



Roj: **SAN 2570/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:2570**

Id Cendoj: **28079240012019100081**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2019**

Nº de Recurso: **115/2019**

Nº de Resolución: **82/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00082/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Secretaria/o D./D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº: 82/19

Fecha de Juicio: 18/6/2019 a las 09:15

Fecha Sentencia: 20/6/19

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000115 /2019

Materia: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente: D. RAMÓN GALLO LLANOS

Demandante/s: CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (CGT)

Demandado/s: ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A., FEDERACION DE ASOCIACIONES SINDICALES (FASGA), SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES (STC), FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS (CCOO), UNION SINDICAL OBRERA (USO), CENTRAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F), CONFEDERACION SINDICAL GALEGA (CIG), FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT, LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB), EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA-STV)

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JGH

NIG: 28079 24 4 2019 0000122

Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000115 /2019



Procedimiento de origen: /

Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilmo/a. Sr/a: D. RAMÓN GALLO LLANOS

SENTENCIA 82/19

ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

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

D^a. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a veinte de junio de dos mil diecinueve.

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 0000115 /2019 seguido por demanda de CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (CGT), representada por la letrada D^a. MARIA DEL CORAL GIMENO PRESA sobre CONFLICTO COLECTIVO, contra ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A., representada por D^a M^a Carmen López Castro y asistida del letrado D. Enrique Garcia Arévalo, FEDERACION DE ASOCIACIONES SINDICALES (FASGA), representada por la letrada D^a Laura del Barrio., SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMUNICACIONES (STC), representada por el letrado D. Pedro Feced Martínez, FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS (CCOO), representada por el letrado D. Angel Martín Aguado, UNION SINDICAL OBRERA (USO), representada por la letrada D^a M^a Eugenia Moreno Díaz, CENTRAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F), representada por el letrado D. José Francisco Lucas Igualada, CONFEDERACION SINDICAL GALEGA (CIG), representada por la letrada D^a Marta Carretero Martín, FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT, representada por el letrado D. Juan Lozano Gallén. No comparecieron, pese a estar citados en legal forma: EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA-STV) y LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB). Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. RAMÓN GALLO LLANOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Según consta en autos, el día 6 de mayo de 2019 se presentó demanda por CGT sobre conflicto colectivo, dicha demanda fue registrada bajo el número 115/2019.

Segundo. - Por Decreto de fecha 7 de mayo de 2019, se señaló el día 18 de junio de 2019 para la celebración de los autos de conciliación y 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:

La letrada de CGT, tras afirmarse y ratificarse en su demanda, se declara como contraria a derecho la práctica empresarial consistente en descontar directamente de las nóminas mensuales de los trabajadores los retrasos en el fichaje de entrada, y, en consecuencia, el derecho de los trabajadores a que les sean abonadas las diferencias retributivas que en su perjuicio les haya podido ocasionar esta práctica.

Alegó que la demandada tiene un sistema de control horario y registro instalado a través del cual se verifica la incorporación y la salida del puesto de trabajo, siendo práctica habitual en la empresa descontar en la nómina de cada mes la parte correspondiente a los minutos de retraso en que ha podido incurrir el trabajador a la hora incorporarse al mismo, alegó que a los trabajadores no se les permite compensar dichos retrasos por otro periodos de trabajo, siendo que la jornada del Convenio es anual, constituyendo la práctica impugnada una auténtica multa de haber, resultando además que la empresa, además de detraer salario, procede a sancionar disciplinariamente a los trabajadores que incurren en faltas de puntualidad, lo que ha sido objeto de sanción por la Inspección de trabajo.

A las peticiones de CGT se adhirieron el resto de organizaciones sindicales comparecientes.

El letrado de la empresa solicitó se dictase sentencia desestimatoria de la demanda interpuesta, admitiendo los hechos 1º a 5º de la misma añadió que en el sistema de control horario verifica la entrada del trabajador al centro de trabajo, no su conexión existiendo un tiempo de cortesía, entre 1,5 y 3 minutos, hasta que se ocupa el puesto.; que a la hora del descuento, se descuenta el tiempo no trabajado y se computa de forma diaria, no mensual; señaló que el 9-8-16 se alcanzó un acuerdo en el SIMA sobre sistema de compensación de exceso de jornada siendo que en la última llamada lo solicita el trabajador, lo autoriza el coordinador, se compensa en descanso en tres días del mes siguiente., existiendo además un protocolo de justificación de ausencias retribuidas, no retribuidas y ausencias injustificadas; admitió que solo cuando los retrasos son reiterados, se utiliza el procedimiento sancionador y puso de relieve que los contratos mercantiles de la empresa y clientes se dimensionan con arreglo a horas, incluso media horas; matizó que las sanciones impuestas por la IT no son firmes.

Consideró que no nos encontramos ante un supuesto de multa de haber pues la multa de haber implica detracción de salario por trabajo efectivamente realizado, y aquí lo que sucede es que no se retribuyen aquellos periodos de tiempo no trabajados; que, por otro lado, en el Convenio colectivo se distinguen tres tipos de ausencias justificadas y retribuidas, justificadas y no retribuidas y no justificadas; y que en todo caso la bilateralidad propia del contrato exonera al empleador de retribuir por trabajo no realizado.

Tras contestarse a las excepciones se procedió a la proposición y práctica de la prueba, proponiéndose y practicándose la documental y la testifical, tras lo cual las partes valorando la prueba practicada elevaron sus conclusiones a definitivas.

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

Hechos controvertidos:

- La empresa tiene sistema de control horario a la entrada, en el centro hay un tiempo de cortesía, entre 1,5 y 3 minutos, hasta que se ocupa el puesto.
- A la hora del descuento, se descuenta el tiempo no trabajado y se computa de forma diaria, no mensual.
- El 9-8-16 se alcanzó un acuerdo en el SIMA sobre sistema de compensación de exceso de jornada, en la última llamada lo solicita el trabajador, lo autoriza el coordinador, se compensa en descanso en tres días del mes siguiente.
- Existe un protocolo de justificación de ausencias retribuidas, no retribuidas y ausencias injustificadas.
- Cuando los retrasos son reiterados, se utiliza el procedimiento sancionador.
- Los contratos mercantiles de la empresa y clientes se dimensionan con arreglo a horas, incluso media horas.
- Las actas de IT ninguna es firme.
- La referencia no es la mensual, se totalizan todos los tiempos trabajados y se descuenta en nómina del mes.

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

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- La empresa ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A (en adelante ATENTO) es una multinacional de servicios de Contac Center que emplea un promedio de 10.000 trabajadores, y tiene centros de trabajo distribuidos en hasta 14 provincias del territorio nacional. Las relaciones laborales se rigen por el vigente II Convenio Estatal para el Sector del Contac Center (BOE 12 de julio de 2017) .

La CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (en adelante CGT) es un sindicato cuya actuación es de ámbito estatal e intersectorial, con notable implantación en la plantilla de ATENTO, habiendo obtenido 44 delegados en elecciones a comités de empresa en las diversas elecciones sindicales celebradas en la empresa, de un total de 208- conforme- .

SEGUNDO. - Afecta el presente conflicto colectivo a todos los centros y a todos los servicios de la compañía y a todos los agentes (tele-operadores, tele-operadores especialistas y gestores) y coordinadores y resto de participantes asociados a dichos servicios.- conforme-.

TERCERO. - El Convenio Colectivo de aplicación es el II Convenio de ámbito estatal del Sector de Contac Center 2015-2019, firmado el 30 de mayo de 2017 y publicado el 12 de julio de 2017 en el BOE Nº 165.

El referido Convenio Colectivo contempla la jornada ordinaria anual de 1764 horas y promedio en cómputo anual de 39 horas semanales en su artículo 22 . -conforme.-

CUARTO. - El Convenio Colectivo contempla la falta de puntualidad como una conducta sancionable y la tipifica según su número como leve, grave o muy grave, en los artículos 65 , 66 y 67 regulándose las sanciones en el artículo 68 del mismo -conforme-.

QUINTO. - El sistema de control horario de la empresa se realiza mediante el fichaje que cada trabajador realiza a la entrada y a la salida con su tarjeta de identificación personal - conforme-.

La máquina que registra las entradas se encuentra en la entrada de los centros de trabajo y vuelca los datos obtenidos en una aplicación informática. El tiempo medio que tarda un trabajador desde que efectúa la entrada hasta que se conecta en su puesto de trabajo es de entre un minuto y medio y tres minutos dependiendo de las características del concreto centro de trabajo.- testifical-.

SEXTO. - La empresa en la nómina mensual de los trabajadores efectúa un descuento correspondiente al periodo durante el que se ha ausentado de su puesto de trabajo (incluidas las correspondientes a minutos por falta de puntualidad, las cuales se computan diariamente y se suman mensualmente), siempre que las mismas sean injustificadas o justificadas sin derecho a retribución - testifical de la responsable de control horario de la empresa y descriptores 54, 55 y 56-.

SÉPTIMO. - La empresa a los trabajadores que habitualmente se retrasan en la incorporación a su puesto de trabajo, les remite una carta de advertencia, como medida previa a la adopción de medidas disciplinarias- descriptores 56, a 64-.

OCTAVO. - Los contratos mercantiles de la empresa y clientes se dimensionan con arreglo a horas, incluso media horas, de ahí que los retrasos injustificados de los trabajadores en su incorporación a sus puestos de trabajo pueda dar lugar penalizaciones y que existan dificultades para compensar dichos retrasos con trabajo efectuado en turno distinto- descriptores 65 a 72 y testifical de la empresa.-

NOVENO .- Damos por reproducido el Acuerdo alcanzado en el SIMA el día 9-8-2016 entre la empresa y los sindicatos USO, UGT, CCOO por el que la empresa se comprometía a compensar por descansos los periodos correspondientes a llamadas que seguían siendo atendidas por los trabajadores una vez llegada la hora de finalización de su turno.- descriptor 53-. Al efecto la empresa efectuó en fecha 27-9-2.016 un protocolo que permite compensar tales excesos de jornada a partir de los tres días del mes siguiente al que se produjo el exceso- descriptor 51.-.

DÉCIMO . - Damos por reproducidas las denuncias, actas de infracción y sanciones de la ITSS obrantes en las actuaciones, así como las alegaciones efectuadas por la empresa- descriptores 39 a 44 y 60 y 61-.

UNDÉCIMO. - El día 26-12-2018 se celebró intento de mediación ante el SIMA extendiéndose acta de desacuerdo.- descriptor 3.-

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 bien en hechos conformes, bien en las fuentes de prueba que en los mismos se expresan.

TERCERO .- Solicita CGT en su demanda a la que se han adherido el resto de organizaciones sindicales que han comparecido al acto del juicio que se declare como contraria a derecho la práctica empresarial consistente en descontar directamente de las nóminas mensuales de los trabajadores los retrasos en el fichaje de entrada, así como , el derecho de los trabajadores a que les sean abonadas las diferencias retributivas que en su perjuicio les haya podido ocasionar esta práctica.

Alega que dicha práctica entraña una sanción no prevista en el Convenio sectorial, implicando una multa de haber encubierta proscrita por el art. 58.3 E.T , ya que la jornada que prevé el Convenio es anual, y siempre estos periodos de tiempo se podrían recuperar en otro momento, y que la empresa además sanciona a los trabajadores que reiteradamente se retrasan en su incorporación al puesto de trabajo.

La empresa se opone a las peticiones de CGT, defiende la legalidad de la práctica que se impugna, señalando que si no hay una efectiva prestación de servicios en un periodo de tiempo programado como de trabajo por ínfimo que este sea cesa la obligación de retribuir, dado el carácter bilateral y sinalagmático del contrato de trabajo como ha reconocido reiterada doctrina judicial (a tal fin aporta a efectos ilustrativos diversas resoluciones de Salas de lo Social de TTSSJ) y que en ningún caso supone una multa de haber el no retribuir el trabajo que no ha sido efectivamente realizado por el trabajador salvo en el caso de los permisos retribuidos, sin perjuicio de que si dicha conducta es reiterada pueda ser sancionada como falta de disciplinaria con arreglo al art. 54.2 a E.T y el Convenio sectorial. Finalmente, señala que la naturaleza de las campañas contratadas con terceras empresas hace prácticamente imposible la recuperación del tiempo dejado de trabajar por causa imputable al trabajador en otro momento.

CUARTO.- Para resolver la cuestión que se plantea considera la Sala que es necesario reproducir los siguientes artículos del Convenio sectorial de aplicación:

Artículo 22. Jornada.

Durante la vigencia del presente Convenio, incluida en su caso la prórroga o ultra-actividad, la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo en cómputo anual será de mil setecientas sesenta y cuatro horas, y de 39 horas semanales de trabajo efectivo.

Aquellas empresas que vinieran realizando una jornada máxima en cómputo anual inferior a la establecida en el presente Convenio mantendrán como condición más beneficiosa la jornada actual.

Anualmente se elaborará el calendario laboral en el que deberán figurar los turnos existentes en el centro de trabajo, incluyéndose un anexo de los horarios especiales que puedan pactarse en cada centro de trabajo. Un ejemplar del mismo se expondrá en un lugar visible en cada centro de trabajo.

Artículo 23. Distribución irregular de la jornada.

El número de horas semanales de trabajo efectivo no podrá ser superior a 48 horas durante la vigencia de este Convenio.

Para los contratos a tiempo parcial superior a 30 horas semanales, el número de horas ordinarias de trabajo efectivo, así como en su cómputo máximo semanal, no superará el número de horas que corresponda sobre el porcentaje de sus horas mensuales sobre la jornada completa.

Quienes tengan un contrato a tiempo parcial y una jornada igual o inferior a 30 horas semanales, no podrán superar dicha jornada semanal cuando se distribuya irregularmente.

El descanso semanal podrá acumularse por periodos de hasta catorce días, dentro de los cuales siempre habrá un descanso mínimo de tres días, siendo el límite máximo de trabajo sin descanso de ocho días.

Aquellas empresas que vinieran realizando un límite máximo menor, sin descanso, lo mantendrán como condición más beneficiosa.

No obstante, los trabajadores disfrutarán, en cada periodo de siete días, como mínimo de un día de descanso, de los tres correspondientes a cada periodo de 14 días.

Por acuerdo individual o colectivo se podrá establecer otro sistema de libranza.

La distribución irregular diaria y semanal de la jornada deberá ajustarse mensualmente, de tal forma que, en dicho periodo no podrán realizarse más horas de las que se establecen en el cómputo semanal. A tales efectos habrá que considerar los días festivos existentes en el mes. El ajuste mensual se realizará en la primera semana del mes siguiente.

Artículo 26. Horarios y turnos.

1. Las personas contratadas estarán obligatoriamente adscritas a uno de los turnos de mañana, tarde, partido o noche.

Se fijan como bandas horarias para cada turno las siguientes:

Turno de mañana: no podrá comenzar antes de las 07:00 horas ni terminar después de las 16:00 horas.

Turno de tarde: no podrá comenzar antes de las 15:00 horas, ni terminar después de las 24:00 horas.

Turno noche: no podrá comenzar antes de las 22:00 horas, ni terminar después de las 08:00 horas.

Turno partido: no podrá comenzar antes de las 09:00 horas, ni terminar después de las 20:00 horas; en este turno no podrá mediar entre el final de la primera parte y el principio de la segunda, más de dos horas, sin perjuicio de

acuerdo, individual o colectivo. Se recomienda, no obstante, que este tiempo máximo se acorte. Este turno no podrá aplicarse al personal con jornada igual o inferior a 30 horas semanales.

2. Con el fin de fomentar la contratación a tiempo completo, las partes firmantes acuerdan establecer dos nuevos turnos donde podrán adscribirse únicamente personal a tiempo completo y con jornada continuada.

Intensivo mañana: no podrá comenzar antes de las 9:00 ni finalizar después de las 18:00.

Intensivo tarde: no podrá comenzar antes de las 12:00 ni finalizar después de las 21:00.

En aquellas campañas en las que se establezca alguno de estos turnos y exista personal con contrato a tiempo parcial este tendrá preferencia sobre el personal de nueva incorporación para convertir su jornada a tiempo completo, siempre de forma voluntaria.

De la misma forma, si hubiera personal con contratos indefinidos de jornadas parciales de otras campañas, que cumpla los requisitos necesarios para el puesto y estuviera interesado en la ampliación de la jornada y la incorporación a este turno, tendrán también preferencia sobre las nuevas contrataciones.

Las empresas publicarán la posibilidad de adscribirse a estos turnos con el objeto de acreditar que, antes de realizar cualquier contratación externa para estos turnos, se ha ofrecido la posibilidad al resto de la plantilla de la campaña con contrato a tiempo parcial.

La adscripción a cualquiera de los nuevos turnos deberá llevarse a cabo mediante acuerdo por escrito entre la empresa y la persona interesada.

3. Las empresas publicarán los horarios de trabajo con al menos 14 días de antelación a la fecha de inicio de tales horarios. En aquellas empresas en las que la publicación de los horarios sea mensual, solo el horario correspondiente a la primera semana se podrá publicar con una antelación de 7 días.

Solo se podrán modificarlos horarios, dentro de las bandas fijadas, de un máximo del 20 % de la plantilla, con una semana de antelación.

A tal efecto, este 20 % de la plantilla deberá ser informado de dicha circunstancia a la fecha de publicación de los horarios y se determinará de forma rotativa. Por tanto, el personal que haya sido incluido en este porcentaje no podrá volver a figurar hasta que no haya sido incluido todo el personal de la campaña en dicho porcentaje. De producirse finalmente, la modificación del horario le será notificada por escrito al trabajador o trabajadora.

Las empresas de manera mensual facilitarán a la representación unitaria y sindical el listado nominal de los horarios de trabajo, así como el detalle de las modificaciones posteriores y el listado del personal designado para cubrir las modificaciones en cada periodo.

En los casos en que la campaña o servicio sea de recepción, y se inicie por primera vez, durante el primer mes, y dentro de las bandas señaladas, se conocerá el horario con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas.

En los supuestos en los que la campaña o servicio tenga establecido en origen un horario de ejecución que no permita la utilización de los turnos y de las bandas horarias fijadas, la empresa, previa acreditación del hecho objetivo, podrá acordar con la representación legal de los trabajadores el establecimiento de bandas distintas. Este acuerdo deberá reflejarse en todo caso por escrito.

Por acuerdo colectivo con la representación legal de los trabajadores, que constará por escrito, podrán ampliarse las bandas horarias establecidas.

Mediante acuerdo con la representación legal de los trabajadores, cuyo pacto constará por escrito, se podrán establecer turnos rotativos al amparo de lo dispuesto en el artículo 36.3 del Estatuto de los Trabajadores .

Si por una empresa se demandara la ampliación de las bandas horarias establecidas en el Convenio, en función de necesidades especiales argumentadas, y no se hubiera alcanzado acuerdo colectivo con la representación legal de los trabajadores, aquella o estos podrán pedir la mediación de la Comisión Paritaria de interpretación del Convenio.

Artículo 28. Permisos retribuidos.

1. El personal, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a retribución, y desde que ocurra el hecho causante, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:..."

Artículo 29. Permisos no retribuidos.

Quienes tengan a su cargo hijos o hijas menores de nueve años, o ascendientes mayores de sesenta y cinco años, dispondrán del tiempo necesario para acompañarles a las consultas médicas oportunas, previo aviso y justificación."

Estos preceptos deben ponerse en conexión, a efectos de resolver la litis con los apartados 1 , 2 , y 6 del art. 34 E.T que disponen:

"1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

2. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella.

La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

6. Anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo".

De la normativa convencional y legal expuesta cabe deducir:

1.- Que si bien en el convenio se establece un cómputo anual de la jornada, la distribución irregular de la misma se otorga al empleador dentro de los límites del art. 23 del Convenio de aplicación, y dicha concesión en exclusiva al empleador se deduce tanto del propio texto del convenio, como de lo dispuesto en el 34.2 E.T , pues es una facultad que deriva del poder de dirección y organizador del trabajo que al empleador le otorga el art. 20.1 E.T como manifestación del derecho reconocido en el art. 38 CE a la libertad de empresa.

2.- Que todo trabajador del sector del Contact center para desarrollar la jornada diaria que resulte de lo dispuesto en el apartado anterior, debe encontrarse adscrito a un turno determinado, con arreglo a un horario determinado conforme se prescribe en el art. 26 del convenio sectorial, dentro del calendario laboral correspondiente.

3.- Que el convenio colectivo reconoce en su art. 29 reconoce a los trabajadores un derecho a ausentarse justificadamente al trabajo por unas causas determinadas y sin derecho a la retribución que se hubiera devengado durante dicho periodo de tiempo.

Y ello implica que no existe un derecho del trabajador a que su jornada individual sea redistribuida una vez fijada por causa de retrasos injustificados como se pretende por la actora, pues como se ha dicho tal distribución irregular de la jornada es una facultad empresarial, y por otro lado, implicaría hacer de peor condición al trabajador que previo aviso se ausenta unas horas del trabajo con arreglo al art. 29 del Convenio, que pierde su derecho a la retribución con relación a aquel que sin causa justificativa alguna simplemente llega tarde al su puesto de trabajo.

El hecho de que la empresa y la representación de los trabajadores suscribieran el 9-8-2016 un sistema de compensación por aquellos periodos de tiempo en que la última de las llamadas atendidas dentro del turno se prolongue más allá del momento finalización del mismo, no obliga al empleador a dar trabajo al empleado para compensar su tardía incorporación.

QUINTO.- Despejado lo anterior debemos analizar si la detracción que efectúa la empresa de los salarios mensuales que perciben los trabajadores constituye una multa de haber o cualquier tipo de sanción encubierta.

Hemos de señalar que la Jurisprudencia del TS ha perfilado el concepto de multa de haber- proscrita por el art. 58.3 E.T - como aquella sanción que impone el empleador al trabajador que incurre en un incumplimiento contractual que implica la pérdida de un determinado concepto salarial que ha sido efectivamente devengado por el trabajador. Así la STS de 6-7-1.994 (rec. 219/1993) consideró que no existía multa de haber cuando la obtención de una determinada recompensa o premia previsto en un Reglamento de régimen interior se supeditaba a que el empleado cumpla cuarenta años de servicios efectivos en la empresa, sin que conste en el expediente personal sanción por falta grave que no haya sido cancelada previamente, también se consideró que no existía multa de haber sino una válida cláusula penal con arreglo a lo dispuesto en el art. 1152 C. c . en la STS de 16-3- 2.005 (rec. 118/2.003) en un precepto convencional que establecía que "el incumplimiento por parte de los trabajadores de preavisar con la indicada antelación, dará derecho a las empresas a descontar de

la liquidación que les corresponda por finalización del contrato el importe del salario de un día por cada día de retraso en el preaviso". Por el contrario, la STS de 16-6-2.009 (rec. 145/2.007) estimó que existía multa de haber cuando la percepción de un complemento salarial de productividad se supeditaba al hecho de no haber sido sancionado el trabajador disciplinariamente.

Resultando pues que para que exista multa de haber es necesario que haya un efectivo devengo del salario, hemos de concluir que la práctica empresarial que se impugna en modo alguno supone la imposición de una multa de haber, pues cuando no existe una efectiva prestación de servicios por parte del trabajador, no se devenga salario alguno más allá de los supuestos previstos legal o convencionalmente (permisos retribuidos o vacaciones (arts 37 y 38 E.T) , o falta de ocupación efectiva imputable al empleador (art. 30 E.T). Y ello es así por las siguientes razones:

1.- Porque el carácter bilateral y sinalagmático del contrato de trabajo que se infiere con claridad de los arts. 1.1 y 8.1 del E.T y que analizó detalladamente la SAN de 4-5-2015 (autos 50/2.015), implica que la causa del contrato de trabajo son las obligaciones recíprocas que contraen trabajador y empleado de trabajar y retribuir, de forma que con arreglo al art. 1.124 Cc el trabajador no puede reclamar salario alguno por periodos de tiempo por ínfimos que estos sean en los que no exista efectiva prestación de servicios.

2.- En consonancia con lo anterior, el art. 26.1 E.T señala que " *Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo*", previendo la posibilidad de que el salario se fije convencionalmente por unidad de tiempo en su apartado 3. Ello ha de implicar que por los periodos en que no exista trabajo efectivo, salvo las excepciones antes referidas no exista obligación de retribuir.

3.- Finalmente, y también en armonía con todo lo razonado, el art. 30. E.T obliga al empresario al abonar salarios los salarios devengados en los supuestos en que el trabajador no pueda prestar servicios por causa imputable al empleador, lo que a contrario sensu, como ha puesto de manifiesto el letrado de la empresa implica que si se encuentra dispensado de retribuir aquellos periodos en los que la falta de prestación de servicios sea imputable al trabajador.

SEXTO.- Aunque expresamente no se exprese en la demanda, infiriéndose del contenido de la misma, y de las alegaciones vertidas por las partes en el acto del juicio, hemos de señalar que el hecho de que la empresa cuando compruebe que los trabajadores sancione bien con amonestaciones bien son suspensiones de empleo y sueldo, bien con despidos, las ausencias y retrasos de los trabajadores, a la vez que detrae de sus salarios los que se hubieran devengado de haber existido una efectiva prestación de servicios, no supone una doble sanción, por cuanto que la detracción de salarios obedece al lógico desarrollo dinámico de un contrato de naturaleza bilateral y sinalagmática como es el de trabajo como arriba se ha expuesto sin que implique el ejercicio de potestad disciplinaria alguna, mientras que las sanciones arriba mencionadas obedecen al legítimo ejercicio de la potestad disciplinaria previsto legal y convencionalmente.

SÉPTIMO. - Por todo lo razonado se dictará sentencia desestimatoria de la demanda.

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

FALLAMOS

Desestimamos la demanda deducida por CGT frente a ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A., a la que se adherieron USO, CCOO, CIG, CSIF, UGT, STC y FASGA, absolviendo a los demandados de las peticiones frente a ellos formuladas por la actora.

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 0115 19; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0115 19, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

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 CENDOJ