



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 5

C/ Alta, 18
Santander
Teléfono: 942-248-108
Fax.: 942-248-134
Modelo: TX004

Proc.: **CONFLICTO COLECTIVO**

Nº: **0000063/2017**
NIG: 3907544420170000345
Materia: Materias laborales colectivas

Resolución: Sentencia 000138/2017

Intervención:	Interviniente:	Procurador:	Abogado:
Demandante	U.G.T. EN EMPRESA SEMARK AC GROUP S.A.		MARÍA MARTA ALONSO GONZALEZ
Demandado	COMISIONES OBRERAS DE CANTABRIA		
Demandado	SEMARK A.C. GROUP, S.A.		ANDRÉS DE DIEGO MARTINEZ
Demandado	UNION SINDICAL OBRERA		

S E N T E N C I A n° 000138/2017

SANTANDER, a cuatro de abril de dos mil diecisiete.

EN NOMBRE DEL REY

SSª Ilma. DON RAMÓN GIMENO LAHOZ Magistrado del Juzgado de lo Social nº 5 de Santander, ha dictado

S E N T E N C I A



en las actuaciones de juicio verbal seguidas entre partes, como demandante **UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES** y como demandado **SEMARK AC GROUP S.A., COMISIONES OBRERAS y UNIÓN SINDICAL OBRERA.**

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora en fecha 30 de enero de 2017, presentó una demanda, que por turno correspondió a este Juzgado contra el demandado referido y que fundamentaba y apoyaba en los hechos que son de ver en el escrito presentado, solicitando que se dictase sentencia por la que se estimase la pretensión ejercitada.

SEGUNDO.- Admitida la demanda a trámite, se dio traslado de la misma al demandado y, convocadas las partes a juicio para el 3 de abril de 2017 y hora de las 12.30 de su mañana, compareció la parte actora asistida por la letrada D^a María Marta Alonso González, compareció la empresa demandada asistida por el letrado D. Andrés de Diego Martínez, C.C.O.O. de Cantabria asistida por el Letrado D Ignacio Martínez Sabater y U.S.O. representada por la Delegada Sindical D^a María Sandra García González. Abierto el acto, la actora se afirmó y ratificó en el contenido de su demanda y aclara que la pretensión afecta a los trabajadores que prestan servicios en los almacenes centrales de la empresa y que se refiere a las vacaciones y a los permisos retribuidos, la demandada se opuso. Acordado el recibimiento a prueba, por la actora se propuso documental, por la demandadas C.C.O.O. y Empresa documental, pruebas que fueron declaradas pertinentes y se procedió a su práctica, dándose por terminado el acto y solicitando las partes sentencia de conformidad a sus pretensiones, quedando los Autos a la vista para ser dictada.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

II. HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Por el sindicato UGT se formula demanda de conflicto colectivo contra la empresa Semark AC Group S.A., para que la retribución de los trabajadores



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

de los almacenes centrales durante el período vacacional y permisos retribuidos, comprenda la parte proporcional del plus de nocturnidad y de incentivos a la producción.

SEGUNDO.- El art.33 del Convenio colectivo del sector del comercio de detallistas de alimentación de Cantabria dispone:

"Artículo 33.- VACACIONES

Las vacaciones serán de 30 días naturales de los cuales 27 serán laborables. Se disfrutarán 15 días entre 1º de mayo y el 30 de septiembre. El calendario anual de vacaciones será confeccionado por la empresa. El trabajador conocerá la fecha que se corresponde, dos meses antes, al menos del comienzo del disfrute.

El disfrute por el personal de los periodos recogidos en el calendario será de mutuo acuerdo con la empresa. El calendario de vacaciones podrá ser alterado en caso de fuerza mayor reconocida por la Autoridad Laboral.

En el periodo de vacaciones los trabajadores percibirán todos los puntos tratados en el presente Convenio sin discriminación." (F. 36)

TERCERO.- La empresa Semark AC Group S.A. no abona la parte proporcional del plus de nocturnidad, los incentivos a la producción a los trabajadores de los almacenes centrales durante el periodo vacacional y permisos retribuidos. (No controvertido)

CUARTO.- En fecha 21 de noviembre de 2016 se presentó papeleta de conciliación, celebrándose el acto en fecha 28 de noviembre de 2016, con resultado Sin Avenencia.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados han quedado plenamente acreditados por la prueba practicada apreciada en su globalidad, y en particular por la común convicción de estar ante una cuestión jurídica, que no fáctica.

SEGUNDO.- Insta la representación sindical como conflicto colectivo, que la empresa abone a los trabajadores de los almacenes centrales durante el período vacacional y permisos retribuidos, la parte proporcional del plus de nocturnidad y de incentivos a la producción.



La cuestión, como todas las partes han venido a reconocer, está zanjada en sentido afirmativo por la jurisprudencia del TJUE; en concreto sus sentencias de 22-5-14 ó 12-6-14, derivó en un cambio de criterio por el TS a partir de sus sentencias de 18-5-16 dictadas en Pleno -aun no reconociéndole efecto directo horizontal-, y en donde se indica:

"1.- Trascendencia del Convenio 132 OIT.- De todas formas, la limitada actuación del Derecho de la UE que se ha referido queda en cierto modo compensada con la significación que en el tema objeto de debate tiene el ya referido Convenio 132 OIT, cuyo art. 7.1 ha de llevar a la misma conclusión que en su caso hubiera comportado la eficacia directa -en todas sus facetas- del principio comunitario de derecho a vacaciones retribuidas. Porque, como ya hemos destacado, para el TJUE la retribución a percibir en vacaciones -ex art. 31.2CDFUE y derivadamente Directiva 2003/88 (LCEur 2003, 3868) - es la «ordinaria» y «comparable a los periodos de trabajo» (citadas, SSTJ «Robinson-Steele», ap. 50; «Schultz-Hoff», ap. 58; «Lock», ap. 16»; «Bollacke», ap. 21), pero es que ésta es la misma consecuencia obtenible -como ya vimos en el FJ Quinto.3.c)- del art. 7.1 del Convenio 132 OIT.

2.-Criterio jurisprudencial actualmente aplicable.- 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.

DECIMOCUARTO

1.- Los conceptos retributivos objeto de reclamación.- Referidas ya con detalle nuestra doctrina y la del TJUE acerca de la retribución en las vacaciones, no resta sino examinar la afirmada -por la decisión recurrida- ilegalidad de la regulación de la materia en el Convenio Colectivo de «TME», y -en su caso- la posible «interpretación conforme» de esa normativa convencional a la doctrina expuesta sobre la materia -vacaciones- por el TJUE en los asuntos «Lock» y «Bollacke», así como su adecuación a las previsiones del art. 7.1 Convenio 132 OIT.

Al objeto de justificar nuestra decisión, hemos de recordar --que: a) el art. 26 del Convenio limita el salario del descanso anual a «los conceptos fijos de devengo mensual»; y b) la empresa niega integrar en la retribución de vacaciones el «bonus», el complemento de «carrera comercial» y el plus de «disponibilidad». Y respecto del respectivo significado de cada uno de esos conceptos -haciendo el «análisis específico» de que habla el asunto «Lock»- baste recordar que: a) el



«bonus» es percepción anual y variable en función del logro de objetivos -generales e individuales [art. 38]; b) el plus de «Carrera Comercial» es gratificación funcional, de carácter fijo y de percepción en cada una de las 14 pagas del año [art. 39]; y c) la «disponibilidad» es obligatoria para «el personal que preste servicios en Unidades que requieran un mantenimiento u operación permanente» y tiene una «compensación» fija de 33,7 euros.

2.-Aplicación -de la doctrina expuesta- al caso debatido.- Todo ello nos lleva a entender que en caso sometido a debate: a) debe excluirse de la retribución vacacional el «bonus», porque en el presente caso no sólo se trata de un concepto de devengo anual y que por tanto ya retribuye de por sí las vacaciones, sino que también es extraordinario, en tanto que no sólo es variable sino que está subordinado tanto a posibles resultados personales, cuanto a hipotéticos objetivos generales de la empresa; b) contrariamente ha de incluirse el complemento de «Carrera Comercial», porque es un concepto «fijo» y de devengo -y percepción- «mensual» [en cada una de las 14 pagas]; y c) a la misma conclusión estimatoria llegamos respecto del plus de «disponibilidad», que a falta de explicaciones complementarias que no constan y eran carga probatoria y/o revisoria de la empresa, conforme a la accesibilidad probatoria [art. 217.6 LECiv], se abona mensualmente y con carácter fijo al «personal que preste sus servicios en Unidades que requieran un mantenimiento u operación permanente».

La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos conduce a la estimación de la demanda, dado que la nocturnidad y los incentivos a la producción se cobran todos los meses, y tienen ese carácter de retribución ordinaria, que obligan a un promedio anual, cuando se disfrutan vacaciones o cuando se disfrutan permisos retribuidos.

Lo contrario supondría que cuando se disfrutaran vacaciones o permisos retribuidos, se cobrara menos de lo que se cobra normalmente, lo que es contrario a la previsión normativa analizada por el TJUE y ahora el TS.

TERCERO.- Lo anterior no varía un ápice por el hecho de que la empresa pague una parte del Incentivo de productividad durante las vacaciones, en función a comunicados unilaterales.

Esta argumentación, que no ha sido acreditada, porque la documental aportada apunta a que lo que se paga en la nómina del mes que se disfrutan parcialmente las vacaciones es la parte proporcional del Incentivo por los días trabajados -nada más-, no es compatible



con la interpretación judicial antedicha, y por lo tanto debe ser rechazada.

En consecuencia, procede la estimación de la demanda y declarar no ajustado a derecho la práctica empresarial de no abonar en vacaciones y permisos retribuidos, el promedio anual de plus de nocturnidad y de incentivos a la producción, condenando a la empresa a acatar el presente pronunciamiento.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

IV. FALLO

Estimar la demanda interpuesta por el sindicato UGT contra la empresa SEMARK AC GROUP S.A., a la que se ha adherido el sindicato CC.OO., habiendo sido citado el sindicato USO, y declarar no ajustado a derecho la práctica empresarial de no abonar en vacaciones y permisos retribuidos al personal de los almacenes centrales, el promedio anual de plus de nocturnidad y de incentivos a la producción, condenando a la empresa a acatar el presente pronunciamiento.

V. ADVERTENCIAS LEGALES

De conformidad con el art.97-4 L.R.J.S. se indica que la presente sentencia NO ES FIRME, siendo susceptible de recurso de suplicación (art.191 L.R.J.S.), el cual deberá anunciarse ante este Juzgado de lo Social nº5 de Santander en el plazo de 5 días (art.194 L.R.J.S.), para que en su caso se pongan los autos a disposición del letrado o graduado social colegiado y lo interponga dentro de los 10 días siguientes:

- expresando las alegaciones sobre su procedencia y el cumplimiento de los requisitos, así como los motivos en que se ampare con cita de las normas o jurisprudencia que considere infringida, y en el caso de la revisión de hechos probados, los documentos o pericia que lo sustentan, con la formulación alternativa que se pretenda (art.196 L.R.J.S.);
- expresando domicilio en Santander a efectos de notificaciones, si no se hubiera designado con anterioridad (art.198 L.R.J.S.);



- acreditando haber consignado 300 € en la cuenta corriente de este Juzgado con indicación del tipo de recurso (art.229 L.R.J.S.), salvo que el recurrente tuviere la condición de trabajador, beneficiario de la Seguridad Social, beneficiario de Justicia Gratuita, sindicatos o entidades de derecho público;
- y acreditando en el caso de condena de cantidad, haberla consignado ante el Juzgado o avalado solidariamente con entidad de crédito, o en su caso ingresado en la T.G.S.S.; y en el caso de condena a prestación periódica de Seguridad Social, certificado del inicio del abono de la prestación (art.230 L.R.J.S.).

Para ingreso en metálico, debe utilizarse la cuenta corriente de este Juzgado de lo Social nº 5 de Santander nº 2778000065006317. Para ingreso mediante transferencia debe utilizarse la cuenta IBAN ES55 0049 3569 92 0005001274 poniendo en el apartado "concepto" lo siguiente 2778000065006317.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido pronunciada y publicada por el/la Ilmo./a. Sr./a. Magistrado que la suscribe, el mismo día de su fecha y en Audiencia pública; se incluye el original de esta resolución en el libro de Sentencias, poniendo en los autos certificación de la misma y se notifica a cada una de las partes conforme a lo dispuesto en los artículos 56 y siguientes de la LRJS. Doy fe.