabel Rodríguez León), FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (CCOO-SERVICIOS) (Letrada D^a Sonia de Pablo Portillo), CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG) (Letrada D^a Marta Carretero Martín), EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA) (No comparece), LAB (No comparece) siendo parte el MINISTERIO FISCAL sobre IMPUG.CONVENIOS. Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 24 de septiembre de 2018 se presentó demanda por D. José Félix Pinilla Porlán Letrado en ejercicio del I.C.A.M., en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FeSMC-UGT) contra la ASOCIACIÓN DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (ACE), FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (SERVICIOS-CC.OO), CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT), CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA), LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB), siendo parte el MINISTERIO FISCAL, sobre IMPUGNACION, POR ILEGALIDAD, DEL II CONVENIO COLECTIVO DE ÁMBITO ESTATAL DEL SECTOR DE CONTACT CENTER.

Segundo.- La legal representante de la CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (CGT), ha presentado con fecha 26 de octubre de 2018, demanda de IMPUGNACION CONVENIO, registrada bajo el número 290/18 contra ASOCIACION DE EMPRESAS DE CONTACT CENTER (ACE), CCOO, UGT, LAB, ELA, con citación del Ministerio Fiscal, y cuyo suplico postula: "...dicte Sentencia estimando la demanda que, en su Fallo, y haciendo pasar por tal a las partes demandadas, declare la ILEGALIDAD y NULIDAD del último párrafo del anexo II del II Convenio colectivo estatal del sector del Contact Center, que establece la retribución de los días festivos trabajados y no compensados con descanso , remitiéndose al artículo 49 del Convenio Colectivo relativo a la retribución de las horas extraordinarias , afectando la ilegalidad únicamente a la retribución de los festivos no compensados con descanso trabajados en horario diurno conforme a lo previsto en el apartado c) del artículo 49 para las horas extraordinarias festivas diurnas, dado que para estas se prevé un incremento del 60% sobre la hora



tipo ordinaria siendo que el mínimo de derecho necesario contemplado en el artículo 47 del Real Decreto 2001/1983 de 28 de julio para los días festivos trabajados y no compensados con descanso es un incremento del 75% sobre el valor tipo de la hora ordinaria." En el suplico de la demanda, interesa la acumulación con el procedimiento seguido ante esta Sala con el número IMC-266/18.

Tercero. - El 29 de octubre de 2018 se dictó auto en cuya parte dispositiva, LA SALA ACUERDA, acumular a las presentes actuaciones instadas por la FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS MOVILIDAD Y CONSUMO DE UGT (FESMC-UGT) en materia de IMPUG. CONVENIOS y registrada bajo el número 266/18, la demanda registrada bajo el número 290/18, en materia de IMPUG. CONVENIOS e instada por la CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (CGT).

Cuarto. - La Sala designó ponente señalándose el día 21 de noviembre de 2018 para los actos de conciliación y, en su caso, juicio.

Quinto. - Llegado el día señalado tuvo lugar la celebración del acto del juicio en el que la parte demandante, se afirmó y ratificó en su demanda, solicitando que se declare la ILEGALIDAD y NULIDAD del último párrafo del anexo II del II Convenio colectivo estatal del sector del Contac Center, que establece la retribución de los días festivos trabajados y no compensados con descanso, remitiéndose al artículo 49 del Convenio Colectivo relativo a la retribución de las horas extraordinarias, afectando la ilegalidad únicamente a la retribución de los festivos no compensados con descanso trabajados en horario diurno conforme a lo previsto en el apartado c) del artículo 49 para las horas extraordinarias festivas diurnas, dado que para estas se prevé un incremento del 60% sobre la hora tipo ordinaria siendo que el mínimo de derecho necesario contemplado en el artículo 47 del Real Decreto 2001/1983 de 28 de julio para los días festivos trabajados y no compensados con descanso es un incremento del 75% sobre el valor tipo de la hora ordinaria.

Frente a tal pretensión, EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA), LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB), no comparecieron al acto del juicio, pese a constar citados en legal forma.

La ASOCIACIÓN DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (ACE), se opone a la demanda, todo ello en los términos que resultan del acta de juicio y de la grabación de la vista oral.

CC.OO y CIG, se adhieren a la demanda.

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

Hechos controvertidos:

- En la negociación del presente convenio, los sindicatos reclamaron: CGT que se aseguraran al menos el disfrute de 8 días festivos y CIG que sólo se trabajara voluntariamente en festivos.

Hechos pacíficos:

- En sector de Contact Center el trabajo en festivos es habitual, no excepcional.
- La regulación de esta cuestión se ha mantenido durante 5 convenios sin que hay sido impugnada.
- En la negociación del presente convenio UGT pidió el disfrute de los 14 días festivos anuales.

Séptimo. - Recibido el pleito aprueba, se practicaron las pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, con el resultado que consta en el acta levantada al efecto.

Octavo. - En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

Resultando y así se declaran, los siguientes,

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - La Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-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).

SEGUNDO. - En fecha 30 de mayo de 2017, fue suscrito el II Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (código de convenio número 99012145012002), de una parte, por la Asociación de Contact Center Española (ACE), en representación de las empresas del sector, y de otra, por los sindicatos CCOO y UGT, en representación de los trabajadores. (BOE nº 16 de 12 de julio de 2017) (descripción 2)



La vigencia de los efectos económicos del Convenio Colectivo se retrotrae al 1 de enero de 2015 (artículo 5), y su duración se extiende hasta el 31 de diciembre de 2019 (artículo 6).

TERCERO. - En el sector de Contact Center el trabajo en festivos es habitual y no excepcional. (Hecho conforme)

La regulación de los artículos 47,49 y anexo II del Convenio, se ha mantenido durante cinco convenios sucesivos sin que haya sido impugnado. (Hecho conforme)

En la negociación del convenio vigente UGT pidió el disfrute de los 14 días festivos anuales. (Hecho conforme)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-En cuanto a los hechos declarados probados, los mismos se obtienen de los documentos que en ellos se indica, dando con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 97.2 de la LRJS.

SEGUNDO.- Se solicita que se declare la ILEGALIDAD y NULIDAD del último párrafo del anexo II del II Convenio colectivo estatal del sector del Contact Center, que establece la retribución de los días festivos trabajados y no compensados con descanso, remitiéndose al artículo 49 del Convenio Colectivo relativo a la retribución de las horas extraordinarias, afectando la ilegalidad únicamente a la retribución de los festivos no compensados con descanso trabajados en horario diurno conforme a lo previsto en el apartado c) del artículo 49 para las horas extraordinarias festivas diurnas, dado que para estas se prevé un incremento del 60% sobre la hora tipo ordinaria siendo que el mínimo de derecho necesario contemplado en el artículo 47 del Real Decreto 2001/1983 de 28 de julio para los días festivos trabajados y no compensados con descanso es un incremento del 75% sobre el valor tipo de la hora ordinaria.

Considera la parte demandante que la remisión al artículo 49 contenida en el párrafo final del anexo II del Convenio colectivo, contraviene lo dispuesto en el artículo 47 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, en lo que afecta exclusivamente a la retribución de las horas extraordinarias diurnas en festivos, ya que para estas se contempla un incremento del 60% sobre el valor de la hora tipo ordinaria, cuando según el artículo 47 del RD 2001/1983, las horas trabajadas en días festivos, si no media descanso compensatorio, se han de abonar con un incremento mínimo del 75%.

Frente a tal pretensión, EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA), LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB), no comparecieron al acto del juicio, pese a constar citados en legal forma.

CC.OO y CIG, se adhieren a la demanda.

La ASOCIACIÓN DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (ACE), se opone a la demanda, considera que el convenio tiene presunción de legalidad, Alega que la prestación de servicios en festivos en el Contact Center no es excepcional y que con carácter general en el sector los días festivos no están anudados al descanso ni a la no prestación de los servicios, sino que son días de trabajo, por ello el Anexo II al establecer que los festivos no compensados con descanso se abonen conforme a lo previsto en el artículo 49 que regula las horas extraordinarias no infringe el artículo 47 del RD de 1983 por cuanto este último artículo está contemplando el supuesto de que los trabajadores realicen su jornada ordinaria y, de forma excepcional, por razones técnicas u organizativas han de realizar unas horas de trabajo el día festivo. En la medida en que en el sector los festivos son días de trabajo habituales, es ajustada derecho la remisión a las horas extraordinarias. Sólo si existiera algún supuesto concreto en que un trabajador o una empresa del sector no se trabajara los festivos, se podría entender que el artículo 47 RD de 1983 resulta de aplicación. Ahora bien, para ello habría que analizar caso por caso cada supuesto en el procedimiento correspondiente.

El Ministerio Fiscal en su informe cita la STS de 27-6-2018, rec. 227/2016 debiendo distinguirse los sectores en que se trabaja con habitualidad en domingo y la excepción es cuando no procede la compensación con días de descanso, solicita que se aplique la sentencia citada.

TERCERO. -1- Para lograr una mejor comprensión del problema específicamente sometido ahora a nuestra consideración, conviene tener presente el contenido del convenio colectivo, reproduciendo los preceptos relevantes a esta finalidad.

" *Artículo 47. Complementos por festivos y domingos.*

1. *Quien 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, no estableciendo compensación alguna con descanso.

(...)"

En el Anexo II del Convenio Colectivo aparecen los importes de los distintos recargos (o pluses) que la empresa ha de abonar al trabajador por cada jornada de trabajo que preste en días "festivos normales", en "festivos especiales", así como en "domingos". También señala el párrafo final de dicho anexo que:

" Cuando los festivos no se compensen con día libre, no se abonará el recargo, y se retribuirá el festivo trabajado conforme al artículo 49 de este Convenio."

Por su parte, el Art. 49 del citado Convenio Colectivo regula la retribución de las horas extraordinarias, estableciendo distintos incrementos porcentuales a aplicar sobre el valor de la hora ordinaria, en función del tipo de hora extraordinaria de que se trate. Así:

"Horas extraordinarias

Si bien las partes firmantes del presente Convenio acuerdan la conveniencia de reducir al mínimo indispensable la realización de las horas extraordinarias, para el caso de que estas pudieran realizarse establecen los siguientes criterios de valoración:

Con independencia de las retribuciones reales que perciba el trabajador, el valor de las horas extraordinarias será el resultante de aplicar los porcentajes que a continuación se detallan al valor de la hora tipo ordinaria calculada de la siguiente forma:

Hora tipo ordinaria igual a salario tabla Convenio anual dividido entre la jornada efectiva anual.

a) Horas extraordinarias diurnas: en horarios comprendidos entre las 06:00 horas y las 22:00 horas, se abonarán con un incremento del 25 % sobre el valor de la hora tipo ordinaria.

b) Horas extraordinarias nocturnas: En horarios comprendidos entre las 22:00 horas y las 06:00 horas, se abonarán con un incremento del 60 % sobre el valor de la hora tipo ordinaria.

c) Horas extraordinarias festivas diurnas, (no domingos): en horarios comprendidos entre las 06:00 horas y las 22:00 horas, se abonarán con un incremento del 60 % sobre el valor de la hora tipo ordinaria.

d) Horas extraordinarias nocturnas en festivos: en día festivo (no domingos), en horarios comprendidos entre las 22:00 horas y las 06:00 horas, se abonarán con un incremento del 80 % sobre el valor de la hora tipo ordinaria."

2-También son relevantes determinados preceptos contenidos en el Capítulo XI. del convenio preferido al Concepto y estructura de las retribuciones económicas.

" Artículo 22. Jornada

Durante la vigencia del presente Convenio, incluida en su caso la prórroga o ultraactividad, la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo en cómputo anual será de mil setecientos sesenta y cuatro horas, y de 39 horas semanales de trabajo efectivo."

" 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 a la persona contratada 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/a 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 o la trabajadora.

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

De tiempo.

Pluses salariales"

Los demandantes aducen en apoyo de sus pretensiones el artículo 47 del RD 2001/1983, de 28 de julio e invocan las SS.TS de 13 y 14 de mayo de 2014 (recursos 180 y 181/2013, respectivamente) y de 27-6- 2018, rec. 227/2016.

Las demandas exponen los argumentos que sirven de apoyo a la pretensión de nulidad del Anexo II del Convenio, a cuyo tenor cuando los festivos no se compensen con día libre, no se abonará el recargo, y se retribuirá el festivo en la forma en que lo son las horas extraordinarias (art. 49 del Convenio), precepto que establece un incremento del 60% sobre el valor de la hora tipo ordinaria para horas extraordinarias festivas diurnas (no Domingos)

El artículo 47 del RD 2001/1983, de 28 de julio, vigente en virtud de lo establecido en la disposición derogatoria única del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre regulación de jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, que entiende no ha sido afectado por la Ley 1/2012, de 29 de febrero establece: " *Cuando, excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas, no se pudiera disfrutar el día de fiesta correspondiente o, en su caso, de descanso semanal, la Empresa vendrá obligada a abonar al trabajador, además de los salarios correspondientes a la semana, el importe de las horas trabajadas en el día festivo o en el periodo de descanso semanal, incrementadas en un 75 por 100, como mínimo, salvo descanso compensatorio*". La parte demandante entiende que la recta comprensión del precepto conduce a concluir que al trabajo en festivos cuando no se compensa con día libre, se debe retribuir con un incremento del 75% del valor de la hora tipo ordinaria en lugar del 60% que establece el artículo 49 c) del convenio.

Las demandas formuladas deben tener favorable acogida .En efecto, los convenios colectivos son la plasmación de la negociación colectiva, y el art. 37 CE en relación al 82 ET, otorgan el rango de norma a los convenios (art. 3 ET). Esta peculiaridad del orden social lleva consigo el que existan dos frentes de fuentes normativas prioritarias: la Ley y el convenio. Éste mantiene esa dualidad de norma y contrato, obligando a una interpretación acorde tanto a los medios interpretativos de las leyes como a los del contrato (TS 5-12- 2016, recurso 289/2015). Y, a su vez, implica el que la Ley sea un marco de contenido indisponible, necesario o que se impone a los negociadores colectivos para intentar suplir sus carencias o dificultades. Respecto a los festivos no recuperables, derecho necesario en el contrato de trabajo, el art. 37 señala que estos días de fiesta tienen un carácter retribuido y no recuperable, o lo que es lo mismo se disfrutan y no se dispone de ellos. De aquí que el calendario laboral, salvo que se acredite lo contrario, debe considerarlos como días en que no se trabaja.

El Gobierno, en uso de la facultad de desarrollo reglamentario para la que le habilita el propio Estatuto y para lo que aquí interesa, reguló el modo de actuar cuando, por determinadas circunstancias, no se pudiera disfrutar el día de fiesta en la fecha señalada como tal. Lo hizo así en el art. 47 del R. Decreto 2001/1983 , de 28 de julio, antes citado, cuyo tenor es el siguiente: "*Cuando excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas, no se pudiera disfrutar el día de fiesta correspondiente o, en su caso, de descanso semanal, la Empresa vendrá obligada a abonar al trabajador, además de los salarios correspondientes a la semana, el importe de las horas trabajadas en el día festivo o en el período de descanso semanal, incrementadas en un 75 por 100, como mínimo, salvo descanso compensatorio*". Norma configuradora de unos mínimos, siempre mejorables por la negociación colectiva o contrato de trabajo, del que conviene destacar ahora: 1) El carácter de excepción del trabajo en festivo y vinculado a determinadas causas que lo exijan; 2) Que la compensación por trabajar en festivo puede hacerse de dos formas diferentes: o bien dando un tiempo de descanso compensatorio o, de no hacerlo así, abonando además del salario ordinario, el salario propio de las horas trabajadas con un incremento adicional del 75%.



Partiendo de la anterior premisa y de la interpretación del art. 47 del Convenio Colectivo, acudiendo a su propia literalidad, podemos deducir que sus términos son claros: 1. *Quien 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.* En el Anexo II del Convenio Colectivo aparecen los importes de los distintos recargos (o pluses) que la empresa ha de abonar al trabajador por cada jornada de trabajo que preste en días "festivos normales", en "festivos especiales", así como en "domingos". También señala el párrafo final de dicho anexo que: *" Cuando los festivos no se compensen con día libre, no se abonará el recargo, y se retribuirá el festivo trabajado conforme al artículo 49 de este Convenio."* En definitiva, hay dos alternativas: o se fija un descanso compensatorio y se perciben los recargos correspondientes, o se retribuye el festivo trabajado conforme al artículo 49 del convenio que, entre otras previsiones, determina el importe de las horas extraordinarias festivas diurnas que se abonarán con un incremento del 60% sobre el valor de la hora tipo ordinaria y a su vez, la hora tipo ordinaria es igual a salario tabla convenio anual dividido entre la jornada efectiva anual. Cualquiera de las alternativas pasa porque se ha trabajado un día festivo, y en el caso de que el festivo no se compense con día libre se abonará como horas extraordinarias festivas diurnas.

Planteándose la cuestión relativa a la obligación de incremento del salario de las horas trabajadas en festivo, dado que en el convenio colectivo de aplicación se fija el precio de la hora extraordinaria festiva diurna en el 60% es de aplicación la doctrina contenida en la STS de 27-6-2018, rec. 227/2016, que resolviendo un supuesto análogo señala, *" El panorama normativo actual está integrado pues, por una norma legal que remite al convenio colectivo para la fijación de la retribución de las horas extraordinarias -con el límite mínimo de la que corresponde a la hora ordinaria- y una norma reglamentaria que establece un incremento retributivo cuando esas horas extraordinarias se realicen en periodos que deberían corresponder al descanso semanal. Ello nos llevaría a sostener que un mismo trabajador puede realizar horas extraordinarias cuya retribución variaría según la prestación de servicios se efectúe en un momento u otro de la jornada semanal. Así, si, pese a la superación de la jornada mantiene el disfrute del descanso semanal, el exceso de jornada se abonaría como horas extraordinarias con el valor que determine el correspondiente convenio; pero, si ese exceso se procede forma excepcional y afecta a días u horas comprendidas en el habitual descanso semanal del trabajador en cuestión, el precio de tales horas habría de ser el resultante de aplicar un incremento del 75%.*

Sucede que el convenio colectivo que ahora se impugna realiza una confusa mención tanto a una como a otra posibilidad de cuantificación económica del trabajo en periodos de descanso semanal, al mencionar a la vez las dos soluciones -cita el art. 47 del RD y, al mismo tiempo, remite a la fijación del salario de las horas extras en el propio convenio-. Si el desajuste entre una y otra norma -la legal y la reglamentaria- resulta sorprendente -más se mantiene plenamente vigente con carácter imperativo-, lo es aún mucho más que ese desajuste no sea advertido por los negociadores del convenio en el año 2015 y mantengan tal incomprensible construcción, que parece no detectar que uno y otro concepto llevan a una cuantificación distinta de la retribución.

5. Llegados a este punto, hemos de volver al marco legal para recordar que, si bien para la determinación de la retribución de las horas extraordinarias, existe una remisión a lo establecido en el convenio colectivo, la vigencia de la norma reglamentaria impide afirmar que por ese cauce se rebaje el mínimo establecido en la misma. Cuando se trate de horas trabajadas en las circunstancias a las que el precepto del RD 2001/1983 se refiere, no cabe la modulación a la baja del mandato que en el mismo se establece, pues, de entenderse de otro modo, se estaría contraviniendo dicha regla que no ha otorgado a la negociación colectiva tal posibilidad.

Por ello, no resulta admisible que el propio convenio acabe alterando ese marco mínimo, constituido por el incremento del 75%, mediante el mecanismo de remisión a la regulación del salario de las horas extraordinarias, cuando esta última no implica la fijación de unos importes que incorporen o superen dicho mínimo. Nada impide al convenio disponer que los excesos de jornada por trabajo en periodo de descanso abonen como horas extras, pero tal posibilidad está completamente fuera de su alcance cuando ese exceso se produzca porque de modo excepcional, y por razones técnicas y organizativas, no se haya podido disfrutar del descanso correspondiente."

Doctrina plenamente aplicable al supuesto enjuiciado que no se puede enervar por el hecho de que el trabajo en festivos sea habitual en el sector de Contact Center y ello es así,

1. Porque la sentencia del Tribunal Supremo de 27-6-2018 antes citada se refiere a un precepto del convenio colectivo estatal de seguridad privada en el que también es habitual el trabajo en festivos.

2. Porque el art. 37 señala que estos días de fiesta tienen un carácter retribuido y no recuperable, o lo que es lo mismo se disfrutan y no se dispone de ellos. De aquí que el calendario laboral, salvo que se acredite lo contrario, debe considerarlos como días en que no se trabaja, sin que en el presente caso se haya acreditado por la demandada, a quien le correspondía, que esas horas extraordinarias se realicen en periodos que no deberían corresponder al descanso en festivo, lo que tampoco se deduce del convenio.



3. El precepto establece que se abonará el festivo trabajado conforme al artículo 49 del convenio que fija el valor de la hora extraordinaria festiva diurna, lo que claramente determina que se realiza una jornada de trabajo en festivo y, por lo que hay una mayor retribución por trabajar en festivo, y no por realizar un determinado número de horas.

4. Es cierto que los festivos deben disfrutarse en principio en la fecha de la solemnidad celebrada; pero no es menos verdad que la legislación prevé excepciones a la regla de la libranza en festivo "por razones técnicas y organizativas" (art. 47 RD 2001/1983, resultando evidente que tales razones concurren en el trabajo de Contact Center.

5. El propio régimen retributivo pactado en el convenio colectivo que determina, *el salario base remunera la jornada anual de trabajo efectivo pactada en este Convenio Colectivo* y define los 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/a y su adscripción a un grupo profesional y nivel retributivo*. Por tanto, el complemento por festivos, no retribuye la jornada ordinaria, sino una jornada extraordinaria en festivos.

6. El convenio colectivo garantiza a los trabajadores el disfrute de dos fines de semana al mes. (artículo 25) y el artículo 23 del convenio establece la distribución irregular de la jornada de manera que se podrá acumularse por periodos de hasta catorce días, dentro de los cuales siempre habrá un descanso mínimo de tres días, siendo el límite máximo de trabajo sin descanso de ocho días. Por tanto, al no contener previsión alguna sobre los festivos en aplicación del artículo 37 ET, como ya hemos expuesto en el punto 2 deben ser considerados como días en que no se trabaja.

7. También es relevante que el convenio distingue entre horas extraordinarias diurnas y nocturnas que se abonarán con un incremento del 25% y del 60% respectivamente, sobre el valor de la hora tipo ordinaria y horas extraordinarias festivas diurnas y nocturnas que se abonarán con un incremento del 60 y del 80% respectivamente sobre el valor de la hora tipo ordinaria.

Dándose en el trabajo en festivos una prestación de servicios excepcional y concurriendo las circunstancias a las que el artículo 47 del RD 2001/1983 se refiere, que se ha previsto para los supuestos excepcionales en los que no se hubiera podido disfrutar el día de fiesta, o sea, para los supuestos en los que se trate de trabajadores que, no han podido gozar de su descanso en festivo, no cabe la modulación a la baja del mandato que en el mismo se establece, pues, de entenderse de otro modo, se estaría contraviniendo dicha regla que no ha otorgado a la negociación colectiva tal posibilidad.

Por ello, no resulta admisible que el propio convenio acabe alterando ese marco mínimo, constituido por el incremento del 75%, mediante el mecanismo de remisión a la regulación del salario de las horas extraordinarias, cuando esta última no implica la fijación de unos importes que incorporen o superen dicho mínimo.

Esta Sala entiende que el hecho de haberse mantenido durante cinco convenios sucesivos la regulación de los artículos 47,49 y anexo II del Convenio, sin que hayan sido impugnados, no impide la presente reclamación mientras se encuentren vigentes los preceptos cuya nulidad se postula.

No es de aplicación ha supuesto enjuiciado la doctrina mantenida en las STS de 9-12-2015, rec. 95/2015, 13-05-2014, rec. 181/2013 y 14-05-2014, rec. 180/2013 que ninguna relación tienen con este caso, porque se refiere a trabajadores que sólo trabajan los fines de semana y no prestan sus servicios "excepcionalmente" sino "normalmente" en días festivos y el resto de la semana no trabajan, argumentando el TS que el descanso adicional por día festivo trabajado se halla previsto para los supuestos excepcionales en los que no se hubiera podido disfrutar el día de fiesta o de descanso semanal. Los trabajadores que solo trabajan los fines de semana no tienen derecho al mencionado día adicional.

Por todo lo expuesto, procede estimar las demandas y declarar la ilegalidad y nulidad del párrafo final del Anexo II del II Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (código de convenio número 99012145012002), (BOE nº 16 de 12 de julio de 2017) que establece: "*Cuando los festivos no se compensen con día libre, no se abonará el recargo, y se retribuirá el festivo trabajado conforme al artículo 49 de este Convenio*" precepto relativo a la retribución de las horas extraordinarias, afectando la ilegalidad exclusivamente a la retribución en tales supuestos de las horas extraordinarias festivas diurnas, ya que para estas se contempla en el apartado c) del artículo 49 un incremento del 60% sobre el valor de la hora tipo ordinaria, en lugar del 75%, que como mínimo, corresponde aplicar de conformidad con el artículo 47 del Real Decreto 2001/1983 para los días festivos trabajados y no compensados con descanso, ordenando la publicación de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

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



FALLAMOS

Estimamos las demandas formuladas por D. José Félix Pinilla Porlán, Letrado en ejercicio del I.C.A.M., en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FeSMC-UGT) y por D^a Coral Gimeno Presa Letrada en ejercicio del I.C.A.M., en nombre y representación CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (CGT) a las que se han adherido FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS (SERVICIOS- CC.OO) y CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) contra la ASOCIACIÓN DE CONTACT CENTER ESPAÑOLA (ACE), EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA), LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB), siendo parte el MINISTERIO FISCAL, sobre IMPUGNACION, POR ILEGALIDAD, DEL II CONVENIO COLECTIVO DE ÁMBITO ESTATAL DEL SECTOR DE CONTACT CENTER, declaramos la ilegalidad y nulidad del párrafo final del Anexo II del II Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (código de convenio número 99012145012002), (BOE nº 16 de 12 de julio de 2017) que establece: " *Cuando los festivos no se compensen con día libre, no se abonará el recargo, y se retribuirá el festivo trabajado conforme al artículo 49 de este Convenio*" precepto relativo a la retribución de las horas extraordinarias, afectando la ilegalidad exclusivamente a la retribución en tales supuestos de las horas extraordinarias festivas diurnas, ya que para estas se contempla en el apartado c) del artículo 49 un incremento del 60% sobre el valor de la hora tipo ordinaria, en lugar del 75%, que como mínimo, corresponde aplicar de conformidad con el artículo 47 del Real Decreto 2001/1983 para los días festivos trabajados y no compensados con descanso, ordenando la publicación de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

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

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art, 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art, 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0266 18; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0266 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.