



Roj: **SAN 2468/2016 - ECLI:ES:AN:2016:2468**

Id Cendoj: **28079240012016100109**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/06/2016**

Nº de Recurso: **145/2016**

Nº de Resolución: **112/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2468/2016,**
STS 4807/2017

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00112/2016

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Secretaría D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA N^o: 112/2016

Fecha de Juicio: 21/06/2016

Fecha Sentencia: 23/06/2016

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000145 /2016

Proc. Acumulados:

Ponente: D. RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F), FEDERACION DE INDUSTRIA Y TRABAJADORES AGRARIOS DE LA UGT (FITAG-UGT), FEDERACION AGROALIMENTARIA DE CC.OO

Demandado/s: ALTADIS, S.A., TABACALERA, S.L.U.

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia: *La SSAN acoge la demanda postulada por UGT, CCOO Y CSI-F frente a ALTADIS y Tabacalera al considerar que para el cálculo de la cantidad que en concepto de incentivo de ventas debe percibirse en vacaciones debe estarse al promedio de lo devengado por tal concepto en los 12 últimos meses efectivamente trabajados, sin que puedan computarse los meses en que no se trabajó bien por IT, bien por las causas expuestas en los art. 48.4 y 48.bis del ET (texto refundido del 1995), por resultar la interpretación que resulta conforme al Derecho de la UE. Previamente se desestima la excepción de inadecuación de procedimiento por encontrarnos ante un conflicto colectivo interpretativo y no de regulación.*

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

**GOYA 14 (MADRID)**T fno: **914007258****BLM**

NIG: 28079 24 4 2016 0000156

ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000145 /2016

Ponente Ilmo. Sr. D. RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 112/2016

ILMO. SR.PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS:

D^a. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a veintitrés de Junio de dos mil dieciséis.

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 num. DEMANDA 145/2016 seguido por demanda de UGT (letrada Sra. Gómez Gil), CCOO (letrado Sr. Zumalacarrengui Pita) y CSI-F (letrado Sr. Poves Rojas) contra sobre CONFLICTO COLECTIVO frente a ALTADIS, S.A., TABACALERA, S.L.U. (letrado Sr. Camarero Sigüenza), ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D RAMÓN GALLO LLANOS que expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 12 de mayo de 2016 se presentó demanda en nombre y representación de UGT, CCOO y CSI-F sobre conflicto colectivo.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda bajo el número 145/2.016 y designó ponente señalándose el día 21 de junio de 2016 para los actos de conciliación y, en su caso, juicio.

Tercero.- Los actos de conciliación y juicio, tuvieron lugar el día previsto para su celebración, y resultando la conciliación sin avenencia, se inició el acto del juicio en el que:

- los letrados de los sindicatos actores se afirmaron y ratificaron en su demanda conjunta solicitando se dictase sentencia en la que se declare que para calcular el incentivo de ventas a percibir en el periodo de vacaciones debe de tenerse en cuenta la media del incentivo percibido en los doce meses anteriores trabajados, excluyendo los meses en que se haya estado en situación de incapacidad laboral o suspensión de contrato prevista en el artículo 48.4 y 48 bis del Estatuto de los Trabajadores . Se argumentó que esa es la interpretación que debía efectuarse del art. 28.4 del Convenio de empresa, a raíz de las Ss dictadas por el TJUE, por esta Sala de lo Social y recientemente por el TS en fecha 8-6-2.016 , interpretando el art. 7 del Convenio 132 de la OIT en relación con el art. 7 de la Directiva 2003/88 de ordenación de determinados aspectos del tiempo de trabajo, pues mantener la interpretación que hasta la fecha se ha efectuado de los anteriores preceptos infringiría tal doctrina.

- el letrado de las codemandas se opuso a las demandas deducidas, excepcionado, en primer lugar, la inadecuación de procedimiento por encontrarnos ante un conflicto de intereses o de regulación y no ante un conflicto jurídico, puesto que se postulaba la modificación de la regulación de la retribución del incentivo durante las vacaciones, en cuanto al fondo del asunto se argumentó que a la hora de interpretar el art. 28 que habla al promedio de la retribución percibida en concepto de incentivo en los doce meses anteriores al inicio de las mismas, en los supuestos de suspensión del contrato por IT, maternidad o paternidad, debían ser tenidos en cuenta los doce meses naturales anteriores al inicio de las vacaciones, se haya trabajado o no,



como siempre ha sostenido la empresa, haciendo referencia así mismo a la regulación convencional del plus de asistencia y de nocturnidad y su percepción en el periodo vacacional.

Tras contestarse la excepción, a cuya estimación se opusieron los actores, se acordó el recibimiento del juicio a prueba proponiéndose y practicándose la documental, tras lo cual las partes elevaron a definitivas sus conclusiones, que dando los autos vistos y conclusos para el dictado de sentencia.

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

Hechos controvertidos:- Afecta a trabajadores en IT que estén al menos un mes de baja en el año anterior.- Las RLT vienen percibiendo incentivos en función del periodo efectivamente trabajado en el periodo anterior.- Hay otros dos complementos por asistencia al trabajo y nocturnidad que se retribuyen en función del tiempo efectivamente trabajado y en el de incentivos por asistencia al trabajo en vacaciones se retribuye el 50%.

Hechos conformes:- la variable de los comerciales se percibe por objetivos en cuantía máxima de 10.527,02 €, se abonan mensualmente y por desempeño en cuantía máxima de 1691, 25 € para el periodo 2015-2016.

Quinto .- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las formalidades legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- UGT, CCOO y CSI-F tienen implantación suficiente en el ámbito de la empresa demandada, siendo su ámbito de actuación, más amplio que el del conflicto.

SEGUNDO.- El presente conflicto afecta a los trabajadores comerciales que prestan servicios en todo su ámbito nacional, cuyas condiciones laborales se regulan por el convenio colectivo de empresa publicado en el BOE de 27 de junio de 2012.

TERCERO.- El artículo 28.4.1.c) del C.C se dedica regular el «Complementos de Calidad y Cantidad de Trabajo. Incentivo de Ventas. Regulación de la Percepción de Incentivos.

La empresa viene interpretando el dicho precepto en el sentido de que para el cálculo de la cantidad que en concepto de retribución por incentivos deben percibir los trabajadores que en los doce meses anteriores al inicio de las vacaciones han causado baja por IT, o en causa se suspensión de contrato con arreglo a los previsto en los arts. 48 y 48.4 E.T , debe estarse al promedio percibido en los 12 meses anteriores al inicio de las vacaciones con independencia de que hayan sido prestados servicios o no.

CUARTO.- Se promovió acto de mediación ante el SIMA, extendiéndose el día 11 de mayo de 2016 acta de desacuerdo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso 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, Reguladora de la Jurisdicción Social* .

SEGUNDO .- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , la redacción de la resultancia fáctica de la presente resolución descansa en hechos conformes..

En cuanto al ámbito de afectación, cuestión que se cuestionó en el acto de la vista, se ha tenido en cuenta el colectivo potencialmente afectado, que no es otro que aquel que presta servicios como vendedor, que, en consecuencia cobra incentivos y que potencialmente puede cursar baja por IT, o tiene su contrato en suspenso por las causas previstas en el art. 48.4 y 4 bis del ET - debemos enterlo referido a las contempladas en el anterior texto refundido RDLeg. 1/1.995- y en los doce meses siguientes al alta disfrute de vacaciones.

TERCERO.- Como se ha esbozado en los antecedentes fácticos de la presente resolución por las tres organizaciones sindicales que accionan conjuntamente se pretende que se declare para calcular el incentivo de ventas a percibir en el periodo de vacaciones debe de tenerse en cuenta la media del incentivo percibido en los doce meses anteriores trabajados, excluyendo los meses en que se haya estado en situación de incapacidad laboral o suspensión de contrato prevista en el artículo 48.4 y 48 bis del Estatuto de los Trabajadores , pues se considera que dicha conclusión es la que debe alcanzarse efectuando una interpretación del art. 28.4 del Convenio colectivo de empresa con arreglo a la Doctrina del TJUE, que ha provocado una rectificación de la doctrina que al respecto venía manteniendo el TS, a raíz de las Ss.TS de 8 de junio de 2016 .



Por la representación de las demandas se exceptiona la inadecuación de procedimiento por cuanto que se señala que lo que se pretende por las partes es variar el contenido del Convenio Colectivo, pues la redacción del art. 28.4 c) del convenio colectivo no da lugar a otra interpretación que la que hasta el momento ha venido manteniendo la empresa y es que en orden al percibo del incentivo de ventas se debe tener en cuenta el promedio de las percibidas en los doce meses anteriores al inicio de las vacaciones con independencia de que durante todos o parte de dichos meses se haya trabajado o no.

En cuanto al fondo, se viene a sostener que la práctica que se viene manteniendo es la que se deduce de la interpretación literal del Convenio, alegando que el plus de asistencia en vacaciones y con arreglo al Convenio se percibe en un 50 por ciento y que el plus de nocturnidad se percibe durante el periodo vacacional con arreglo al promedio de lo percibido desde el 1.º de enero de cada año hasta la fecha en que se inicien las vacaciones

CUARTO.- Se desestimará la excepción formulada con carácter procesal, puesto que nos encontramos ante un conflicto jurídico o interpretativo y no ante un conflicto de intereses o de regulación como se sostiene por las demandadas.

A la hora de determinar el objeto de la modalidad procesal de conflicto colectivo el art. 153 de la LRJS se refiere a aquellas controversias que afecten a un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la interpretación o aplicación de una ley, convenio colectivo...."

En nuestro caso, por las organizaciones actoras no se pretende modificar el orden normativo que regula las relaciones entre las partes, sino que se considera que la interpretación que se viene efectuando por la patronal de las normas del Convenio que regulan la percepción del incentivo por ventas durante las vacaciones resulta contraria a la doctrina que al respecto ha venido manteniendo el TJUE al interpretar el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE en relación con el art. 7 del Convenio 132 OIT, sin que en modo alguno se solicite modificación alguna del marco normativo existente. Cuestión distinta es que la interpretación literal o la que se deduzca de una práctica empresarial consolidada y consentida, por las partes, puedan ser tenidos como criterios hermenéuticos válidos.

QUINTO .- El art. 38 ET establece que el período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a 30 días naturales, no concretando, por consiguiente, que conceptos deben integrar dicha remuneración, por lo que la jurisprudencia ha venido resolviendo en los distintos supuestos que se han planteado, qué conceptos retributivos deben integrar la remuneración de las vacaciones.

Así, en STS 26-07-2010 , que confirmó SAN 9-10-2009 , ha sintetizado su posición sobre qué conceptos retributivos deben integrar la remuneración de las vacaciones anuales en los términos siguientes:

"1.-El Convenio núm. 132 de la OIT (de fecha 29-junio-1970), sobre" vacaciones anuales pagadas", fue ratificado por España mediante Instrumento de fecha 16- junio-1974 (BOE 5-julio-1974); siendo sus arts. 1 y 7.1 los preceptos que más incidencia han tenido en nuestra jurisprudencia en el tema de la retribución de las vacaciones.

2.- En el art. 1 se establece que" La legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país"; y se dispone su art. 7.1 que todo trabajador durante las vacaciones percibirá" por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado".

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

4.- Efectuando un análisis sistemático de la jurisprudencia social, la STS/IV 25-abril-2006 (rcud 16/2005) señala que el art. 7.1 del Convenio núm. 132 de la OIT, en relación con su art. 1," ha sido interpretado reiteradamente por esta Sala en el sentido de que el convenio colectivo puede apartarse de tal regla de remuneración normal o media, en virtud de la fuerza vinculante de los convenios colectivos que proclama el art. 37-1 de la Constitución , con base en el respeto y aplicación del principio de autonomía colectiva"; recogiendo, a modo de conclusiones, las sentadas en la STS/IV 21-enero-1992 (rcud 792/1991) en la que



se establecen señalando que: " 1º.- La norma del art. 7.1 del convenio de la OIT número 132 de retribución de las vacaciones con arreglo a la 'remuneración normal o media' es la regla general sobre los conceptos retributivos computables en la misma; 2º.- El convenio colectivo tiene como función típica en esta materia de retribución de vacaciones la precisión o especificación de los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones, complementando la regla general de la remuneración normal o media; 3º.- El convenio colectivo puede apartarse de tal regla de remuneración normal o media del período de vacaciones, siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario".

5.- Continúa recordando la citada STS/IV 25-abril-2006 que " La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1991 (rec. núm. 667/91) manifestó: Según establece el Convenio núm. 132 de la OIT... habrá de percibir todo trabajador en concepto de retribución vacacional 'por lo menos su remuneración normal o media' (inciso inicial del art. 7.1), lo que ha de entenderse como el promedio de la totalidad de emolumentos que corresponden a la jornada ordinaria. Establece asimismo dicha norma a continuación art. 7.º In fine) que tal remuneración 'habrá de ser calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado' art. 7.º In fine)". Añade que "... la sentencia de 30 de septiembre de 1992 (rec. núm. 465/92) precisó que el art. 7.º del Convenio de la OIT núm. 132, al establecer que durante las vacaciones percibirá el trabajador 'por lo menos su remuneración normal o media calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el Organismo apropiado' puesto en relación con el art. 1.º del mismo Convenio que dispone que la legislación dará efecto a las disposiciones del citado convenio núm. 132, en la medida en que esto o se haga por medio de convenios colectivos, lo que lleva, conforme mandato del art. 5.1 de la LOPJ ha de interpretarse conforme a los principios constitucionales y atendiendo a la fuerza vinculante de la contratación colectiva, recogida como fuente en el art. 3.º ET ". Concluyendo que " Esta doctrina ha sido reiterada por otras muchas sentencias de esta Sala, entre las que podemos mencionar las de 6 de noviembre de 1992 (rec. núm. 2295/91), 29 de diciembre de 1992 (rec. núm. 1623/91), 22 de septiembre de 1995 (rec. núm. 1348/94), y 14 de junio de 1996 (rec. núm. 1339/95), entre otras. Manteniéndose en la actualidad doctrina similar en las sentencias de 16 de diciembre del 2005 (rec. núm. 4790/2004), 29 de diciembre del 2005 (rec. núm. 764/2005) y 14 de marzo del 2006 (rec. núm. 998/2005)".

6.- En interpretación del concepto de " remuneración normal o media" incluido en el art. 7 del Convenio 132 OIT y sobre la problemática de sí debe computarse la integridad o el promedio de las remuneraciones extraordinarias, la STS/IV 21-octubre- 1994 (rcud 3149/1993) entendió que " el art. 7 del Convenio 132 de la OIT... dispone... que se 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.... El recurso estima que remuneración normal es sólo la que se percibe habitualmente, y como todos los complementos, que la sentencia estima computables aunque se refieren a la jornada normal, remuneran alguna circunstancia excepcional, no deben ser computados a tenor del precepto transcrito. Sin duda, la expresión remuneración normal o media que emplea el precepto, objeto del recurso, tiene un carácter no preciso y es de índole, más bien orientativa. Esta Sala, en sus sentencias de 20 de diciembre de 1991 , 13 de marzo de 1992 , y 20 de enero de 1993 , tiene declarado que la retribución de las 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. Esta interpretación hace justicia a la expresión empleada en el transcrito párrafo primero del artículo séptimo que se remite a remuneración normal y media, lo que indica que remuneraciones extraordinarias del trabajo realizado en la jornada normal han de computarse en su promedio, y no en su integridad, como es obvio".

7.- Idéntica doctrina interpretativa se había seguido respecto al denominando el " complemento de atención continuada" del personal estatutario, entendiéndose que debía repercutirse en la paga de vacaciones. Así en la STS/IV 27-enero-2004 (rcud 3574/2002) se razona que " Dicha cuestión también ha sido unificada por esta Sala en sentencias de 8-4-03 (rec. 2090/02), 15-4- 03 (rec. 2626/02) y 22-7-03 (rec. 3461/02). La última de éstas... añade que como se encarga de puntualizar la sentencia de 18 de marzo de 2003 , el supuesto de los días de vacaciones es distinto y, como se verá a continuación, está regulado de manera diferente. El art. 110 del Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo de la Seguridad Social (OM 26-4-1973) ordena que durante las vacaciones los empleados comprendidos en su campo de aplicación percibirán íntegramente los emolumentos que le correspondan normalmente por todos los conceptos que tengan reconocidos. Deben considerarse emolumentos normales del trabajador los que se abonan por la prestación de sus servicios en el horario de trabajo habitual. Ello supone la inclusión en el caso del complemento de atención continuada, que constituye en las circunstancias concretas de la prestación de servicios del actor una percepción regular. Esta solución es, además, plenamente conforme con lo dispuesto en el art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT



(ratificado por España 30 de junio de 1972), que obliga en principio a calcular la retribución a percibir durante el período de vacaciones de acuerdo por lo menos con la remuneración normal o media". En el mismo sentido se había pronunciado también la STS/IV 30-septiembre-2003 (rcud 2824/2002).

8.- En cuanto a los conceptos no computables a efectos de determinar la remuneración de las vacaciones, la STS/IV 4-noviembre-1994 se excluye el denominado "quebranto de moneda", previsto en un convenio colectivo de transportes por carretera, entre los conceptos salariales que deben tenerse en cuenta a efectos de fijar la retribución de vacaciones, argumentando que "El quebranto de moneda es un concepto económico de pago ordenado a compensar los riesgos y, en su caso, perjuicios derivados de la realización de operaciones con dinero, como pueden ser, entre otros, los errores en cobros y pagos o las pérdidas, involuntarias. No se trata, pues, de una contraprestación económica al trabajo realizado, sea considerado éste en sí mismo, sea considerado en alguno de los aspectos que pueden concurrir a los fines de su apreciación o valoración (rendimiento, penosidad, etc.). Así pues, no tiene naturaleza salarial, y es por ello por lo que la normativa sobre ordenación del salario define el quebranto de moneda como verdadera indemnización, excluyéndolo, en consecuencia, de la consideración legal del salario"; y afirmando, con invocación del Convenio 132 OIT, que "La expresada conclusión no supone tampoco infracción del Convenio 132 de la OIT. Dicho convenio, integrado ya en el ordenamiento positivo español, una vez ratificado y publicado en el «BOE» de 5 de julio de 1974 (arts. 96 CE y 1.5 CC), prescribe que todo trabajador habrá de percibir, en concepto de retribución de vacaciones «por lo menos su remuneración normal o media» (inciso inicial del art. 7.1), lo cual ha de entenderse como promedio de la totalidad de emolumentos que corresponden a la jornada ordinaria (véanse Sentencias de 1 octubre 1991 y de 21 enero 1992). La inclusión en el cómputo, por lo tanto, exige que el concepto que se cuestione, en este supuesto el quebranto de moneda, tenga carácter salarial, como retribución o contraprestación de una efectiva actividad laboral, lo que no es el caso, según se razonó anteriormente. No se infringe tampoco, por la misma razón, la jurisprudencia de la Sala, que, tratándose de la interpretación del citado convenio de la OIT, nunca ha incluido conceptos de puro carácter indemnizatorio, o en todo caso semejantes al quebranto de moneda, en las previsiones del artículo 7 , ya citado".

9.- Igualmente la jurisprudencia ha excluido en el cómputo de la retribución de las vacaciones las denominadas "dietas por desplazamiento" o las " dietas por demora" establecidas en determinados convenios colectivos, argumentando que " con independencia de la retribución de las vacaciones sobre lo que no se cuestiona, se ha de apreciar que mientras se disfruta de las mismas, no se puede considerar desplazado por cuenta de la empresa al trabajador, pues éste podrá encontrarse en el lugar que tenga por conveniente, sin que en ningún momento pueda aceptarse que se encuentre desplazado; mientras que el desplazamiento supone una salida del lugar de residencia dándose las condiciones pactadas o reglamentarias exigibles, para realizar una actividad por orden de la empresa, las vacaciones suponen un período de descanso, sobre cuyo fundamento es innecesario su recuerdo, pero que evidentemente es opuesto a la realización de trabajo alguno por cuenta de la empresa a cuyo coste se disfrutan, porque se quebrantaría el fundamento de la finalidad de las mismas. Son conceptos que se contraponen como antitéticos la existencia de desplazamiento y el disfrute de vacaciones; estando durante dicho lapso suspendida la obligación de trabajar, resulta claramente incompatible con la idea del desplazamiento, porque durante dicho tiempo, no se puede imponer residencia específica alguna al que las disfruta" (SSTS/IV 22-diciembre-1994 -rcud 1234/1994 y 2-junio-1995 -rcud 3394/1994).

10.- Cuando la forma de retribución de las vacaciones se ha establecido en la normativa aplicable o en el convenio colectivo, lo que permite el citado Convenio 132 OIT, debe estarse a la interpretación de las referidas normas. En este sentido:

a) La STS/IV 8-junio-1994 (rcud 347/1993), razonaba que el Convenio colectivo puede apartarse de la regla general de remuneración normal o media ex art. 1 Convenio 132 OIT cuando la complemente, precisando y especificando los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones, señalando que " Las dos sentencias de esta Sala que se dicen contradichas por la recurrida decidieron la no inclusión del plus de mayor dedicación en RENFE, en la retribución del período vacacional. Y ambas analizaron el recurso de casación... que el recurrente denunciaba del art. 7 del convenio de la OIT número 132, que se declaró no cometida ya que el convenio colectivo puede apartarse de aquella regla general de remuneración normal o media cuando la complemente, precisando y especificando los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones; pues el artículo 1 del propio convenio 132 remarca la preferencia que se otorga al convenio o pacto colectivo en cuanto a la regulación del derecho a las vacaciones, al preceptuar que la legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea aprobada a las condiciones del país (sentencia de 20 de diciembre de 1991 , que recuerda la de 7 de octubre anterior y que fue reiterada, entre otras muchas, por las de 21 de enero y 30 de septiembre de 1992, todas ellas dictadas en recursos seguidos con la empresa RENFE). Como también ha declarado la sentencia de esta Sala de 13 de abril de 1994 , la cuantía de las retribuciones está



establecida -al no decir otra cosa el convenio colectivo- en el art. 7 del Convenio 132 de la OIT, relativo a las vacaciones anuales pagadas. Pero en nuestro caso el Acuerdo de Regulación, que se dice infringido, contiene una ordenación sobre la materia...".

b) No contradice la anterior doctrina la STS/IV 26-enero-2007 (rcud 4284/2005), en la que se argumenta que" La cuestión planteada consiste en determinar si, para el cálculo de la retribución de las vacaciones, son computables sólo los conceptos salariales que el Convenio Colectivo dispone de entre los que el mismo regula o deben tenerse en cuenta todos los que el mismo regula y no excluye, expresamente, del cómputo para retribuir las vacaciones, así como si la solución primera es contraria al art. 7 del Convenio 132 de la OIT. La controversia debe ser resuelta en favor de la solución que da la sentencia de contraste, pues el artículo 38-1 del ET dispone que la retribución de las vacaciones será la que se haya pactado en el Convenio Colectivo y es el caso que el Convenio aplicable enumera los conceptos retributivos a tener en cuenta al efecto, lo que equivale a excluir a los que no cita. No es acogible el argumento de que se computan todos los conceptos que el Convenio no excluya expresamente, porque, al decir los que se computan, el Convenio Colectivo deja claro que la intención de los firmantes es que se tengan en cuenta esos pluses y no otros y no se debe olvidar que la intención de las partes es la principal regla interpretativa, según el art. 1.281 del Código Civil . Tal solución no viola lo dispuesto en el art. 7 del Convenio de la OIT , Convenio cuyo art. 1 ya reseña la posibilidad de que a lo establecido en él se le dé cumplimiento por medio de Contratos colectivos, pactos por los que se regulará la paga de vacaciones siempre que respeten los mínimos indisponibles de derecho necesario. Así lo ha venido entendiendo esta Sala en sus sentencias de 22 de septiembre de 1995 (Rec. 1348/94), de 29 de octubre de 1996 (Rec. 1030/96) y 9 de noviembre de 1996 , donde se ha unificado la doctrina y se ha señalado: no parece posible negar validez a las cláusulas colectivas que sustraigan de la retribución de las vacaciones complementos salariales que pudieran corresponder en una apreciación rigurosamente matemática a la remuneración normal media; el Convenio puede apartarse de la regla general siempre y cuando se respeten los mínimos de derecho necesario y que esta solución no es necesariamente incompatible, sino complementaria del Convenio 132 de la OIT".

11.- Por último, la jurisprudencia social ha determinado la forma de retribución de las vacaciones cuando no se ha fijado en el correspondiente Convenio colectivo aplicando en estos casos íntegramente el Convenio núm. 132 de la OIT. En este sentido, entre otras, cabe señalar:

a) La STS/IV 13-abril-1994 (rco 511/1993) en la que se destaca que" Se censura... la infracción... por interpretación errónea de los artículos 82 y 85 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 7 del Convenio 132 de la OIT. Su argumento... consiste en que al no incluir el artículo 18 del convenio colectivo el importe del salario vacacional, sino solamente su duración y las fechas de su disfrute, la no fijación de dicha cuantía debe correr a costa de los trabajadores, por tratarse de nuevas obligaciones no contempladas en el mismo. Esta tesis conduciría, igualmente, en definitiva, a la supresión total de la retribución del descanso por vacaciones, con olvido de que las vacaciones son, por su propia naturaleza, retribuidas (art. 40.2 Constitución y art. 38 ET). La sola fijación en el convenio colectivo de una cláusula de retribuciones para el primer año y de la revisión salarial para el segundo año de vigencia del convenio conduce a tener por estipuladas las distintas partidas salariales que corresponden a los trabajadores. La cuantía de las retribuciones está establecida -al no decir otra cosa el convenio colectivo- en el artículo 7 del Convenio 132 de la OIT, relativo a las vacaciones anuales pagadas, ratificado por España por Instrumento de 16 de junio de 1972 (BOE de 5.7.1974), según el que 1.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...), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo adecuado. 2. El monto debido en virtud del párrafo 1 deberá ser pagado a la parte empleada interesada antes de sus vacaciones, a menos que se haya previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y a dicha persona. Este precepto debe ser cumplido, según argumenta la sentencia recurrida, que no ha incurrido en las infracciones legales que se denuncian".

b) Doctrina que se reitera, entre otras, en la STS/IV 2-junio-2007 (rco 57/2006), afirmando que" en el caso que nos ocupa, el convenio (art. 28) regula únicamente los aspectos relativos a la duración de las vacaciones y el momento de su disfrute, pero nada establece sobre los conceptos retributivos que deben tomarse en cuenta ni tampoco verifica exclusión alguna. En consecuencia, ante el silencio del convenio, no cabe sino acudir a la regla general de retribuir las 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 no cabe argumentar, como hace la sentencia recurrida, que el art. 47 del Convenio se remite a los importes anuales que se recogen en las tablas salariales contenidas en el Anexo I del Convenio, deduciendo de ello que en dichas cantidades están comprendidas doce mensualidades naturales y consiguientemente la correspondiente a las vacaciones, excluyéndose respecto de esta cualquier otro complemento, pues el citado art. 47 del Convenio se refiere a los complementos de vencimiento superior al mes, esto es, las pagas extraordinarias, y no las vacaciones, que como hemos visto



se regulan en el art. 28 haciendo referencia solamente a los aspectos relativos a la duración y momento de su disfrute".

SEXTO .-La Directiva Comunitaria 2003/88/ CE ha regulado en su artículo 7.1 de la retribución de las vacaciones en los términos siguientes:

"1. 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.

2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral".

La Sala en SAN 21-07-2014, proced. 128/2014 ha examinado la incidencia del artículo citado en el régimen retributivo de las vacaciones, alcanzando las conclusiones siguientes:

"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- 5-2014 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

... 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.

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 7)."

SÉPTIMO. - A la vista de la Doctrina sostenida por el TJUE en el denominado asunto Locke- ya referido- y en la resolución posterior de 12-6-2.014 (C- 118/2013. asunto Bollacke), la Sala IV del TS en las recientes resoluciones de la Sala General de 8-6-2.016 números 496/2016- rec. 112/ 2.015 que resuelve el recurso de casación contra la SAN de 11-12-2.014 ("Convenio colectivo de Contact Center") y 497/2.016 - rec. 207/2.015 que resuelve recurso interpuesto contra la SAN 18-3-2.015 ("Telefónica Móviles"-) y ha matizado la doctrina que venía manteniendo hasta la fecha con relación a la retribución de las Vacaciones en el siguiente sentido que expresa la segunda de las resoluciones citadas:

" Por ello, si bien hasta la fecha hemos mantenido que el Convenio Colectivo puede válidamente limitar los elementos salariales de la jornada «ordinaria» que hayan de retribuirse en vacaciones, apartándose así de la «remuneración normal o media», siempre -se decía- que en cómputo anual se respetasen los mínimos indisponibles de Derecho necesario [FJ Sexto], de todas formas tal criterio ha de ser rectificado -y se rectifica por esta sentencia-, atendiendo a que tanto la doctrina del TJUE -elemento interpretativo de nuestro régimen normativo y convencional-, como el art. 7.1 Convenio 132 atienden a la «remuneración normal o media», si bien -art. 7.1 citado- «calculada en la forma» que pudiera acordar -entre otras posibilidades- la negociación colectiva.

Pues bien, aclarado ello nos parece razonable entender que aunque la fijación de esa retribución [«normal o media»] por parte de la negociación colectiva admita un comprensible grado de discrecionalidad, pues a ello indudablemente alude la expresión «calculada en la forma...» que el citado art. 7.1 del Convenio 132 utiliza, de todas las maneras la misma no puede alcanzar la distorsión del concepto -«normal o media»- hasta el punto de hacerlo irreconocible, puesto que se trata concepto jurídico indeterminado y como tal ofrece:

a).- Lo que se ha denominado «núcleo» -zona de certeza-, que parece debe integrarse, en su faceta «positiva» por los conceptos que integran la retribución «ordinaria» del trabajador individualizado, como por ejemplo, el salario base, los conceptos - complementos- debidos a «condiciones personales» del trabajador [antigüedad, titulación, idiomas...] y a circunstancias de la «actividad empresarial» [toxicidad; penosidad; peligrosidad...], que siempre son percibidos por los trabajadores individualmente considerados; y en su faceta «negativa», por términos generales, los conceptos retributivos extraordinarios [con carácter general y sin perjuicio de su excepción en singulares circunstancias, los bonus; determinados incentivos; horas extraordinarias...].

b).- El llamado «halo» -zona de duda-, que bien pudiera estar integrado por complementos atribuibles a circunstancias relativas al concreto «trabajo realizado» [esporádica nocturnidad; aislada turnicidad; las mismas horas extraordinarias, pero dotadas de una cierta reiteración ...], y cuya calificación -como retribución ordinaria o extraordinaria- dependerá de las circunstancias concurrentes [particularmente la habitualidad en su ejecución], y que es precisamente el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva.

Planteamiento, que por fuerza impone a los Tribunales un examen casuístico que en cada supuesto lleve a una conclusión que sea respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero a la vez satisfaga -y éste ha de ser el norte de la interpretación judicial- la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas."

OCTAVO. - El complemento por incentivo por incentivo de ventas aparece regulado en el art. 28.4.1 del Convenio colectivo de Altadis de la forma siguiente:

" 4. Complemento de calidad y cantidad de trabajo.

4.1 Incentivo de ventas.

Es el complemento variable que percibe cada trabajador comercial en los términos y condiciones que a continuación se exponen.

a) Variable por objetivos: es el complemento que percibe cada trabajador comercial por la consecución de los objetivos de ventas previamente marcados.

La tabla de porcentajes de objetivo alcanzado y porcentajes de incentivo conseguido es la que a continuación se indica:....

b) Variable por desempeño: es un complemento que se percibe en función de la valoración de actitudes y habilidades que se emplean en la consecución de objetivos de ventas.



Para el año 2010, las cuantías al 100% del variable por objetivos y desempeño son las recogidas en las siguientes tablas:...

c) Regulación de la percepción de los incentivos.

"La retribución variable por objetivos se percibirá en función de los porcentajes establecidos en la «Tabla de Incentivo Variable por Objetivos de Venta».

No obstante, cuando la media nacional de los resultados de ventas experimentarán una desviación de, al menos, 15 puntos por debajo de los objetivos marcados por los Servicios Centrales, se procederá a la revisión de dichos objetivos, siendo el factor corrector la media de cumplimiento de objetivos obtenida a nivel nacional, durante el periodo de referencia. En este supuesto, si el trabajador hubiera superado el 100% de los objetivos, se le aplicaría el factor corrector, no superando la escala del 125%. Por el contrario, si no hubiera superado el 100% de los objetivos, la cantidad a percibir no podrá rebasar dicho porcentaje.

Cuando en el resultado nacional exista una desviación de menos de 15 puntos, y en alguna zona haya desviaciones de más de 15 puntos, se aplicará el factor de corrección (media nacional) a éstas últimas, siendo el resultado definitivo no superior al porcentaje mínimo alcanzado en el resto de las zonas, cuando el resultado nacional esté por encima del 100%, en cuyo caso no se aplicará factor de corrección para ninguna zona.

Se establece la posibilidad de recuperar a lo largo del año, los incentivos no percibidos en algún periodo anterior, siendo recuperables al finalizar el periodo promocional y de forma definitiva anualmente.

Si algún trabajador en campañas temporales supera la cifra del 125% en la consecución de objetivos, la diferencia entre la cifra alcanzada y el 125% se trasladará a fin de año para computarse en la recuperación anual si así correspondiera.

Aquellos comerciales que en el conjunto anual hayan conseguido un promedio igual o superior al 95% de los objetivos de ventas, percibirán al menos el 50% del variable por desempeño, y si hubieran conseguido entre el 90% y el 94% de objetivos de venta, percibirán al menos el 35% del variable por desempeño.

El incentivo de ventas en periodo vacacional y en situación de baja por maternidad o accidente de trabajo, se calculará en función de la media del incentivo percibido en los doce meses anteriores. La percepción de incentivos en caso de enfermedad común o accidente no laboral, queda sujeta al régimen de prestaciones de la Seguridad Social; en el caso de periodos de baja por enfermedad inferiores al mes, los objetivos se ajustarán a los días trabajados.

Objetivos e incentivos del personal comercial con dedicación sindical:

Los trabajadores que tienen una dedicación inferior a 1/3 de las jornadas mensuales de trabajo a la actividad comercial propiamente dicha, cobrarán un incentivo que tendrá carácter fijo, cuyo cálculo anual será la media del incentivo cobrado en los últimos 220 días trabajados como vendedor de modo efectivo.

Los que tengan una dedicación a la actividad comercial superior a 1/3 de las jornadas mensuales, verán sus objetivos corregidos en proporción a los días trabajados por el vendedor en dicha actividad.

La diferencia entre los objetivos realizados por cada uno de los vendedores con responsabilidad sindical, y los que se deberían realizar, en caso de que dichos vendedores dedicasen la totalidad de su tiempo a vender, se repartirá entre el total de los comerciantes de cada Dirección Territorial."

La controversia presente versa sobre la interpretación que debe darse a aquel pasaje del precepto que se acaba de subrayar en negrita del cuya literalidad cabe extraer, a primera vista dos conclusiones, que resultan importantes a la hora de determinar la retribución en concepto de incentivo de ventas a percibir durante el periodo vacacional, y son que la misma:

a.- se calculará en función de la media del incentivo percibido en los doce meses anteriores.

b.- l a percepción de incentivos en caso de enfermedad común o accidente no laboral, queda sujeta al régimen de prestaciones de la Seguridad Social.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que en los periodos de suspensión del contrato de trabajo a que se refieren los arts. 48.4 y 48 bis E.T al ser todos ellos supuestos previstos como causa de suspensión del contrato de trabajo en el art. 45.1, con arreglo a lo dispuesto en el art. 45.2 del mismo texto empleador y empleado están exonerados de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.

Así las cosas, resulta que durante los periodos de tiempo en que se encuentra suspendido el contrato de trabajo que se refieren en el suplico de la demanda, no se devenga cantidad alguna en concepto de incentivo de ventas porque no se percibe complemento salarial alguno.



Y llegados a este punto y de cara abordar la cuestión que se plantea debemos tener en cuenta que el Convenio Colectivo estatutario, aún cuando no se trata de una norma jurídica emanada de los órganos del Estado, está reconocida tanto en la Constitución (art. 37.1), como en el Estatuto de los Trabajadores (arts. 3 y 82.3 E.T), como una norma jurídica de carácter general, lo que implica que forma parte del Derecho Objetivo Interno del Estado.

Dicho lo cual, debemos recordar que es doctrina del TJUE, aquella que señala que " *cuando conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, un tribunal nacional está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno adoptadas con objeto de adaptarlo a las obligaciones establecidas por una Directiva, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (véanse las sentencias de 4 de julio de 2006, Adelener y otros, C-212/04, Rec. p. I-6057, apartado 111, Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 119, y Dominguez, antes citada, apartado 27).*"

Partiendo de lo anterior no cabe sino estimar la demandada deducida. En efecto , la interpretación que se efectúa por las demandas según la cual , en los casos expuestos el cálculo del incentivo por ventas a percibir en vacaciones se hace en función de la media del incentivo percibido en los doce meses anteriores, con independencia de si se trabajó o no, no se ajusta a los parámetros expuestos por tanto por la Jurisprudencia nacional como por la comunitaria y ello por cuanto que el incentivo por ventas es parte de la retribución normal o media pues en mayor o menos medida se percibe durante todos los meses del año, y la interpretación que se sostiene por la empresa tiene un indiscutible efecto disuasorio de cara a solicitar el descanso vacacional para aquellos trabajadores que en el periodo de 12 meses inmediato anterior al inicio del mismo se han encontrado con el contrato suspendido por IT derivada de enfermedad común o por alguna de las causas del art. 48.4 o 48. 4. bis, pues ello les puede suponer la pérdida total o parcial del derecho al cobro del referido incentivo durante dicho descanso, y tal efecto disuasorio este que queda conjurado de seguirse al criterio exegético que se propone en el suplico de la demanda, que garantiza el cobro durante el mismo de un concepto integrado en la retribución normal o media.

Por ello estimamos que la interpretación que del precepto se postula por las organizaciones actoras es la que se ajusta a los objetivos que se deducen del art. 7 de la Directiva 2003/88 CE tal y como se ha venido desarrollando por la Jurisprudencia del TJUE acogida por las recientes resoluciones Sala IV del TS.

Finalmente, cabe señalar que a los presentes efectos resulta irrelevante la regulación que se efectúe en la norma convencional del incentivo de asistencia y del plus de nocturnidad y su percepción en el periodo vacacional , pues si bien, en cierto modo podría sostener la aplicación un criterio hermenéutico de interpretación sistemática, entendemos que por mor de los principios de efecto directo y primacía del Derecho de la UE, debe primar sobre cualquier otro criterio interpretativo el de interpretación conforme a tal ordenamiento.

Por todo ello se estimará la demanda.

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

FALLAMOS

Previa desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento por versar la cuestión planteada sobre un conflicto de intereses y estimando la demanda deducida por UGT, CCOO y CSI-F frente a ALTADIS S.A. y TABACALERA SAU declaramos que para calcular el incentivo de ventas a percibir en el periodo de vacaciones debe de tenerse en cuenta la media del incentivo percibido en los doce meses anteriores trabajados, excluyendo los meses en que se haya estado en situación de incapacidad laboral o suspensión de contrato prevista en el artículo 48.4 y 48 bis del Estatuto de los Trabajadores .

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el 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 abogado, graduado social o representante 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 0145 16; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0145 16, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO