

## **Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 645/2021 de 23 Jun. 2021, Rec. 161/2019**

**Ponente: Arastey Sahún, María Lourdes**

**Ponente: Arastey Sahún, María Lourdes.**

**LA LEY 92575/2021**

ECLI: *ES:TS:2021:2615*

### **Casuismo relevante**

PERMISOS RETRIBUIDOS. Convenio Contact Center. Es discriminatorio por razón de sexo que durante el disfrute de los permisos retribuidos no se paguen los pluses de idiomas, festivos/domingos y nocturnidad. No están vinculados a la efectiva prestación de servicios, sino al puesto de trabajo de forma ordinaria y regular. Discriminación indirecta a las mujeres que son las que más disfrutaban de estas licencias, en particular de los permisos por accidente, enfermedad grave u hospitalización. Prueba basada en estadísticas.

*El TS desestima el recurso de casación y reitera lo sentenciado por la AN que consideró discriminatoria la reducción salarial durante los permisos retribuidos.*

**A Favor: TRABAJADOR.  
En Contra: EMPRESA.**

CASACION núm.: 161/2019

Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 645/2021**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún

D. Ángel Blasco Pellicer

D.<sup>a</sup>. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 23 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Compañías de Experiencia con Cliente, representada y asistida por el Letrado D. Adrián Vázquez Alcalde, contra la sentencia dictada el 24 de mayo de 2019 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en autos núm.

88/2019 seguidos a instancias de la Confederación General del Trabajo (CGT) contra la ahora recurrente y los sindicatos Unión General de Trabajadores (UGT), la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO), la Confederación Intersindical Galega (CIG), LAB y ELA, y en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal, en procedimiento de Conflicto colectivo.

Han comparecido como recurridas la Confederación Intersindical Galega (CIG), la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT), la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO Servicios) y la Confederación General del Trabajo (CGT), representados y asistidos respectivamente, por los letrados D<sup>a</sup>. Marta Carretero Martín, D. Roberto Manzano del Pino, D. Armando García López y D<sup>a</sup>. Aránzazu Escribano Clemente, y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación de la Confederación General del Trabajo (CGT) se interpuso demanda de Conflicto colectivo, a la que se adhirieron los sindicatos CGT, UGT y CIG, y de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que, tras exponer los hechos y motivos que se estimaban necesarios, se terminó por suplicar que se dictara sentencia por la que:

"- Se reconozca que es contraria a derecho la práctica deno abonar los pluses de idiomas y nocturnidad y los complementos por festivos y domingos a los trabajadores y trabajadoras que disfrutaran de alguno de los permisos retribuidos reconocidos en el art. 28 del Convenio colectivo del sector.

- Se proceda al abono de las cantidades indebidamente deducidas por tal causa."

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas comparecidas, según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 24 de mayo de 2019 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo:

"Previa desestimación de la excepción de falta de acción, y con estimación de la demanda deducida por CGT frente a CEX a la que se adhirieron CCOO, UGT Y CIG declaramos que es contraria a derecho la práctica de no abonar los pluses de idiomas y nocturnidad y los complementos por festivos y domingos a los trabajadores y trabajadoras que disfrutaran de alguno de los permisos retribuidos reconocidos en el art. 28 del Convenio colectivo del sector, por lo que procede el abono de las cantidades indebidamente deducidas por tal causa."

**CUARTO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" **PRIMERO.-** Con fecha 29 de junio de 2017 se dispuso la inscripción en el Registro y publicación del Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (antes telemarketing).

El art. 28 de dicho Convenio regula los permisos retribuidos, y los arts 41 y ss las retribuciones, regulándose en el art. 46 el plus de idiomas como complemento de puesto de trabajo, en el art. 47 el plus de domingos y festivos y en el art. 48 el plus de nocturnidad.-conforme-.

**SEGUNDO.-** Las empresas que refieren las certificaciones obrantes en el descriptor 26 abonan la retribución correspondiente al plus de idiomas cuando los trabajadores disfrutaran de permisos retribuidos.-descriptor 26-.

**TERCERO.-** El día 23-11-2018 CGT se dirigió a la Comisión Paritaria del II Convenio colectivo de Contact center a fin de que resolviese sobre la siguiente cuestión: ¿Cuando una trabajadora o un trabajador usa los permisos retribuidos indicados en el artículo 28 del Convenio debe recibir el

mismo salario que percibiría de haber prestado sus servicios con arreglo a la jornada que tuviera prefijada, y en concreto los pluses recogidos en los artículos 46, 47 y 48 del convenio colectivo? - descriptor 4-

En el acta de dicha Comisión de fecha 29-11-2018 no alcanzó acuerdo sobre dicha cuestión - descriptor 5-.

**CUARTO.-** El día 10 de enero de 2019 tuvo lugar intento de mediación en el SIMA, extendiéndose acta de desacuerdo.-descriptor 3-."

**QUINTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación de la Asociación de Compañías de Experiencia con Cliente.

El recurso fue impugnado por los sindicatos CIG, FeSMC-UGT, CCOO Servicios, CGT y el Ministerio Fiscal.

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones de la Audiencia Nacional y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, quien emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de abril de 2020, acto que se hubo de suspender por imposibilidad de la Magistrada Ponente de poder formar parte de la Sala en dicha fecha, volviéndose a señalar para votación y fallo el 23 de junio de 2021, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. La asociación empresarial demandada recurre en casación ordinaria la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que estimó la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato CGT -a la que se adhirieron los codemandados UGT, CC.OO. y CIG- en los términos antes transcritos.

2. El conflicto colectivo afecta a las relaciones laborales de las empresas asociadas a la parte demandada, respecto de las cuales se reclamaba la interpretación del convenio colectivo del sector en el sentido que acoge el fallo de la sentencia de instancia.

Debemos determinar si, durante el disfrute de los permisos retribuidos que el convenio colectivo recoge en el art. 28, la retribución de las personas trabajadoras debe incluir los tres conceptos salariales siguientes: plus de idiomas, complemento por festivos y domingos, y plus de nocturnidad.

3. El recurso se desarrolla a través de dos motivos, ambos amparados en el art. 207 e) LRJS, que analizaremos por separado.

**SEGUNDO.-** 1. En el primero de ellos se denuncia la infracción del art. 37 del Estatuto de los trabajadores (ET); los arts. 28, 46, 47 y 48 y el Anexo II del Convenio colectivo de Contact Center; y los arts. 3 y 1281 y ss. del Código Civil (CC).

No niega la parte demandada que, en efecto, dichos pluses no se abonan con la retribución salarial correspondiente a los días de permiso. Lo que sostiene es que, a la luz del texto del convenio colectivo, tales complementos están vinculados a la efectiva prestación de servicios.

2. Debemos poner de relieve que los permisos del art. 28 del Convenio colectivo se corresponden, con algunas mejoras, con los que establece el art. 37.3 ET. Respecto de todos ellos la cláusula convencional utiliza la misma fórmula que el precepto legal para declarar el derecho de las personas trabajadoras "a ausentarse del trabajo, con derecho a retribución...". Por consiguiente, lo que se suscita es la determinación de qué haya de entenderse por esa retribución cuyo respeto se impone.

La interpretación del art. 37.3 ET en este punto fue abordada por esta Sala IV del Tribunal Supremo

en las STS/4ª de 6 marzo 2012 (rec. 80/2011) y en la STS/4ª/Pleno de 3 diciembre 2019 (rec. 141/2018). En ellas señalábamos que, en efecto, la norma legal guarda silencio sobre el contenido y alcance de la remuneración. De ahí que nos planteáramos dos posibilidades: o bien cabe entender que debe abonarse la misma remuneración que la persona trabajadora hubiera percibido de haber prestado servicios en los días de permiso; o bien cabe admitir que haya de excluirse aquellas retribuciones que estén directamente vinculadas al rendimiento. Y concluíamos que el art. 26 ET ofrece la respuesta al dejar en manos de la negociación colectiva la configuración de la estructura salarial, permitiendo, pues, que sean los negociadores quienes, no sólo fijen los complementos salariales que estimen oportunos, sino que, además, los establezcan en atención a diferentes circunstancias: condiciones personales de la persona trabajadora, del trabajo realizado, de los resultados de la empresa, ... Así, pues, el convenio colectivo puede incidir en el importe de la remuneración, tanto de los permisos como de las vacaciones, siempre que respete el mínimo indisponible, que no es otro que la inclusión de todos aquellos conceptos que se vinculen a la contraprestación efectiva a la actividad laboral ordinaria.

3. Ello nos lleva a analizar la definición y régimen de cada uno de los complementos controvertidos que realiza el Convenio colectivo aplicable.

4. Así, el plus de idiomas es definido en el art. 46 del Convenio como aquel que percibe el "personal de operaciones al que se exija para el desarrollo de su actividad la utilización de uno o más idiomas extranjeros, o la utilización de una o más lenguas cooficiales del Estado Español fuera de la de la Comunidad Autónoma, donde esté reconocida dicha cooficialidad".

La dicción del convenio permite afirmar que se trata de un complemento reconocido a un determinado colectivo en atención a sus funciones y que, por tanto, está vinculado al puesto de trabajo en la medida que éste exige el uso de otras lenguas. Es cierto, por tanto, que no se retribuye el conocimiento de idiomas como una mera cualidad personal. Ahora bien, tal característica, que podría afectar en caso de una eventual movilidad funcional (así sucedía en el caso de la STS/4ª de 18 diciembre 2013 -rcud. 3232/2012-), no altera su naturaleza en los tiempos de descanso. Éstos se producen en relación con las funciones y servicios que desarrolla quien disfruta del permiso y, por ello, descontar el complemento durante los días de licencia supone una clara minoración de la retribución ordinaria; esto es, de la que está vinculada directamente a la prestación regular de los servicios y hubiera sido percibida en todo caso.

5. El complemento por festivos y domingos se reconoce en el art. 47 del Convenio colectivo a "quien preste sus servicios en cualquiera de los 14 días festivos anuales, con independencia de la compensación de un día libre retribuido...".

No hay duda de que el complemento se vincula a la prestación efectiva de servicios en festivos/domingos y, por consiguiente, no puede devengarse si no se produce prestación en esos días. Mas la cuestión que se suscita se relaciona con la situación en que se encuentran las personas trabajadoras que, prestando servicios en festivos/domingos, disfrutan de uno de los permisos del art. 28 del Convenio colectivo que coincida con uno de esos días. Es un matiz esencial para comprender el alcance del conflicto, porque es obvio que quienes no prestan servicios en esos días no precisan de permiso alguno dado que, para ello, los festivos/domingos son ya días de descanso retribuido. El debate en tales casos podría suscitarse respecto del modo de cálculo de los días de permiso cuando en el periodo de duración concurren tales festivos; debate totalmente ajeno al presente conflicto.

Lo que aquí se suplicaba -y se reconoce en la sentencia recurrida- es que la retribución de quienes prestan servicios en festivos/domingos no se vea minorada cuando disfrutan de un permiso retribuido que abarque alguna de estas festividades. Y, volviendo a la doctrina que acabamos de exponer, hemos de afirmar que, para esas personas trabajadoras, su prestación ordinaria -y, por ende, su retribución- abarca tal condición y su correspondiente contrapartida salarial, como el convenio establece.

6. Finalmente, el plus de nocturnidad es reconocido en el art. 48 del Convenio colectivo al "personal que en su jornada habitual trabaja entre las 22:00 horas y las 06:00 horas".

Estamos de nuevo ante un complemento que retribuye una circunstancia no excepcional, ni anecdótica, sino consustancial a las características de la prestación. Quien disfruta de un permiso, siendo una persona destinada al trabajo nocturno, deja de prestar servicios en el tiempo en que de forma ordinaria y regular lo venía haciendo y, por ello, el mantenimiento de su retribución ordinaria debe contemplar el complemento que acompañaba a esa circunstancia característica del tipo de prestación de servicios.

7. En suma, concluimos con la desestimación íntegra del primero de los motivos del recurso.

**TERCERO.-** 1. Denuncia la parte recurrente en el segundo motivo de su recurso la infracción del art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en relación con los arts. 14 y 24 de la Constitución (CE) y 6 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH).

2. Lo cierto es que la desestimación del motivo anterior implica la confirmación del fallo de instancia y que el segundo motivo sólo sirve para combatir una parte del razonamiento de la sentencia recurrida que, en todo caso, no alteraría lo que ya hemos declarado. No obstante, vamos a dar respuesta a la impugnación que la parte recurrente hace de la afirmación que la Sala de instancia incluye al sostener que "la práctica empresarial que se cuestiona en la demanda es evidente que supone una discriminación indirecta por razón de sexo".

3. Ciertamente, la exclusión de los complementos retributivos podría tener un efecto negativo sobre la efectividad del principio de igualdad de mujeres y hombres en relación con aquellos permisos que pudieran tener un mayor impacto de género. La exigencia de interpretar el ordenamiento jurídico con el criterio hermenéutico impuesto por el art. 4 LOIEMH nos ha de llevar a rechazar el argumento de que no sea posible apreciar discriminación respecto de cláusulas del convenio que vayan dirigidas indistintamente a mujeres y hombres.

Debemos examinar si la aplicación de las normas, formalmente neutras, puede comportar un resultado contrario a la efectividad de la igualdad real.

4. Y, en este sentido, si bien la Sala no aprecia una especial relevancia de género en el resto de los permisos, sí es predicable el impacto en el permiso por accidente, enfermedad grave u hospitalización, etc., del art. 28 c) del Convenio.

Como ya sostuvimos en la STS/4ª/Pleno de 3 diciembre 2019, antes mencionada, sin duda se produce un impacto superior para las mujeres trabajadoras puesto que son quienes, mayoritariamente, se hacen cargo de la atención de los familiares en esas circunstancias; lo que poníamos allí de relieve acudiendo a datos estadísticos oficiales. Por ello, la interpretación que hace la demandada del convenio colectivo, por más que pretenda ser neutra y exenta de todo ánimo lesivo para el derecho de igualdad, tiene en este punto un mayor impacto sobre el colectivo femenino de la plantilla. Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de discriminación indirecta para las mujeres, que se produce cuando, sin vinculación alguna con la intencionalidad, existe un efecto desigual y desproporcionado para éstas, afectando, de este modo, a un factor personal que se halla amparado por las normas anti-discriminación.

4. Hemos de añadir que la aportación de las estadísticas como medio revelador de la existencia de discriminación indirecta ha sido acogido por esta Sala IV del Tribunal Supremo en varias ocasiones (STS/4ª de 14 mayo 2014 -rcud. 2328/2013-, y STS/4ª/Pleno de 29 enero 2020 -rcud. 3097/2017-), siguiendo la doctrina consagrada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha señalado que la discriminación indirecta puede ser demostrada por cualquier medio, incluidos los datos estadísticos, siempre que éstos no se refieran a fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y, además, de manera general, resulten significativos ( STJUE de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith

y Pérez, C-167/97; 8 mayo 2019, Villar Laíz, C-161/18; y 3 octubre 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18; entre otras; así como ATJUE de 15 octubre 2019, AEAT C- 439/18 y C-472/18).

Tal criterio es perfectamente coincidente con el que sostiene el Tribunal Constitucional que ha indicado que para abordar el análisis de la discriminación indirecta hay que ir "necesariamente a los datos revelados por la estadística" ( STC 128/1987, 253/2004 y 91/2019, entre otras).

5. En suma, este segundo motivo del recurso merece ser también rechazado.

**CUARTO.-** 1. Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso de casación de la parte demandada y la confirmación de la sentencia de instancia.

2. Conforme a lo dispuesto en el art. 235.2 LRJS, no cabe la imposición de costas.

3. Se decreta la pérdida de los depósitos y consignaciones que, en su caso, se hubieren efectuado para recurrir.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

desestimar el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Compañías de Experiencia con Cliente contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 24 de mayo de 2019 (autos 88/2019), con la consiguiente confirmación de la misma. No procede hacer pronunciamiento sobre costas, decretándose la pérdida de los depósitos y consignaciones que, en su caso, se hubieren efectuado para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.