



Roj: **SAN 3413/2014 - ECLI:ES:AN:2014:3413**

Id Cendoj: **28079240012014100137**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2014**

Nº de Recurso: **128/2014**

Nº de Resolución: **136/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil catorce.

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

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento **128/2014** seguido por demanda de ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES (AST) (letrada Dña. Elena García) contra TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U (letrado D. Álvaro Fernández Sánchez); COMISIONES OBRERAS (CC.OO.) (letrada Dñ.a Alicia Gómez Benítez); UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) (letrado D. Javier Berzosa); SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES-UTS (STC-UTS) (no comparece); CONFEDERACION GENERAL DE TRABAJADORES (CGT) (no comparece); COMISIONES OBRERAS DE BASE (COBAS) (no comparece); COMITÉ INTERCENTROS DE TELEFONICA DE ESPAÑA SAU (no comparece) Y MINISTERIO FISCAL sobre conflicto colectivo .Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. *JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ*

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el día 29 de abril de 2014 se presentó demanda por ALTERNATIVA SINDICAL DE TRABAJADORES (AST) contra TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U.; COMISIONES OBRERAS (CC.OO.); UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT); SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES-UTS (STC-UTS); CONFEDERACION GENERAL DE TRABAJADORES (CGT); COMISIONES OBRERAS DE BASE (COBAS); COMITE INTERCENTROS DE TELEFONICA DE ESPAÑA SAU Y MINISTERIO FISCAL sobre conflicto colectivo

SEGUNDO.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 15 de julio de 2014 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosies de prueba

TERCERO.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

CUARTO .- Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

El sindicato AST resalta que el conflicto hace referencia al abono de los llamados devengos circunstanciales para el personal fuera de convenio en vacaciones que se han venido abonando desde 1992 y que en 3/2012 se dejan de pagar aún cuando el personal al que se aplica el convenio sí los recibe, invoca la SAN de 14-7-93



confirmada por la del TS de 21-10-1994 que así lo vino a reconocer. Indica que el personal fuera de convenio ha de percibir la menos las mismas retribuciones que el de convenio y que no cabe como indica Telefónica compensar el percibo de estos devengos en vacaciones con los incrementos que pudieran haberse producido en los precios de incentivos invoca en tal sentido STJUE de 22-5-2014 .

UGT se adhiere a lo indicado y precisa que en vacaciones se ha de percibir la remuneración normal o media conforme el convenio 132 OIT y que dado que desde 1992 a los trabajadores de fuera de convenio se les respetaba esta situación, se ha producido en 2012 una alteración de condiciones sin seguir el cauce del art. 41 ET .

CCOO se adhiere a lo dicho por los precedentes.

TELEFÓNICA se opone a la demanda invocando caducidad y prescripción. Indica que el en marco laboral establecido en 9/2010 se suprimen estos devengos para el abono de vacaciones en compensación de los incrementos producidos en los módulos de incentivos, igual acontece en los planes de incentivos de 2011. Dado que la primera reclamación se realiza en 5/2012 la misma estaría prescrita, además ante la solicitud realizada el 14-5-2012 de abono de dichos devengos en vacaciones Telefónica contesta el 10-6-2012 y se abre con ello el plazo de 20 días para interesar la impugnación de las condiciones de trabajo que se consideran modificadas. En cuanto al fondo discrepa de los hechos en cuanto al número de afectados que serían 886 trabajadores que integran la red de ventas que están excluidos de convenio conforme sus cláusulas 1, 3 y 4 de forma voluntaria, niega que se haya producido una modificación sustancial de condiciones. Que en 9/20120 se produce la compensación de estos devengos circunstanciales en vacaciones a consecuencia de los incrementos en los módulos por ventas tal como lo acreditan los documentos 5 a 8 de la prueba, precisa además que el personal fuera de convenio y respecto de los devengos circunstanciales sólo percibe los objetivos por ventas no el resto de conceptos referidos en la STS de 1994, indica que al personal dentro de convenio no se le han modificado los módulos y que nadie ha reclamado a título individual lo que los sindicatos reclaman.

Con relación a las excepciones se indica que se presentó una reclamación inicial el 14-5-2012, que el 2-4-2013 la cuestión se trató en la comisión de interpretación del convenio y que el 13-3-2014 se promueve acto de conciliación por lo que no ha transcurrido un año sin actividad; respecto de la caducidad invoca que no procede cuando por el empresario no se modifican las condiciones siguiendo el cauce del art. 41 ET .

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , se precisa que los hechos controvertidos y conformes fueron los siguientes: Hechos controvertidos: - Hay un marco laboral para personal fuera de convenio que concluyó su vigencia en septiembre de 2010 que preveía la supresión del devengo circunstancial de vacaciones sustituyéndolo por incremento de módulos de incentivos. - A partir de los planes de incentivos de 2011 se preveía la supresión del devengo circunstancial de vacaciones por el incremento de módulo de incentivos. - La red de ventas de los empleados afectados son 886 empleados. - Siempre las personas que salen del convenio lo hacen de forma voluntaria y así también pueden incorporarse al convenio. - El personal de dentro de convenio no ha tenido incremento de incentivos. - No ha habido ninguna reclamación ni demanda de los trabajadores afectados.

Hechos conformes: - La primera reclamación que se plantea de esta cuestión es el 14.5.12. - El 14.5.12 AST pide explicaciones sobre la modificación sustancial, recibiendo contestación de la empresa el 20.6.12. - Desde el convenio de 2001-2002 salían de convenio los técnicos de ventas "v3" "v4".

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO . AST sindicato demandante cuenta con un delegado en el comité intercentros de Telefónica integrado además por 4 miembros de CCOO, otros 4 de UGT, 2 de STC-UTS y de CGT y 1 de COBAS. **SEGUNDO** . El presente conflicto afecta al personal de la red de ventas excluido del convenio colectivo de empresa e integrado por 885 trabajadores. **TERCERO**. El 21-10-1994 dictó sentencia el Tribunal Supremo, Rec 3149/03 , que confirmó la dictada por esta Sala el 14-7- 1993 que en su fallo declaró: *que la empresa demandada debe de incluir en el cálculo del salario correspondiente a las vacaciones las siguientes partidas salariales "horas nocturnas" "complemento por horas trabajadas desde las 15,30 a 22 horas" "complemento por horas trabajadas en sábado, domingo o festivos" "compensación en dos domingos o festivos consecutivos", "Plus de Nochebuena, Nochevieja, Navidad y año nuevo", "compensación económica a profesores en horas de jornada" "compensación por trabajos en antena", "incentivos por ventas" y "compensación en jornada partida", y desestimamos el resto de las pretensiones contenidas en las demandas"* **CUARTO.-** Vigente el convenio colectivo de empresa 2008-2010 que excluía de su ámbito aplicativo, entre otros a las categorías de expertos, vendedores V3 y V4 y Asesores



ATC, Telefónica elabora en septiembre de 2010 el denominado "Marco Laboral de referencia para empleados fuera de convenio" **En sus arts. 2 y 3 se dispone lo siguiente:**

2 ÁMBITO Se considera en situación Fuera de Convenio al empleado que ocupe un puesto de trabajo caracterizado fundamentalmente por requerir para su desempeño especiales competencias y alto grado de responsabilidad, diferenciadas claramente de las que se exigen al personal sujeto a convenio, en general con flexibilidad en la prestación y disponibilidad acorde con el puesto que ocupa, desarrollando su prestación laboral enfocada para la consecución de objetivos concretos y determinados que se definan de acuerdo con el sistema aplicable para cada ejercicio.

A los efectos previstos en el presente documento, tendrán la condición de Fuera de Convenio los empleados que sean designados para ocupar los siguientes puestos de trabajo: _ Gerente, Jefe y Coordinador_ KAM Autónomico y KAM Comercial_ Ejecutivos de Ventas V3 y V4_ Gestor de Proyectos P4 y P5_ Jefe de Proyectos Desarrollo de Servicios, niveles 3 y 4_ Jefe de Producto y Comercialización, niveles 3 y 4_ Asesores Técnico de Clientes (ATC)

A estos empleados les será de aplicación lo previsto en este Marco Laboral en aquellas materias no contempladas en su regulación específica.

Quedan excluidos de este Marco regulatorio los empleados que ocupen cargos de Director. La Dirección de la Empresa podrá en cualquier momento modificar, ampliar o crear los puestos y niveles que precise.

3 ACCESO Es facultad exclusiva de TdE, con arreglo a sus necesidades, la creación o supresión de cargos o funciones, así como en razón a su naturaleza de puestos de confianza, la designación o remoción de los empleados que hayan de ocupar estos puestos.

Se accederá a la situación Fuera de Convenio mediante el correspondiente nombramiento o contrato de trabajo donde se establecerán las condiciones particulares aplicables.

La relación laboral de los empleados Fuera de Convenio se formalizará siempre documentalmente por escrito. Si el empleado se encontraba sujeto a Convenio, la novación contractual se instrumentalizará mediante el correspondiente nombramiento y supondrá la aceptación de este Marco regulador. En caso de que se proceda a la contratación directa de un trabajador ajeno a la Empresa, se formalizará mediante un contrato laboral. Estos empleados serán debidamente informados y la suscripción del contrato supondrá la aceptación de lo previsto en el presente documento.

El contrato contendrá los requisitos mínimos de contratación, bien de forma expresa o con remisión al presente Marco regulador. Y en su art. 4.3 se indica: **4.3 Retribución** La retribución para los empleados en situación de Fuera de Convenio se determinará por la Dirección de la Empresa y en el momento actual, está compuesta por una parte fija y otra variable.

4.3.1 Retribución fija Se percibe en 15 pagas. La retribución fija se establecerá teniendo en cuenta la retribución que percibía como empleado Dentro de Convenio, y se le asignará una nueva retribución teniendo en cuenta la política retributiva vigente en cada momento para el colectivo de Fuera de Convenio.

4.3.2 Garantía retributiva Para los empleados Fuera de Convenio que ingresaron en Telefónica de España como personal de plantilla Dentro de Convenio, se garantizará que, a la fecha de la revisión anual de la retribución de los empleados Fuera de Convenio, su retribución fija no sea inferior a la teórica que le correspondiera de haber permanecido en su categoría laboral de procedencia (excluidos los complementos por cargo o función), salvo que ésta fuese superior a la retribución máxima fijada para el puesto de trabajo de Fuera de Convenio de que se trate.

4.3.3 Estructura salarial de la retribución fija Se fijará el salario de acuerdo con los criterios vigentes en cada momento para este colectivo y se conceptuará como Salario Desempeño Puesto que el empleado ocupe. Si el empleado proviene de una categoría sujeta a Convenio todos los conceptos salariales que venga percibiendo con carácter fijo, así como la compensación por ayuda escolar o infantil que en ese momento tuviera reconocida, servirán de base de cálculo para el nuevo salario. Desde el momento de la entrada en vigor de este Marco Regulatorio, y únicamente para aquellos empleados Fuera de Convenio con residencia laboral en las Islas, se procederá a integrar dentro del Salario Desempeño Puesto, la cuantía que vinieran percibiendo por el concepto **plus de residencia**.

La progresión económica en el mismo puesto se desarrollará de acuerdo con el sistema vigente en cada momento. En la actualidad dicho sistema está basado en **dos parámetros** :

1) Calificación o relevancia del puesto a ocupar. 2) Posición relativa en su banda salarial.

4.3.4 Retribución variable



La retribución variable queda establecida con carácter general para todos los empleados Fuera de Convenio. Está constituida por una expectativa de referencia que, en unos casos, consistirá en un porcentaje (%) de la retribución fija y, en otros, un módulo o cantidad vinculada a la consecución del 100% de cumplimiento, concretándose la cantidad a percibir, en función de la evaluación del grado de consecución de los objetivos, bien por el Plan de Retribución Variable o por la aplicación de los Planes de Incentivos Comerciales.

Para cada ejercicio se aprobarán los criterios específicos para determinar la retribución variable, teniendo en todos los casos el carácter de no consolidable.

4.3.5 OtrosCompensación vales comida Los empleados en situación de Fuera de Convenio tendrán derecho a una compensación por comida en residencia los días que realicen de forma presencial la jornada partida

Este derecho se materializará en el caso de los colectivos de Gerente, Jefe y Coordinador; KAM Autónomo y KAM Comercial; Ejecutivos de Ventas V3 y V4; Gestor de Proyectos P4 y P5; Jefe de Proyectos Desarrollo de Servicios, niveles 3 y 4; Jefe de Producto y Comercialización, niveles 3 y 4 y Asesores Técnico de Clientes (ATC), mediante la entrega de vales comida por el importe que la Empresa determine.

Aquellos días que, por encontrarse en comisión de servicio o por las características especiales del puesto, perciban suplido por comida mediante gasto justificado no devengarán el derecho al vale comida.

A los empleados que ocupen el puesto de Gerente y KAM Autónomo se les gestionará una tarjeta corporativa para compensar sus gastos de viaje y de representación, dentro de los límites que en cada momento se establezcan.

Devengos circunstanciales A partir de la fecha de entrada en vigor de este Marco regulador los empleados que ocupen puestos de trabajo de Fuera de Convenio no tendrán derecho a percibir ningún devengo circunstancial, incluyendo la compensación devengos circunstanciales dejados de percibir por disfrute de vacaciones y el plus de residencia.

QUINTO - En los planes anuales de incentivos para pequeña empresa, mediana empresa y canal indirecto del año 2011 Telefónica incorpora la siguiente previsión:

Cláusula sobre la compensación y absorción del concepto "Devengos Circunstanciales dejados de percibir por vacaciones"

A partir del ejercicio 2011, para los participantes del colectivo Fuera de Convenio, se producirá la conversión de la compensación devengos circunstanciales dejados de percibir por vacaciones, correspondiente a los incentivos por ventas, por los diferentes incrementos en los módulos de incentivos aprobados para el presente ejercicio. Estos incrementos tienen como finalidad compensar y absorber las cantidades que se vienen abonando por el concepto referido

SEXTO.- El 14-5-2012 AST remite carta a la demandada en la que le indica:

Hemos tenido conocimiento de que a los trabajadores de la Red de Ventas Fuera de Convenio, ASC, Técnicos de Ventas, V3, V4, etc, no se les ha abonado la cantidad correspondiente por "Devengos Circunstanciales en Vacaciones" Este concepto, al igual que al resto de trabajadores/as de TESAÚ, se viene percibiendo desde 1995, año en que se regulariza el pago del mismo, tras la sentencia dictada en los Tribunales de Justicia donde se reconocía este derecho.

Este hecho supone, a nuestro entender, una intolerable e ilegal modificación sustancial de las condiciones laborales de los trabajadores afectados, a los que, por otra parte se estaría discriminando respecto del resto de trabajadores/as de la empresa que están dentro de convenio, fundamentalmente con los que realizan las mismas funciones en, la Red de Ventas, y continúan percibiendo anualmente el salario correspondiente a este concepto.

Y el 20-6-2012 Telefónica contesta:

Nos dirigimos a Ud. en contestación a su escrito de fecha 14 de mayo de 2012 en el que solicita el abono del concepto devengos circunstanciales dejados de percibir por vacaciones, correspondiente a los incentivos por ventas, a un colectivo de trabajadores de la Red de Ventas en situación de Fuera de Convenio.

En primer lugar, indicarles que como Uds. ya conocen, todos los Planes de Incentivos Comerciales vigentes son de periodicidad anual y por tanto vienen incluyendo en su diseño y cómputo, el mes de vacaciones a efectos de la liquidación de la retribución variable. Los precedentes judiciales a los que alude en su escrito, están referidos al concepto de comisiones por ventas, donde sí era necesario el abono en el mes de vacaciones, de este concepto de forma proporcional a las cantidades percibidas el resto del año.

Por este motivo y a partir del ejercicio 2011 se introdujo en las condiciones generales de los Planes de Incentivos para Comerciales Fuera de Convenio, así como en el Marco Regulador de las condiciones de este colectivo,



una previsión que contempla expresamente un incremento del módulo de incentivos con el único objetivo de compensar y absorber el concepto "Compensación devengos circunstanciales vacaciones". De esta forma se mantienen globalmente las condiciones económicas del colectivo, sin que se haya producido modificación retributiva. De esta circunstancia han sido oportunamente informados los profesionales afectados, y conocen que la elevación del importe de los módulos anuales de los Planes de Incentivos anuales obedece a la absorción del promedio de vacaciones.

Nos consta que estos extremos, además de estar recogidos en los documentos citados y en las herramientas informáticas donde se difunden los PIC, han sido comunicados e informados expresamente por distintos medios a los profesionales FC afectados por esta medida.

SEPTIMO.- El 2-4-2013 AST llevó a la comisión de interpretación y vigilancia del convenio la cuestión relativa a la retirada de devengos circunstanciales a los técnicos de ventas fuera de convenio.

Se presentó conciliación para resolver la controversia ante el SIMA que concluyó sin acuerdo conforme acta levantada el 13-3-2014.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2, g de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO. - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes: - hecho 1º: no es controvertido - hecho 2º: es la cifra que admite la demandada en documento al descriptor 44 sin que la parte actora acredita con prueba alguna la cifra de afectados que propone - hecho 3º: por las SAN y STS referidas - hecho 4º: conforme documento al descriptor 29 - hecho 5º: por los documentos sobre incentivos a los descriptores 33 a 38 - hecho 6º: por los documentos a los descriptores 19 y 20 - hecho 7º: por los descriptores 3 y 21.

TERCERO. - Constituyendo el término vacaciones retribuidas un concepto jurídico indeterminado, se suscitan dudas referidas a que partidas retributivas deben incorporarse al salario que los trabajadores perciben en periodo vacacional. En este caso concreto la controversia se centra con relación a los trabajadores de la red de ventas fuera de convenio y respecto de si en dicha remuneración por el periodo vacacional deben tenerse en consideración las cantidades percibidas anualmente en concepto de incentivos. Y tal como resulta de los hechos probados, los hitos fácticos más relevantes para resolver la controversia serían los siguientes: - en 1994 el TS reconoció el derecho para todos los trabajadores de telefónica de incluir determinados complementos salariales entre ellos los incentivos por ventas, en el cálculo del salario correspondiente a vacaciones - para dar cumplimiento a esta medida, la media de lo percibido por los distintos conceptos referidos en dicha STS se abonaba en la nómina de marzo del año siguiente para compensar con ello lo no percibido por dichos conceptos en periodo vacacional (tal como se indica en el hecho 3º de la demanda y no fue controvertido de adverso) - excluidos de convenio, entre otros los trabajadores sobre los que versa la controversia, el empresario establece, con fundamento en su propia personal decisión, un Marco Laboral regulador de sus condiciones de trabajo en el que dispone que *los empleados que ocupen puestos de trabajo de Fuera de Convenio no tendrán derecho a percibir ningún devengo circunstancial, incluyendo la compensación devengos circunstanciales dejados de percibir por disfrute de vacaciones y el plus de residencia.*

- atendiendo al contenido de la regulación salarial que en dicho Acuerdo Marco se establece para el personal fuera de convenio en su cláusula 4.3 referida en el hecho 4º probado, se deduce que de todos los complementos referidos en la STS de 1994 y calificados por las partes como devengos circunstanciales, los trabajadores incluidos en el ámbito de este conflicto, sólo se verían afectados con relación a los incentivos por objetivos o ventas, lo que se tendrá en cuenta a la hora de la concreción del fallo. - en los planes individuales de incentivos elaborados por Telefónica desde 2011 se reitera cómo realizar la citada compensación se producirá la conversión de la compensación devengos circunstanciales dejados de percibir por vacaciones, correspondiente a los incentivos por ventas, por los diferentes incrementos en los módulos de incentivos aprobados para el presente ejercicio. Estos incrementos tienen como finalidad compensar y absorber las cantidades que se vienen abonando por el concepto referido - y en tal posición se reitera la demandada en la carta que dirige a AST el 20-6-2012 cuando indica: *En primer lugar, indicarles que como Uds. ya conocen, todos los Planes de Incentivos Comerciales vigentes son de periodicidad anual y por tanto vienen incluyendo en su diseño y cómputo, el mes de vacaciones a efectos de la liquidación de la retribución variable. Los precedentes judiciales a los que alude en su escrito, están referidos al concepto de comisiones por ventas, donde sí era*



necesario el abono en el mes de vacaciones, de este concepto de forma proporcional a las cantidades percibidas el resto del año. Por este motivo y a partir del ejercicio 2011 se introdujo en las condiciones generales de los Planes de Incentivos para Comerciales Fuera de Convenio, así como en el Marco Regulador de las condiciones de este colectivo, una previsión que contempla expresamente un incremento del módulo de incentivos con el único objetivo de compensar y absorber el concepto "Compensación devengos circunstanciales vacaciones". De esta forma se mantienen globalmente las condiciones económicas del colectivo, sin que se haya producido modificación retributiva.

CUARTO.- El art. 40.2 CE garantiza el derecho a las vacaciones periódicas retribuidas y a tales vacaciones también con carácter retribuido se refiere el art. 38.1 ET. Estas disposiciones del ordenamiento nacional se han de relacionar con el convenio 132 OIT que en su art. 3.1 indica que: *Toda persona a quien se aplique el presente Convenio tendrá derecho a vacaciones anuales pagadas de una duración mínima determinada.* Y en su art. 7.1 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.* Y también con el derecho comunitario. Debiendo señalarse al respecto que el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con valor jurídico de Tratado, reconoce tal derecho a las vacaciones anuales retribuidas y que el art. 7.1 de la Directiva 2003/88 indica que: *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.* La fuerza normativa de este derecho a la retribución en vacaciones se ha resaltado por el TJUE, por todas en la sentencia de 22-4-2014 asunto Lock C-539/12, que indica: *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)* Y con carácter general respecto de cómo ha de entenderse el término vacaciones retribuidas, ha indicado: - La expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en dicha disposición significa que, mientras duren las vacaciones anuales en el sentido de la Directiva, debe mantenerse la retribución. En otras palabras, el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso. STJUE caso Robinson Steele C 131/04 - 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, STJUE caso Lock C539/12

QUINTO.- Sentados estos principios básicos, la jurisprudencia comunitaria ha descendido peldaños adicionales en su precisión.

Es relevante en este sentido la STJUE caso Lock que se acaba de citar y que llega a la conclusión de que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a las disposiciones y a las prácticas nacionales en virtud de las cuales un trabajador cuya retribución está compuesta, por un lado, por un salario base y, por otro, por una comisión cuyo importe se fija en función de los contratos celebrados por el empresario gracias a las ventas obtenidas por ese trabajador, sólo tiene derecho, en concepto de vacaciones anuales retribuidas, a una retribución formada exclusivamente por su salario base.

En consecuencia la retribución que el trabajador ha de percibir en el periodo vacacional en el que obviamente no presta servicios y es por ello un periodo de tiempo en el que no genera comisiones o incentivos por ventas que sólo se generan con su quehacer prestado en tiempo efectivo de trabajo, ha de estar necesariamente integrada, y en proporción a los días de vacación que le corresponda disfrutar, teniendo en cuenta lo percibido en concepto de incentivos o comisiones por objetivos fijados anualmente.

SEXTO.- Como puede observarse de la lectura de los hechos probados, lo que sostiene Telefónica es que lo que deberían percibir por devengos circunstanciales en vacaciones (circunscrito tal como se ha indicado con anterioridad a los incentivos por objetivos o ventas) se ha compensado con las cantidades fijadas como módulos de incentivos y sus subidas anuales.

Con ello está diciendo sencillamente que una parte de la retribución abonada por alcanzar objetivos se está imputando a la retribución de las vacaciones anuales.



Pues bien a esta controversia también ha dado respuesta el TJUE en la segunda de las sentencias citadas, caso Robinson Steele, cuando señala:

que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva se opone a que una parte del salario abonado al trabajador por el trabajo efectuado se impute a la retribución de las vacaciones anuales sin que el trabajador perciba, por este concepto, un importe adicional al que se le abona por el trabajo efectuado. No cabe establecer excepciones a este derecho en un contrato.

Y luego precisa: *el artículo 7 de la Directiva se opone a que la retribución de las vacaciones anuales mínimas en el sentido de dicha disposición sea objeto de pagos parciales fraccionados durante el período anual de trabajo correspondiente que se suman a la retribución por el trabajo efectuado y no de un pago por un período determinado en el que el trabajador haya disfrutado efectivamente de las vacaciones.*

Y también desde la perspectiva de la jurisprudencia nacional (por todas la completa STS de 26-7-2010 rec 199/09 , que a continuación en cursiva se cita), se debe llegar a la misma conclusión pues acreditado que en éste caso no existe convenio colectivo que determine los conceptos retributivos que han de abonarse en periodo vacacional, rige la regla general de que las vacaciones han de retribuirse *de acuerdo con la remuneración normal o media obtenida por el trabajador en la época de actividad, lo cual es acorde con su finalidad: garantizar el disfrute efectivo del derecho a vacaciones mediante la continuidad de la percepción de la renta del trabajo habitual.*

Y que por tanto la retribución por vacaciones *ha de comprender todos los conceptos salariales en su promedio, no incluyéndose en ellos y siendo excepción los conceptos salariales de carácter extraordinarios establecidos para remunerar también actividades extraordinarias. Así, pues, para que un concepto salarial sea excluido de la retribución de las vacaciones no basta que este concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado, sino que es preciso que el trabajo mismo que se remunera sea también extraordinario.*

En consecuencia, tanto fuera considerada como consecuencia de una decisión unilateral del empresario al fijar el Marco Laboral regulador del personal fuera de convenio, como consecuencia de un contrato suscrito entre las partes en aplicación de dicha decisión empresarial, no es conforme a la normativa de aplicación la pretendida compensación de lo que han de percibir en vacaciones en concepto de incentivos por el procedimiento de añadir un importe adicional al que se les abona por el trabajo efectuado, sin que quepa tampoco el fraccionamiento de lo que han de percibir por incentivos durante el periodo vacacional en pagos parciales que se suman a la retribución por el trabajo efectuado, al ser éstas las consecuencias contrarias al derecho comunitario a que da lugar el mecanismo compensatorio urdido por la demandada.

SEPTIMO. - Indica la demandada en su escrito de 20-6-2012 que *todos los Planes de Incentivos Comerciales vigentes son de periodicidad anual y por tanto vienen incluyendo en su diseño y cómputo, el mes de vacaciones a efectos de la liquidación de la retribución variable.*

Este argumento que podría significar que lo que corresponde por incentivos en vacaciones se estuviera efectivamente abonando resulta contradictorio con el que se introduce en el siguiente párrafo en el que se habla de su compensación y absorción (lógicamente en su valor económico) con el incremento en el módulo de incentivos. Su compensación supone precisamente imputar una parte del incentivo al pago de las vacaciones anuales, lo que como se acaba de ver proscribía la sentencia Robinson Steele.

Ahora bien que la parte de incentivos en vacaciones se esté efectivamente abonando atendiendo al diseño de los planes de incentivos comerciales para el personal de ventas fuera de convenio es un hecho cuya demostración corresponde a la demandada que lo invoca como argumento obstativo a la pretensión de la demandante, art. 217.3 LRJS .

Y la prueba que articula y en los términos en que se ha practicado no permite llegar a esa conclusión.

Presenta Telefónica (descriptores 33 a 38) lo que se denominan documentos técnicos sobre: - planes de incentivos para 2010 y 2011 para la red de ventas para la pequeña empresa - planes de incentivos para 2010 y 2011 para la red de ventas para la mediana empresa - planes de incentivos para 2010 y 2011 para la red de ventas para el canal indirecto A ellos cabe unir los planes de incentivos que presenta la parte actora en los descriptores 22 a 25 que también se refieren a grandes clientes para los años 2010 a 2013.

De su lectura se aprecia que existe una diversidad de conceptos incentivables, que dichos conceptos no son homogéneos sino diversos en atención al puesto de trabajo ocupado por cada trabajador y la actividad de venta concreta en que interviene, que tampoco existe homogeneidad en el peso fijado para cada objetivo ni en los periodos de tiempo empleados para su determinación en unos casos se trata de objetivos que deben alcanzarse al año, en otros al semestre, otros trimestrales y otros mensuales dependiendo del puesto de trabajo o de la actividad de ventas concretas programadas en cada año. Y tampoco es posible discernir cómo



efectivamente los diversos objetivos alcanzados se abonan: si se trata de pagos mensuales, trimestrales o anuales, se trata de pagos a cuenta luego reacomodados a fin de año etc.

Dicha documental para llegar al convencimiento de que incluyen en su diseño y cómputo, el mes de vacaciones a efectos de la liquidación de la retribución variable habría exigido seguramente una prueba pericial adicional que lo discerniera y en todo caso que se acompañara de liquidaciones de objetivos y recibos de salarios demostrativos que que así se venía actuando.

OCTAVO.- Además no puede obviarse que en el acto de juicio la actividad de las partes no cabe limitarla a una mera aportación de pruebas, sino también constituye obligación procesal para ellas vincularlas a los hechos que se pretenden acreditar, actividad que ha de llevarse a cabo en fase de conclusiones.

Dispone el art. 87.4 LRJS que *Practicada la prueba, las partes o sus defensores o representantes, en su caso, formularán oralmente sus conclusiones de un modo concreto y preciso, determinando en virtud del resultado de la prueba, de manera líquida y sin alterar los puntos fundamentales y los motivos de pedir invocados en la demanda o en la reconvenición, si la hubiere, las cantidades que, por cualquier concepto, sean objeto de petición de condena principal o subsidiaria; o bien, en su caso, formularán la solicitud concreta y precisa de las medidas con que puede ser satisfecha la pretensión ejercitada.*

Y esta norma emparenta con el art. 433.2 LEC que indica: *Practicadas las pruebas, las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo de forma ordenada, clara y concisa, si, a su juicio, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos y, en su caso, probados o inciertos.*

A tal fin, harán un breve resumen de cada una de las pruebas practicadas sobre aquellos hechos, con remisión pormenorizada, en su caso, a los autos del juicio. Si entendieran que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción, lo manifestarán así, fundamentando su criterio. Podrán, asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que reputen dudosos.

En relación con el resultado de las pruebas y la aplicación de las normas sobre presunciones y carga de la prueba, cada parte principiará refiriéndose a los hechos aducidos en apoyo de sus pretensiones y seguirá con lo que se refiera a los hechos aducidos por la parte contraria.

En el presente caso el trámite de conclusiones no se empleó para vincular con la necesaria precisión y claridad la prueba documental practicada al hecho obstativo que se debía demostrar y tal defecto impide que el Tribunal pueda adquirir la convicción de que la parte del incentivo correspondiente a vacaciones es efectivamente abonada en los términos propuestos por la demandada.

Por todo ello se debe estimar el apartado a) del suplico de la demanda, tal como se dejará establecido en el fallo, si bien circunscrito a los incentivos por objetivos o ventas al ser éste el único devengo circunstancial de los referidos en la STS de 21- 10-1994 a que tiene acceso el colectivo afectado.

NOVENO.- El apartado b) del suplico interesa que se declare el derecho de los afectados a percibir los devengos circunstanciales de vacaciones correspondientes a 2011 y años sucesivos, obligando a la demandada a estar y pasar por ello.

Reconocido el derecho, la controversia ahora se centra en dar solución a las invocaciones de caducidad y prescripción esgrimidas por Telefónica.

La invocación de caducidad carece de todo fundamento por cuanto un análisis de lo establecido en el art. 138.1 LRJS en relación con el art. 59.4 ET permite concluir que sólo operaría la caducidad en aquellos casos en los que el empresario acudiera a modificar condiciones sustanciales de trabajo por vía del art. 41 ET .

En éste caso no ha sido así, sino que, sin apoyatura en causa objetiva alguna, Telefónica por su propia decisión adopta la medida compensatoria objeto de este litigio.

La prescripción tampoco puede apreciarse atendiendo a las reclamaciones que han tenido lugar sobre la cuestión controvertida y referidas en los hechos 6º y 7º probado, actuaciones todas interruptivas de la cuestión procesal que se invoca y que acreditan que no llegó en ningún caso a transcurrir más de un año sin activarse la pretensión del derecho, por lo que no concurre lo previsto en el art. 59.2 ET .

DECIMO- Finalmente se alega en la demanda que el trato dispensado a los trabajadores fuera de convenio es discriminatorio respecto de los trabajadores vinculados al convenio colectivo a quienes los incentivos o comisiones que pudieran devengar en su trabajo sí se les tienen en consideración para fijar la retribución durante el periodo vacacional.

No cabe alegar que estemos ante un supuesto de trato discriminatorio sino en su caso ante un supuesto de trato dispar.



Trato dispar que no contraviene el principio de igualdad desde el momento en que las fuentes que regulan los contratos de uno y otro colectivo son distintas, para unos el convenio colectivo y para otros el Marco Laboral. Y como quiera que ninguna de esas fuentes se cuestiona en su validez, es perfectamente plausible que regulen el objeto de la controversia de modo diferenciado sin por ello afectar a una reivindicada igualdad de trato que carece de soporte.

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

FALLAMOS

Previo rechazo de las cuestiones de caducidad y prescripción invocadas, estimamos parcialmente la demanda formulada por el sindicato AST a la que se adhieron los sindicatos comparecientes COMISIONES OBRERAS (CC.OO.); UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) y declaramos:- la nulidad de la actuación empresarial consistente en retribuir las vacaciones al personal de la red de ventas fuera de convenio excluyendo la parte del salario consistente en incentivos por objetivos y/o ventas percibidos en el transcurso del año- el derecho de este personal a percibir el salario del periodo vacacional correspondiente a los años 2011, 2012, 2013 y sucesivos incluyendo dichos incentivos en la proporción correspondiente al citado periodo. Y condenamos a TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU a estar y pasar por estas declaraciones a todos los efectos.

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 0128 14; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0128 14, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen Recurso de Casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2014, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y de Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

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.