



Roj: **SAN 882/2015 - ECLI:ES:AN:2015:882**

Id Cendoj: **28079240012015100047**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/03/2015**

Nº de Recurso: **18/2015**

Nº de Resolución: **45/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIALMADRID SENTENCIA: 00045/2015

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Secretaría D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA N^o: 45/2015

Fecha de Juicio: 18/3/2015

Fecha Sentencia: 20/03/2015

Fecha Auto Aclaración:

Nº Procedimiento: 18 /2015

Proc. Acumulados: 33/2015

Materia: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente: D. JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

Demandante/s: FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS, FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA UGT

Demandado/s: TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SAU TME, CONFEDERACION GENERAL DE TRABAJO, COMITE INTERCENTROS TELEFONICA MOVILES SAU, SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES DE MOVILES

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia: TELEFÓNICA MÓVILES. Previo rechazo de cuestiones procesales de inadecuación de procedimiento y cosa juzgada, se estima la demanda en la que se pretende que pese a la redacción dada en el art. 26 del convenio acerca de que las **vacaciones** se retribuyen con los conceptos fijos de devengo mensual, la doctrina sentada por el TJUE al respecto determina que también se abone en **vacaciones** la remuneración media anual percibida por los complementos variables establecidos en los arts. 38 a 40 del convenio. Los obstáculos esgrimidos por TME acerca de que tales complementos se abonaban efectivamente en **vacaciones** son cuestiones que deberán en su caso suscitarse en procedimientos individuales al igual que las posibles controversias acerca del promedio anual que correspondería a cada trabajador individualizado

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL GOYA 14 (MADRID) Tfno: 914007258 NIG: 28079 24 4 2015 0000022ANS105 SENTENCIA CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000018 /2015

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Secretaría D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO



SENTENCIA N°: 45/2015

Fecha de Juicio: 18/3/2015

Fecha Sentencia: 20/03/2015

Fecha Auto Aclaración:

N° Procedimiento: 18 /2015

Proc. Acumulados: 33/2015

Materia: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente: D. JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

Demandante/s: FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS, FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA UGT

Demandado/s: TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SAU TME, CONFEDERACION GENERAL DE TRABAJO, COMITE INTERCENTROS TELEFONICA MOVILES SAU, SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES DE MOVILES

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

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

D. JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

D^a EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

En MADRID, a veinte de Marzo de dos mil quince.

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 CONFLICTOS COLECTIVOS 18 /2015 seguido por demanda de FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS (letrado D. Angel Martín), FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA UGT (letrado D. Javier Berzosa) contra TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SAU (letrada D^a Carmen Fernández) CONFEDERACION GENERAL DE TRABAJO (letrado D. Jose M^a Trillo-Figueroa), COMITE INTERCENTROS TELEFONICA MOVILES SAU, SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES DE MOVILES, sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 20/01/2015 se presentó demanda por FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS, contra TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SAU TME, CONFEDERACION GENERAL DE TRABAJO CGT , FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA UGT, SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES DE MOVILES sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Posteriormente, el 9/2/2015 FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA UGT presentó demanda de CONFLICTO COLECTIVO contra TELEFONICA MOVILES ESPAÑA SAU TME, COMITE INTERCENTROS TELEFONICA MOVILES SAU, SINDICATO COMISIONES OBRERAS CCOO, SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES DE MOVILES, SINDICATO CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO. CGT se adhirió a ambas demandas.

Segundo.- La Sala acordó el registro de las demandas y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 18/3/2015 a las para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosíes de prueba.



Mediante Auto de fecha 20 de febrero de 2015, se acumuló a la demanda rectora de autos presentada por CCOO la que presentó UGT el 9-2-15 autos 33/15.

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto de 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:

CCOO se ratifica en su demanda indicando que en los arts. 37 a 40 del convenio se encuentran los conceptos salariales que no se incluyen en las **vacaciones** cuyo devengo es mensual aún cuando su abono en algunos casos se realiza en un pago mensual o pagos trimestrales, invoca las SAN de 27-9-14 y 14-1-15 que aplicando la jurisprudencia comunitaria consideran que estos conceptos han de retribuirse en **vacaciones** , mientras que el art. 26 del convenio sólo reconoce los conceptos fijos.

UGT se ratifica en su demanda acumulada por las mismas razones, detalla el significado de los conceptos salariales variables que no se consideran que retribuyen **vacaciones**.

CGT se adhiere a ambas demandas.

TELFÓNICA MÓVILES se opone a estas demandas alega inadecuación de procedimiento respecto de los conceptos de plus disponibilidad y ventas por cuanto no se trata de cuestiones que puedan homogeneizarse ya que el plus de disponibilidad pueden no percibirlo los trabajadores si ceden el trabajo en tales condiciones a otros compañeros y tampoco se presta el servicio en tales condiciones de forma regular; en cuanto a las comisiones por ventas indica que existen parámetros diferenciados por territorios y por tanto no son conceptos comunes para todos los posibles afectados.

Respecto de los bonus invoca cosa juzgada arts. 222 y 400 LEC y en relación a la SAN de 8-4-14 autos 34/2014.

Con relación al plus de disponibilidad indica que no se trabaja en esta situación de forma habitual y se regula en el art. 40 del convenio, que hay trabajadores que no realizan disponibilidades y que a veces se ceden de unos a otros, resulta er una actividad extraordinaria que no debe abonarse en **vacaciones**.

Con relación a las comisiones por ventas indica que su tratamiento es diferente del que se aplica para TELEFÓNICA DE ESPAÑA por lo que lo dicho en la SAN que trató de tal cuestión no se aplica a éste caso. Que el colectivo de afectados asciende a 420 trabajadores de los que 187 son comerciales y de ellos 116 están fuera de convenio, el resto 233 no pertenecen a la carrera comercial, los documentos 21 a 24 que aportan revelan cómo se abona este complemento y que en **vacaciones** se abona el 100% del módulo por lo que no existe al respecto ningún perjuicio retributivo para los afectados tal como evidencian las nóminas que adjunta como documentos 5 a 20.

Con relación al bonus del art. 38 éste se abona en un solo pago anual y en cuatrimestre del año siguiente evaluándose la actividad del todo el año, cuestión que ya se conoció en la SAN de 8-4-14 antes citada, también en éste caso en **vacaciones** los trabajadores no sufren ningún perjuicio retributivo.

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 fueron los siguientes:

-el plus de disponibilidad no se percibe habitualmente, se encuentra condicionado a la potestad de ordenarlas y a las necesidades de servicio.

-hay trabajadores que no hacen nunca actividades que dé origen a disponibilidad y otros que lo hacen de manera puntual.

-los trabajadores que perciben comisiones por ventas ascienden a un total de 420 trabajadores de los cuales 187 están adscritos a la carrera comercial y de ellos, 116 están fuera de convenio; hay 233 trabajadores fuera de la carrera comercial que están dentro de convenio.

-la percepción de las comisiones por ventas viene determinada por los planes comerciales que a su vez predeterminan un módulo que puede ser modificado territorialmente.

-el cálculo de las comisiones por ventas se efectúa semestralmente o trimestralmente y la liquidación es semestral o trimestral obligatoria.

-los factores a tener en cuenta es la satisfacción del cliente, la valoración de desempeño, etc.

-si el trabajador está de **vacaciones** y hay programadas visitas percibirá el 100% del módulo.



-en los supuestos de ventas mensuales se paga el módulo establecido.

-la venta en los puestos de venta beneficia al comercial también en periodos de **vacaciones**.

Hechos conformes:

-con carácter general perciben disponibilidad y los que tienen derecho a ello además cuando hacen la actividad que lo genera cobran otra cantidad.

-el Bonus es anual y se percibe el primer cuatrimestre a año vencido.

-se anuló parcialmente el artículo del convenio que regula el Bonus a iniciativa de CGT.

-el convenio está en ultraactividad.

Resultado y así se declaran, los siguiente

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAU, en adelante TME y sus trabajadores regulan sus relaciones por el VI convenio colectivo de empresa publicado en el BOE de 19-6-2013.

SEGUNDO .- En el art. 26 del convenio se regula el régimen de **vacaciones**. En su apartado 1 se indica: *El personal incluido en el ámbito de aplicación de este Convenio tendrá derecho anualmente a un periodo de **vacaciones** retribuidas de 25 días laborables; a estos efectos se entiende por retribución los conceptos fijos de devengo mensual.*

TERCERO .- En el capítulo X de dicho convenio se regula la estructura salarial. Su contenido se da por reproducido. La controversia se centra en tres conceptos los incentivos o bonus (incluyendo el plan de incentivo comercial) que se regula en el art. 38, las comisiones por ventas para la denominada carrera comercial que se regula en el art. 39 y el plus de disponibilidad que se regula en el art. 40.

Se transcribe a continuación el texto de esta disposiciones resaltándose en negrita los aspectos relevantes en orden a la controversia sobre la que versan estas actuaciones.

Artículo 38. Retribución variable. Incentivos .

Los trabajadores percibirán en función de los resultados de la revisión anual del desempeño, del periodo de prestación efectiva de servicios y del grado de cobertura tanto de los objetivos de negocio como de los objetivos individuales que se les asignen y al cumplimiento de los requisitos exigibles en cada caso, los incentivos de carácter anual que puedan establecerse .

Para el supuesto que como consecuencia de la revisión anual del desempeño correspondiente a la evaluación objetivos individuales, el trabajador no perciba los incentivos anuales, previa conformidad de éste, se informará al Comité Intercentros de esta situación.

Al cumplimiento del nivel de excelencia de todos los objetivos asignados estos incentivos tendrán una cuantía anual de hasta el 10 por ciento de la retribución fija de cada trabajador.

Estos incentivos se devengarán y abonarán, en su caso, dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que se refieren y para tener derecho a los mismos será condición inexcusable estar en situación de alta en la Empresa, en la fecha de su pago. A estos efectos las situaciones de baja por enfermedad, maternidad o accidente, y los permisos con o sin sueldo, se considerarán asimilados al alta.

Objetivos de negocio.

La Empresa se compromete a informar al Comité Intercentros de los indicadores por los que se mide el resultado de Telefónica España, de su ponderación y de los criterios fijados para su valoración.

Asimismo, la Empresa informará, una vez cerrado y auditado el ejercicio contable, del valor alcanzado por cada uno de los indicadores y, en su conjunto, del grado de cumplimiento sobre objetivos resultante.

Igualmente, la Empresa se compromete, al cierre de cada trimestre del año, una vez hechos públicos los resultados de cada periodo, a trasladar a la Representación de los Trabajadores los resultados obtenidos por cada indicador, en aquellos en que hubieran datos publicados, y el grado de cumplimiento del resultado de Telefónica España de acuerdo con el siguiente criterio, sin que se especifique el porcentaje de cobertura presupuestaria:

Grado cumplimiento de objetivos

**0% a 50% De 50% a 100% Máx. 125%**

No cumplimiento. Cumplimiento. Sobrecumplimiento.

Carreras profesionales.

Los empleados adscritos a las carreras de gestión de proyecto (consultores P1, P2 y P3), Jefes de Producto y Comercialización en los niveles 1 y 2 y la de Jefes de Proyecto y Desarrollo de Servicios de niveles 1 y 2, mantendrán durante la vigencia de esta Prórroga los porcentajes de incentivos que tengan asignado en su carrera en función de su nivel profesional.

Artículo 39. Carrera Comercial.

La Carrera Comercial tiene como objetivo principal potenciar la profesionalidad de los empleados dedicados a las actividades de venta, definiendo un marco de carrera profesional, que permita situar al cliente en el centro de nuestros procesos para dar respuesta a sus necesidades para obtener las máximas cuotas de satisfacción por la calidad de nuestros servicios e impulsar el crecimiento del Negocio.

Este modelo nos debe permitir potenciar el impulso comercial que necesita la Compañía, incrementando la visión comercial de toda la Organización para conseguir una red de ventas más efectiva y eficiente que nos permita el desarrollo de una evolución ágil y eficaz de los modelos comerciales orientados a la mejora constante de la atención al cliente.

Descripción del modelo de carrera comercial.

Están integrados en el modelo de carrera comercial los profesionales que realizan actividades relacionadas con la venta de productos y servicios a los clientes.

Dentro de la misma se distinguen las siguientes modalidades de venta a los clientes:

Venta presencial: que exige relación inmediata, cercana y continúa con el cliente

Venta indirecta que se realiza a través de los distintos canales o tiendas de distribución.

En este modelo están integrados los Segmentos de Canal Indirecto, Negocio Tráfico Telefónico (en adelante NTT), Empresas y Grandes Cuentas.

Puestos y niveles de desarrollo en carrera comercial.

En este modelo se distinguen dos puestos diferenciados (Responsable de Ventas 2 y Responsable de Ventas 3) en función de las diferentes palancas que se determinen según la segmentación y modalidad de atención; y niveles asociados al desempeño del comercial (base, senior y máster).

Cada uno de los niveles de desarrollo tiene asociado una gratificación funcional, de carácter fijo y no sujeto a revalorización, que se percibe mensualmente en 14 pagas, cuyas cantidades durante la vigencia de este convenio serán las siguientes:

Comercial Venta:

Responsable Ventas 2 (Canal Indirecto): Integrado por 3 niveles de desarrollo:

Base: 1.800 euros. Esta cantidad es un anticipo a cuenta del módulo del incentivo (PIC).

Senior: 2.592 euros.

Máster: 3.110 euros.

Responsable Ventas 3 (Empresas y NTT): Integrado por 4 niveles de desarrollo:

Entrada: 1.800 esta. Esta cantidad es un anticipo a cuenta del módulo del incentivo (PIC).

Base: 2.160 euros.

Senior: 2.800 euros.

Master: 3.350 euros.

Adscripción de los comerciales.

La adscripción al nuevo modelo se realizará de acuerdo a los siguientes criterios:

Responsable Ventas 2 (Canal Presencial indirecto): Se adscribirán los responsables de Ventas que realizan su labor en el segmento de canal Presencial indirecto.



Responsable Ventas 3 (Empresas y NTT): Los comerciales que ya forman parte de la carrera comercial se adscribirán a cada nivel de forma automática, de acuerdo con el siguiente esquema de puestos:

Nivel de entrada: Con carácter general se adscriben los actuales comerciales P1 del segmento de Empresas.

Nivel base: Se adscribirán automáticamente a este nivel los actuales P1 del Segmento de Empresas (Mediana) que durante los cuatro semestres, de los dos últimos ejercicios, hayan obtenido un grado de cumplimiento de objetivos (PIC) igual o superior al 100%.

A partir de 2014 el pase al nivel base de RV3 será anual y los objetivos que se consulten para hacer la promoción automática se realizarán con un cumplimiento del 100% en todos los periodos del último ejercicio.

Nivel Senior: Se adscriben a este nivel los actuales P2 de los dos Segmentos.

Nivel Master: Se adscriben los actuales P3.

Las nuevas incorporaciones a responsables de ventas 3 se adscribirán al nivel de desarrollo de Entrada.

Plan Incentivo comercial (PIC).

La retribución variable de los profesionales de las Áreas Comerciales adscritos a Carrera Comercial vendrá determinada por las condiciones y requisitos de los Planes de Incentivos Comerciales, con los módulos de retribución que en el mismo se establezcan para los diferentes niveles de puesto de trabajo.

Para los empleados que se adscriban a la carrera comercial se unifica en un único concepto la retribución variable, formada por la base de comisiones sobre ventas y el porcentaje de retribución variable, pasando a gestionarse toda la retribución variable por el plan de incentivos comercial correspondiente .

Desarrollo de Carrera Comercial.

Para conseguir los objetivos de evolución y crecimiento profesional, es necesario partir de las siguientes premisas:

Existencia de vacantes en los diferentes niveles de la carrera (por crecimiento y/o derivado de la gestión de las involuciones por no cumplimiento de los objetivos previstos en los PIC durante un periodo de 12 meses)

Cumplimiento del Nivel Competencial requerido para la posición (Puesto/Nivel)

Cumplimiento de Objetivos en el último año.

Consolidación de 2 años en el nivel para poder evolucionar dentro del mismo Segmento, con la excepción de los RV3 Base expuesta en el punto 2.1.

Consolidación, con carácter general, de un mínimo de 3 años para cambiar de Segmento.

Para todos los profesionales adscritos a la carrera comercial, se realizará anualmente una evaluación de resultados y competencias, teniendo en cuenta el cumplimiento de objetivos, el perfil de competencias y la realización de los planes de formación asignados. El resultado de dicha evaluación, del que se informará a cada uno de los afectados, se utilizará para asignar acciones de desarrollo de acuerdo con los módulos de la Carrera Comercial y para determinar aquellos empleados que reúnen los requisitos adecuados para ocupar un puesto en el siguiente nivel de la carrera comercial.

La Comisión de Grupos Profesionales dispondrá con carácter previo de la información con los criterios que se van a tener en cuenta en el proceso de evaluación así como de los resultados del proceso.

La no consecución de los objetivos comerciales asignados al comercial durante un ejercicio, determinará el encuadramiento del profesional en un nivel inferior de la Carrera Comercial.

Artículo 40. Disponibilidad.

Para la atención del servicio, el personal que preste sus servicios en Unidades que requieran un mantenimiento u operación permanente podrá ser requerido con carácter obligatorio, con el fin de estar disponible en los casos en que el servicio así lo requiera.

Por cada módulo de ocho horas de disponibilidad, los trabajadores percibirán durante la vigencia del presente convenio, la compensación de 33,7 euros.

Asimismo, por actuación realizada hasta un máximo de tres, los trabajadores percibirán una compensación de 13.20 euros.

En caso de ser requerido para intervenir, estas cantidades compensarán el tiempo de desplazamiento y de trabajo efectivo que se realice con este motivo.



A los efectos previstos en este artículo se entiende por actuación:

La solicitud realizada desde la unidad correspondiente por un responsable identificado.

La situación de emergencia en el servicio.

La solicitud realizada por demanda jerárquica.

Se considerará una actuación doble:

Cuando su duración sea superior a cuatro horas.

Cuando supere el fin del módulo de disponibilidad en más de dos horas.

Esta regulación de complementos de disponibilidad tendrá efectividad a partir del día 1 del mes siguiente al de firma de este Convenio colectivo.

CUARTO .- Sobre el abono de estos conceptos retributivos en **vacaciones** se trata en las reuniones de la Comisión de Negociación Permanente del Convenio de 25-9-14, 8-10-14 y 17-12-14, indicándose finalmente en ésta última por parte de TME que:

*En cuanto al Plus de disponibilidad y los Planes de Incentivos Comerciales la Sra. Vicenta señala que la Empresa mantiene la misma postura que en la reunión anterior respecto a la no inclusión como devengos circunstanciales de **vacaciones** .*

El plus de disponibilidad compensa la actividad del trabajador, fuera de la jornada normal de trabajo. Por ello está compensando circunstancias extraordinarias, ajenas a las que producen dentro de la jornada normal de trabajo.

*En cuanto a los Incentivos Comerciales, están constituidos por módulos de consecución de objetivos anuales y además el devengo de la gratificación asociada al puesto de comercial de carrera comercial se abona al empleado en 12 meses, por ello consideramos no se produce un menoscabo retributivo para el empleado en el mes de **vacaciones**.*

Sin perjuicio de señalado, la empresa está en disposición de abordar esta cuestión en la próxima negociación colectiva.

QUINTO .- El jefe de cada unidad en la que se realicen trabajos que requieran mantenimiento o atención permanentes, elabora un cuadro teórico anual de asignación de días de disponibilidad equilibrado para el total de trabajadores adscritos a esta tarea. No obstante se producen alteraciones en las fecha e incluso se permiten intercambios entre ellos.

SEXTO .- Este Tribunal dictó sentencia el 8-4-14 autos 34/14 en cuyo fallo se disponía que:

Estimamos parcialmente la demanda y anulamos del párrafo cuarto del art. 38 del VI Convenio la exigencia de alta en el momento del cobro para el abono de los incentivos y condenamos a TELEFÓNICA MÓVILES, SAU, UGT, CCOO y STC-TME a estar y pasar por dicha nulidad parcial, absolviéndoles de los restantes pedimentos de la demanda.

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 a 3º: conforme el contenido del VI convenio colectivo de TME

- hecho 4º: de acuerdo con las actas de las citadas reuniones que obran a los descriptores 35 a 37

- hecho 5º: por el testimonio del Sr. Cecilio propuesto por TME que explica cómo se organizan las disponibilidades

- hecho 6º: conforme el contenido de la citada sentencia conocida por las partes que actuaron también en ese litigio.

TERCERO .- Alega TME inadecuación de procedimiento con relación a los pluses de disponibilidad de comisiones por ventas sosteniendo que no se trata de cuestiones que puedan homogeneizarse ya que el



plus de disponibilidad pueden no percibirlo los trabajadores si ceden el trabajo en tales condiciones a otros compañeros y tampoco se presta el servicio en tales condiciones de forma regular; en cuanto a las comisiones por ventas indica que existen parámetros diferenciados por territorios y por tanto no son conceptos comunes para todos los posibles afectados.

Confunde la demandada los presupuestos procesales que exige el art. 153.1 LRJS que identifican la modalidad procesal de conflictos colectivos, a saber que estemos en presencia de una controversia que afecte a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, con los que pudieran dar lugar al reconocimiento individualizado de alguno de estos derechos.

La pretensión articulada consiste en que se declare con carácter general que el colectivo o colectivo de trabajadores que perciben los complementos en cuestión, los referidos en los arts. 38 a 40 del convenio, han de percibir en sus **vacaciones** una remuneración que los incluya en su promedio anual.

Tal pretensión colma los requisitos procesales del 153.1 LRJS, sin perjuicio de que alguno o algunos de los trabajadores de dichos colectivos, no tenga en concreto derecho a percibir cantidad alguna porque ya cobró en **vacaciones** una remuneración que incluía esos conceptos en su promedio anual o la cantidad que deba percibir sea menor en proporción al tiempo de trabajo vinculado al cumplimiento de los requisitos que dan acceso al percibo de cada uno de dichos complementos. Todas estas controversias, como de nuevo se recalcará al analizar el fondo del asunto, deberán dilucidarse en procesos individuales en los que lo que aquí se resuelva servirá de bóveda aplicativa e interpretativa global de estos derechos, pero nada tiene que ver con la adecuación al ordenamiento de la modalidad procesal correctamente elegida .

CUARTO .- La posible inadecuación de procedimiento podría suscitarse desde otra perspectiva, que aún no planteada por la partes, si debe despejar el Tribunal.

La pretensión tal como se articula y atendiendo al contenido propio del art. 26 del convenio, no consistiría en la interpretación de esta norma convencional, sino en su validación respecto de normas legales de preceptiva y preeminente aplicación, art. 7 del convenio 132 OIT , art. 40.2 CE , art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con valor jurídico de Tratado y art. 7 de la Directiva 2003/88 , por lo que hubiera sido procesalmente más correcto suscitar la controversia a través de la modalidad de impugnación de convenios del art. 163 y sig. LRJS :

Sin embargo el defecto apuntado no desmerece el enjuiciamiento sobre el fondo del asunto desde el momento en que el art. 163.4 LRJS permite en estos supuestos la utilización de la vía del conflicto colectivo cuando señala: *La falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho*

QUINTO .- Se alega respecto de los incentivos o bonus del art. 38 del convenio que concurre cosa juzgada , arts. 222 y 400 LEC , y en relación a la SAN de 8-4-14 autos 34/2014.

La cuestión procesal se rechaza por la sencilla razón de que en dicha sentencia lo que se pretendía era declarar la ilegalidad del art. 38 y así se estableció en lo relativo a la exigencia de encontrarse de alta en la empresa para el percibo del bonus, mientras que lo que aquí se pretende es que la cuantía de lo percibido en concepto de bonus o incentivos se abone en **vacaciones**, lo que traslada el debate a la esfera del art. 26 del convenio que regula este derecho al descanso, cuestión en todo ajena a la resuelta en la SAN precedente.

SEXTO .- 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 .

SÉPTIMO .- Con fundamento en este elenco normativo este Tribunal ha tenido tres recientes oportunidades para resolver la remuneración que debe integrar las **vacaciones**, las sentencias de 21-7-14 autos 128/14 y de 17-9-14 autos 194/14 y de 11-12- 14 proc. 268/14.

A.- En la primera de ellas y con la intención de establecer un marco general para la solución de este tipo de controversias, con cita de la doctrina del TJUE, se dijo lo siguiente:

"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 ésa 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 "

Y en esa misma sentencia, entrando ya en la determinación de las partidas retributivas que debían abonarse en periodo vacacional se indicaba:

*"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."*

Y para luego resaltar de nuevo la sentencia Robinson Steele que en su parte dispositiva precisaba 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."*

B.- Mas adelante este Tribunal en la sentencia de 17-9-14 tuvo la oportunidad de referirse a la existencia de una consolidada jurisprudencia nacional (STS de 26-7- 10 rec 199/09 , 3-10-07 rec 2083/06 o 6-3-12 rec 80/11) sosteniendo la primacía de la regulación convencional de las retribuciones en **vacaciones**, validando así cláusulas de convenio que respetando las normas de derecho necesario, fijaran que la remuneración en **vacaciones** sólo comprendía los complementos salariales así pactados, lo que vendría en el caso que se juzga a validar los límites propuestos por el art. 50 del convenio de **contact center**.

Y, esta nueva SAN teniendo en cuenta que:

- La fundamentación de las conclusiones expuestas (apartado 22 sentencia **Lock**), es que la exclusión de las comisiones del período de **vacaciones**, como señaló el Abogado General en el punto 34 de sus conclusiones, puede engendrar un efecto disuasorio del disfrute de las **vacaciones**, que es precisamente lo que quiere evitar el art. 7 de la Directiva examinada.

- La sentencia del TJUE 22-05-2014, C-139/12 establece de modo rotundo en su parte dispositiva que cualquier disposición o práctica nacional, que excluya las comisiones de la retribución de las **vacaciones** se opone al art. 7.1 de la Directiva reiterada. - Dicha conclusión es extensible a cualquier otra retribución variable correspondiente a la jornada ordinaria, puesto que el derecho a **vacaciones** anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de **vacaciones** constituyen dos vertientes de un único derecho, en tanto en cuanto 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 (sentencias Robinson-Steele y otros, EU: C- 2006/177, apartado 58 y Schultz-Hoff y otros, EU: C-2009, 18, apartado 60 y **Lock** C-539/12, apartado 17).

Fijó las siguientes conclusiones:

*Llegados aquí, debemos despejar si un convenio colectivo, subsumible necesariamente entre las disposiciones y prácticas nacionales, a tenor con lo dispuesto en el art. 3.1.b ET , puede, sin vulnerar lo dispuesto en el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE , excluir retribuciones variables devengadas durante la jornada ordinaria, a lo que anticipamos desde ahora una respuesta negativa. - Nuestra respuesta ha de ser necesariamente negativa, por cuanto el precepto comunitario, interpretado por el TJUE en los términos ya expuestos, ha de prevalecer necesariamente en virtud del principio de supremacía del derecho comunitario frente a las legislaciones o prácticas nacionales que lo contradigan y la sentencia TJUE 22-05-2014, C-539/12 no deja lugar a dudas sobre esa cuestión, cuando dispone que ninguna disposición o práctica nacional puede excluir las comisiones de la retribución de las **vacaciones**, lo cual ha de extenderse necesariamente a cualquier otra retribución variable que se devengue en jornada ordinaria.*

Así pues, si un convenio colectivo se opone a lo dispuesto en el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE , en los términos establecidos por la jurisprudencia comunitaria ya expuestos anteriormente, debe prevalecer lo dispuesto en el artículo mencionado, según la interpretación exigida por TJUE 22-05-2014, C-539/12 , sobre el convenio colectivo, que ha de subsumirse necesariamente entre las disposiciones y prácticas nacionales, a tenor con lo dispuesto en el art. 3.1.b ET .

Todas estas argumentaciones son plenamente extrapolables al caso que ahora se juzga y conducen a la estimación de las demandas acumuladas.

OCTAVO .- Tal como se acaba de precisar al contestar a la cuestión relativa a la inadecuación de procedimiento, lo que pretenden los demandantes es una manifestación judicial que declare que durante las **vacaciones** los trabajadores incluidos en el ámbito del conflicto, tiene derecho a que su remuneración se vea completada, además de por los conceptos retributivos ya perciben en aplicación del art. 26 del convenio, con el promedio anual que reciben (obvio es que los que lo reciban y en la cuantía que cada uno reciba) por los complementos salariales de los arts. 38 a 40 del convenio.

Frente a ello TME esgrime dos argumentos básicos:

- que con relación a los complementos de los arts. 38 y 39 ya los están percibiendo y por tanto durante **vacaciones** los trabajadores sufren perjuicio retributivo alguno
- que con relación al plus de disponibilidad se trata de un complemento ocasional, es una actividad extraordinaria que algunos trabajadores no realizan y que incluso pueden cederse entre compañeros.

Pues bien que los trabajadores ya estén percibiendo en sus **vacaciones** el promedio anual de lo que reciben por los complementos de los arts. 38 y 39, es una cuestión, como de la propia prueba que TME aporta (nóminas de diversos trabajadores) se infiere, que deberá ser objeto de análisis en procedimientos individuales en los que, partiendo de la premisa despejada por esta sentencia de conflicto atendiendo a lo que en ella se pide, se verifique en cada caso si efectivamente las **vacaciones** están siendo bien remuneradas o no lo están.

Por consiguiente este argumento obstativo desplegado por TME deviene irrelevante para la solución del presente conflicto sin perjuicio de su relevancia para analizar a nivel individualizado el cumplimiento del derecho a la remuneración completa durante **vacaciones** que es lo que ahora debe resolverse.

Y con relación al plus de disponibilidad, el testimonio del D. Cecilio , propuesto por la propia TME unido al propio contenido del art. 40 de convenio donde este plus se regula, esclarece que:

- trabajar en régimen de disponibilidad es obligatorio en las unidades que así lo requieran por la naturaleza de la actividad que en ellas se desempeña
- el jefe de la unidad es quien diseña el calendario de disponibilidades de forma equitativa entre los trabajadores obligados

Por lo tanto no cabe admitir que este trabajo resulte esporádico ni extraordinario, por lo que desde esta perspectiva no existe razón alguna que apoye el argumento obstativo empresarial. Y tampoco lo es el hecho de que en alguna ocasión no se realicen las disponibilidades o estas se transfieran de un trabajador a otro, cuestión que resultara relevante para fijar su valor promedio anual, pero no para negar su percibo en estos términos en **vacaciones**.

En conclusión, rechazadas las causas de oposición a la demanda ésta debe ser estimada.



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

FALLAMOS

Previo rechazo de las cuestiones procesales relativas a inadecuación de procedimiento y cosa juzgada, estimamos las demandas acumuladas de los sindicatos CCOO y UGT a las que se adhirió el sindicato CGT y declaramos que los trabajadores de TELEFÓNICA MÓVILES SAU que perciben los complementos retributivos establecidos en los arts. 38, 39 y 40 del VI convenio colectivo, tienen derecho a percibir en la retribución de las **vacaciones** la remuneración normal o media anual que por dichos complementos obtienen. Y condenamos a la demandada a estar y pasar por esta declaración 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 0018 15; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0018 15, 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 del 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.