

Conflicto colectivo. ATENTO. Falta de abono del salario no devengado como consecuencia de la impuntualidad del trabajador en los fichajes de entrada. No es una multa de haber. Voto particular.

CASACION núm.: 182/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 582/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

Dª. Rosa María Virolés Piñol

Dª. María Luz García Paredes

Dª. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 27 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Letrada Dª Coral Gimeno Presa, en nombre y representación del sindicato Confederación General del Trabajo (CGT), a la que se adhirieron la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT) representada y asistida por el Letrado D. Juan Lozano Gallen y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CC.OO.), representada y asistida por el Letrado D. Enrique Lillo Pérez y la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) representada y asistida por el Letrado D. Pedro Poves Oñate. contra la sentencia dictada el 20 de junio de 2019, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento 115/2019, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia del sindicato CGT, a la que se adhirieron los sindicatos personados la Unión Sindical Obrera (USO), la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CC.OO.), la Confederación Sindical Galega (CIG), la Central Independiente y de Funcionarios (CSI-F), la Federación Estatal de Servicios de la Unión General de Trabajadores (UGT), el Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (STC) y la Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA) contra la empresa Atento Teleservicios España S.A., Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB), Eusko Langileen Alkartasuna (ELA-STV), sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido en concepto de recurrido la empresa Atento Teleservicios España S.A., representada y asistida por el Letrado D. Enrique García Arévalo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación del sindicato Confederación General del Trabajo (CGT) se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, a la que se adhirieron los sindicatos personados USO, CC.OO., CIG, CSIF, UGT, STC y FASGA y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimó de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia mediante la 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, 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. Y condene a la empresa a estar y pasar por la anterior declaración a todos los efectos."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- En fecha 20 de junio de 2019 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo:

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

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

«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 partícipes asociados a dichos servicios.- conforme-.

TERCERO. El Convenio Colectivo de aplicación es el II Convenio Estatal para el Sector del 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.-»

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada de la Confederación General del Trabajo, al que se adhirieron la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT) y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CC.OO.), siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por la representación letrada de Atento Teleservicios España, SA, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de mayo de 2021, en que tuvo lugar. En dicho acto, la Excm. Sra. Magistrada Ponente, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Juan Molins García Atance.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

1.- La controversia litigiosa radica en dilucidar si constituye una multa de haber la práctica empresarial de Atento Teleservicios España SA consistente en no abonar a sus trabajadores la retribución correspondiente al tiempo en que no prestan servicios laborales por los retrasos de los empleados al incorporarse a sus puestos de trabajo.

La sentencia de instancia desestima la demanda de conflicto colectivo en la que se solicitaba que se declarase contraria a derecho la citada práctica empresarial, así como que se reconociese el derecho de los trabajadores a percibir las correspondientes diferencias retributivas.

2.- El sindicato Confederación General del Trabajo (CGT) interpuso recurso de casación ordinario, formulando tres motivos al amparo del art. 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), en los que denuncia la infracción de los siguientes preceptos:

- a) Los arts. 9.3, 10.2, 1 y 35 de la Constitución; arts. 30 y 31 de la Ley de Tratados Internacionales; y art. 1 del Convenio 95 de la OIT.
- b) El art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET); art. 8 del Convenio 95 de la OIT; y art. 4.5 de la Carta Social.
- c) Los arts. 3.1, 54.2, 58 y 1 del ET en relación con los arts. 65, 66, 67 y 68 del II Convenio Estatal para el Sector del Contac Center.

La parte recurrente argumenta que el empleador efectúa una detracción salarial que constituye una sanción porque el salario comprende no solo el trabajo efectuado sino el trabajo debido o los salarios que se hayan debido prestar; sin que el ET, el convenio colectivo ni la normativa internacional autoricen el descuento de salario por la impuntualidad del trabajador. Además, alega que la norma colectiva prevé la imposición de sanciones por falta de puntualidad, lo que, a juicio de esta parte procesal, impide que el empleador pueda descontar en nómina las faltas de puntualidad porque constituye un incumplimiento laboral que no está previsto ni en la ley ni en el convenio colectivo.

3.- La empresa Atento Teleservicios España SA presentó escrito de impugnación del recurso de casación en el que manifiesta que la parte recurrente ha introducido en el recurso de casación un debate completamente nuevo respecto del que se ventiló en la instancia. Esta parte procesal sostiene que en la demanda rectora solo

se desarrollan dos argumentos jurídicos, relativos al art. 22 del Convenio Colectivo Estatal del sector de contact center y al art. 58 del ET. Por ello, sostiene que los restantes argumentos de la parte recurrente son novedosos. Además, niega que la sentencia de instancia vulnere dichos preceptos y solicita su confirmación.

4.- La Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT) y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CC.OO.) se adhirieron al recurso.

El Ministerio Fiscal informó en contra de la procedencia del recurso.

SEGUNDO

1.- La naturaleza extraordinaria del recurso de casación impide plantear cuestiones nuevas que no se suscitaron en la instancia (por todas, sentencias del TS de 17 de mayo de 2017, recurso 221/2016; 19 de julio de 2018, recurso 158/2017 y 15 de junio de 2020, recurso 167/2018). La controversia litigiosa se fija en la instancia, sin que sea dable suscitar extemporáneamente en casación ordinaria cuestiones que no se alegaron ante la Audiencia Nacional. La consecuencia es que todo motivo casacional novedoso debe ser rechazado de plano.

2.- En la demanda rectora de la presente litis únicamente se invocan los arts. 22, 65, 66 y 67 del II Convenio Estatal para el Sector del Contac Center y el art. 58 del ET, alegando que la citada norma colectiva contempla la falta de puntualidad como una conducta sancionable y que la práctica empresarial de descontar de las nóminas mensuales los retrasos en la entrada constituye una sanción encubierta.

En el acto del juicio oral la parte actora se ratificó en la demanda y, sin cita de precepto legal ni doctrina jurisprudencial alguna, argumentó:

- a) Se trata de una sanción encubierta al margen del procedimiento sancionador previsto en el Convenio Colectivo Estatal de contact center.
- b) No hay ninguna sanción en el procedimiento sancionador establecido en dicha norma colectiva consistente en el descuento de la nómina.
- c) La empresa tiene como referencia el cómputo mensual y no el anual de jornada establecido en el citado convenio colectivo.
- d) Se vulnera el cumplimiento recíproco de las obligaciones y deberes de buena fe si la empresa acude directamente a descontar los retrasos.

3.- Los sindicatos personados se adhirieron a la demanda. CC.OO. argumentó:

- a) El descuento encubre una sanción de multa de haber porque al trabajador no se le da la posibilidad de justificar la impuntualidad.
- b) Tampoco se da a los empleados la posibilidad de compensar, por lo que es un autoritarismo empresarial.

4.- El Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (STC) se refirió a la especificidad del Convenio Colectivo Estatal de contact center, que establece una jornada ordinaria anual, no diaria ni mensual.

5.- En consecuencia, la invocación por primera vez en el escrito de interposición del recurso de casación de los arts. 9.3, 10.2, 1 y 35 de la Constitución; de los arts. 30 y 31 de la Ley de Tratados Internacionales; de los arts. 1 y 8 del Convenio 95 de la OIT; del art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET); del art. 4.5 de la Carta Social; de los arts. 3.1 , 54.2 y 1 del ET; y del art. 68 del II Convenio Colectivo Estatal del Sector de contact center; y los argumentos vinculados a dichos preceptos legales, constituyen cuestiones nuevas suscitadas en este recurso extraordinario, lo que impide entrar en su examen, debiendo limitarnos a conocer de las alegaciones vertidas tanto en la instancia como en casación.

TERCERO

Las argumentaciones vertidas en el fundamento de derecho anterior, derivadas de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, no impiden que, por aplicación del principio iura novit curia, este Tribunal pueda y deba examinar el tratamiento jurídico del salario.

- a) El art. 26.1 del ET dispone: *"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."*
- b) El art. 30 del ET acuerda: *"Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, este conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo."*

c) El art. 58.3 del ET establece: *"No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber."*

d) El art. 26.1 del II Convenio Estatal para el Sector del Contac Center estatuye:

"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 [...]"

e) El art. 29 del II Convenio Estatal para el Sector del Contac Center regula los permisos no retribuidos para acompañar al médico a los hijos menores de nueve años o ascendientes mayores de sesenta y cinco años.

CUARTO

1.- La sentencia del TS de 16 de junio de 2009, recurso 145/2007, declaró nulo un precepto de un convenio colectivo que condicionaba la percepción de un complemento de productividad a que durante el periodo evaluado el trabajador no hubiera sido sancionado por la comisión de una falta grave o muy grave, aunque superase los módulos de evaluación anual, argumentando que se trataba de una sanción encubierta, constituyendo en la práctica una multa de haber, proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, por conllevar la privación del complemento de productividad una pérdida o perjuicio económico para el trabajador.

2.- La sentencia del TS de 16 de marzo de 2005, recurso 118/2003, rechazó que tuviera la naturaleza de multa de haber un precepto convencional que daba derecho al empleador a descontar un día de salario por cada día de retraso en el cumplimiento del preaviso de la extinción contractual, argumentando que se trataba de una cláusula penal.

3.- La sentencia del TS de 6 de julio de 1994, recurso 219/1993, negó que fuera una multa de haber el precepto de un reglamento de empresa que establecía una recompensa de cien mil pesetas para el trabajador que cumpliera cuarenta años de servicios efectivos en la empresa, salvo que constase en el expediente personal sanción por falta grave que no haya sido cancelada previamente. Este Tribunal

argumentó que:

"el premio o recompensa por los cuarenta años de servicios efectivos sin sanción no cancelada correspondiente a falta grave, no traduce el supuesto en una multa de haber, sino que es una recompensa por una ejecutoria profesional así determinada".

QUINTO

1.- La empresa demandada proporciona servicios de contact center en virtud de contratos mercantiles con clientes que se dimensionan con arreglo a horas o incluso a medias horas. Los retrasos injustificados de los trabajadores en su incorporación a sus puestos de trabajo pueden dar lugar a penalizaciones para la empresa. Se declara probado que existen dificultades para compensar dichos retrasos con trabajo efectuado en un turno distinto.

Es cierto que el convenio colectivo establece una jornada anual. Pero los trabajadores están adscritos a turnos determinados, con arreglo a un horario fijado conforme al art. 26 del convenio colectivo sectorial, fichando a la entrada y salida. Si la última llamada atendida por el trabajador en su turno se prolonga más allá del momento de finalización del mismo, no se puede interrumpir la atención telefónica, razón por la cual se aprobó un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores en fecha 9 de agosto de 2016 estableciendo un sistema de compensación con descansos para estos trabajadores. Se trata de un supuesto concreto y específico, que ha sido regulado por un acuerdo entre el empleador y los representantes de los trabajadores en el sentido de compensar esos excesos de jornada con descansos.

2.- El salario retribuye el trabajo efectivo o el tiempo de descanso computable como de trabajo (art. 26.1 del ET). El art. 30 del ET establece que el trabajador conservará el derecho a su salario si no presta servicios por causa imputable al empresario y no al trabajador. En el caso contrario, si la falta de prestación de servicios es imputable únicamente al trabajador, que al incorporarse a su puesto de trabajo se retrasa, sin causa justificada, no concurre la prestación de servicios laborales que conlleva el devengo de la retribución.

Durante el tiempo en que el trabajador no presta servicios laborales, teniendo obligación de hacerlo, sin justificación alguna, el carácter sinalagmático del contrato de trabajo supone que no se devenga salario, sin que ello suponga una multa de haber.

En efecto, la multa de haber consiste en la detracción de salario devengado o al que el trabajador tiene derecho. En el supuesto enjuiciado, el trabajador no tiene derecho a percibir dicho salario porque no ha prestado servicios por causa imputable únicamente a él.

3.- El II Convenio Estatal para el Sector del Contac Center tipifica como faltas leves, graves o muy graves las faltas reiteradas de puntualidad; y el art. 54.2.a) del ET considera incumplimientos contractuales las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad al trabajo. Pero ello no supone que el empleador deba abonar el salario correspondiente al tiempo no trabajado debido a la impuntualidad del empleado.

Si el trabajador incurre en varias faltas de puntualidad, causa un perjuicio a Atento, que es una empresa de contact center que tiene que prestar servicio en las franjas horarias pactadas con los clientes. Se trata de un incumplimiento contractual que, si es reiterado, justifica el ejercicio del poder disciplinario por el empleador.

Además, sin que ello suponga una doble sanción, el empleador no está obligado a abonar el salario correspondiente al tiempo en que el trabajador no prestó servicios por causa imputable únicamente a él.

Lo mismo sucede con el incumplimiento contractual consistente en la falta de asistencia injustificada al trabajo [art. 54.2.a) del ET]. El hecho de que el empleador sancione esa conducta del trabajador no supone que deba abonarle el salario correspondiente a los días de inasistencia injustificada porque el ejercicio del poder disciplinario no conlleva que se devengue la retribución indebida.

El convenio colectivo sectorial establece que las ausencias justificadas al trabajo para acompañar a las consultas médicas a determinados familiares constituyen permisos no retribuidos, sin que se devengue retribución. Con mayor razón aún, no se devengará retribución alguna si la ausencia es injustificada.

SEXTO

1.- A mayor abundamiento, la sentencia de instancia no ha vulnerado los preceptos invocados por la parte recurrente por primera vez en casación: los arts. 9.3, 10.2, 1 y 35 de la Constitución; los arts. 30 y 31 de la Ley de Tratados Internacionales; los arts. 1 y 8 del Convenio 95 de la OIT; el art. 3.5 del ET; el art. 4.5 de la Carta Social; los arts. 3.1, 54.2 y 1 del ET; y el art. 68 del II Convenio Estatal para el Sector del Contac Center.

Ninguno de los preceptos jurídicos invocados por la parte recurrente ex novo en

casación, impone al empleador el abono del salario cuando la falta de prestación de servicios laborales es imputable únicamente al trabajador, dicha prestación se realiza en unos turnos con unos horarios concretos, los retrasos injustificados de los trabajadores en su incorporación a sus puestos de trabajo pueden dar lugar a penalizaciones para la empresa, existen dificultades para compensar dichos retrasos con trabajo efectuado en un turno distinto y no se ha reconocido el derecho de los trabajadores de esa empresa a que, una vez fijado su horario, si se produce una falta de puntualidad injustificada imputable al empleado, pueda prestar servicios en otro momento para compensar su tardía incorporación. No se ha producido un descuento de salario efectivamente devengado por el trabajador.

2.- Se trata de un supuesto distinto de aquéllos en los que el TS ha declarado la existencia de una multa de haber. En ellos, el trabajador había devengado el correspondiente salario, del que había sido privado como consecuencia de una sanción encubierta. En la presente litis no se ha devengado salario por el citado periodo de tiempo, lo que, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, obliga a desestimar el recurso de casación interpuesto, confirmando la sentencia de instancia. Sin condena al pago de las costas (art. 235.2 de la LRJS).

F A L L O

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 ordinario interpuesto por la representación del sindicato Confederación General del Trabajo contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en fecha 20 de junio de 2019, procedimiento 115/2019, confirmando la sentencia. Sin condena al pago de las costas.

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

Así se acuerda y firma.

Voto Particular

Que formula la Magistrada Excm.a Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol, a la sentencia dictada en el recurso de casación nº 182/2019.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), formulamos Voto

Particular (VP) discrepante a la sentencia dictada en el recurso de casación número 182/2019 para exponer la tesis que sostuvimos en la deliberación, acogiéndonos de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, por cuanto oportunamente se dirá, basando el presente voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA

A modo de antecedente y por su interés, cabe señalar que:

1.- Por la CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO (CGT) se formula demanda de Conflicto Colectivo contra 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), y EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA-STV), en la que solicita 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.

Señala 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 de incorporarse al mismo, y 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 incurrir 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 las organizaciones sindicales comparecientes.

2.- Seguido el procedimiento por sus trámites, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 20 de junio de 2019, por la que desestima la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones en su contra formuladas.

SEGUNDA.-

1.- Contra la referida sentencia se interpone recurso de casación por la representación de la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT), articulando tres motivos de recurso al amparo de lo dispuesto en el art. 207 e) de la LRJS, en los siguientes términos:

- a) Denuncia la infracción del art. 9.3 CE de jerarquía normativa y arts.30 y 31 de la Ley de Tratados Internacionales y de los arts. 10.2 CE y 35 CE en relación con el art. 1 del Convenio 95 de la OIT.
- b) Infracción del art. 3.5 ET al contravenirse normas de derecho necesario no renunciables por los trabajadores, y concretamente el art. 8 del Convenio 95 de la OIT, y art. 4.5 de la Carta Social, vulnerando el derecho de los trabajadores consagrado en ellos a la limitación de los descuentos de los salarios.
- c) Infracción del art. 3.1 ET por aplicación supletoria del Código Civil en relación con los arts.54.2 y 58 del ET, con los arts. 65, 66, 67 y 68 del II Convenio Estatal para el Sector del Contac Center 2015-2019 firmado el 30/05/2017, y por infracción del art. 1 del ET al aplicarse a un mismo hecho en el seno de la relación laboral el Código Civil y el Estatuto de los Trabajadores.

En definitiva la recurrente entiende que la detracción que efectúa el empresario directamente de las nóminas de los trabajadores de los retrasos injustificados constituye una sanción prohibida, y que siendo el salario un derecho fundamental, debe ser interpretado conforme al art. 10.2 CE de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España (en relación al Convenio 95 de la OIT), que deben aplicarse no solo al trabajo efectivo sino también al debido; que todo descuento de salario, incluidas las multas disciplinarias, deben venir autorizadas por la ley, el convenio colectivo o un laudo arbitral; y por último que el Convenio Colectivo de aplicación regula en régimen disciplinario y en concreto las faltas de puntualidad y las correspondientes sanciones. Por ello interesa la revocación de la sentencia recurrida estimando la demanda.

2.- La sentencia, en su voto mayoritario, desestima el recurso, con base en que *"no se ha devengado salario por el citado periodo de tiempo"* señalando que los preceptos invocados como infringidos, no imponen al empleador el abono del salario cuando la falta de prestación de servicios laborales es imputable únicamente al trabajador.

Dicho sea, con los debidos respetos al voto mayoritario, no puedo compartir la referida conclusión.

Son hechos probados decisivos para la resolución del supuesto planteado:

- a) El Convenio Colectivo de aplicación es el II Convenio Estatal para el Sector del 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. (h.p. 3º)

- b) 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 (h.p. 4º).
- c) 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 (h.p. 5º).
- d) 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 (h.p. 6º).
- e) 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 (h.p. 7º).

3.- Conforme al art. 54.2 del ET, se consideran incumplimientos contractuales, *"las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo"*.

Asimismo, el art. 58 del ET regula las faltas y sanciones de los trabajadores, señalando que:

"Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable".

El convenio colectivo aplicable (II Convenio Estatal para el Sector del Contac Center 2015-2019 publicado el 12 de julio de 2017 en el BOE Nº 165), dentro del régimen disciplinario regula las faltas de puntualidad como falta leve, en el supuesto de más de tres faltas de puntualidad durante 30 días sin que exista causa justificada (art. 65); grave (más de cuatro faltas de puntualidad en la asistencia al trabajo en un periodo de 30 días), y cuando se tuviera que relevar a un compañero o compañera bastará con una falta de puntualidad para que esta se considere como grave, siempre que no exista causa justificada (art. 66), y muy grave, más de doce faltas no justificadas de puntualidad cometidas en el periodo de seis meses o de 30 días en un año, aunque hayan sido sancionadas injustificadamente (art. 67).

El art. 68 del Convenio colectivo aplicable establece el cuadro de sanciones:

- **Por falta leve:** amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión de empleo y sueldo de hasta dos días.
- **Por falta grave:** suspensión de empleo y sueldo de uno a diez días, inhabilitación para el ascenso durante un año.
- **Por falta muy grave:** suspensión de empleo y sueldo de once días a tres meses,

pérdida temporal o definitiva del nivel profesional laboral y despido.

La detracción que efectúa la empresa al margen del régimen disciplinario establecido en el Convenio colectivo aplicable constituye una *"multa de haber"*, entendida 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.

La práctica de detracción o descuento directo por parte de la empresa en la nómina mensual del importe correspondiente al retraso en incorporarse las personas trabajadoras a su puesto de trabajo, por no prevista en norma legal ni convencional alguna, existiendo una regulación específica en el convenio colectivo sobre la materia, ha de estimarse que **constituye una sanción encubierta y es práctica ilícita**, pues no se acredita impedimento alguno para que la persona trabajadora pueda recuperar el retraso en otro momento al ser la jornada anual como se interesa.

Como hemos indicado, las faltas, su graduación y las sanciones a ellas aparejadas han de tener su soporte normativo, por mandato expreso prevenido en el artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores 2015, en las disposiciones legales o convencionales que fueren aplicables.

El empresario tiene legalmente atribuido el llamado *"poder disciplinario"*, que le permite adoptar decisiones sancionadoras, de eficacia directa o inmediata y sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad, en relación a aquellos trabajadores que no cumplen con sus obligaciones laborales. Correlativamente, el trabajador tiene derecho a instar y obtener ante la jurisdicción social la revisión judicial de la decisión empresarial sancionadora. Todo ello dentro del marco legal, en el que no se encuentra la denominada *"multa de haber"*.

TERCERA.- Por todo ello, estimo que no procede la detracción realizada por la empresa al margen de las normas legales y convencionales, y debió determinar la estimación del recurso.

Es en este sentido que formulo el presente voto particular.

En Madrid, a 27 de mayo de 2021.