

CASACION núm.: 62/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

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

Att Begoña Perez Crespo
notif 23-5-19
notif barcelona
Ficha 142 (7)

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social

Sentencia núm. 320/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

En Madrid, a 23 de abril de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Asociación Catalana de empresarios de Ambulancias (ACEA), representada y defendida por el Letrado Sr. Martínez del Castillo, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 16 de noviembre de 2017, en autos nº 36/2017, seguidos a instancia de la C.S. de la Comisión Obrera Nacional de Cataluña (sindicato CC.OO.) contra dicha recurrente, sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido en concepto de recurrida la C.S. de la Comisión Obrera Nacional de Cataluña (sindicato CC.OO.), representada y defendida por la Letrada Sra. Pérez Crespo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La C.S. de la Comisión Obrera Nacional de Cataluña (sindicato CC.OO.), interpuso demanda de conflicto colectivo del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que estimando la demanda, se declare el derecho de todos los trabajadores afectados por el ámbito de este conflicto a que su retribución de vacaciones incluya el promedio anual de todas sus retribuciones debiendo incluir los siguientes conceptos: salario de convenio (art. 12), plus de antigüedad (art. 13), complemento de asistencia y puntualidad (art. 18), horas de presencia (art. 14), retribución específica del trabajo nocturno (art. 19), festividad y domingos (art. 21). Y, en consecuencia, se condene a la asociación patronal demandada a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 16 de noviembre de 2017 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: «Que estimando la demanda interpuesta por la Confederació Sindical de la Connissió Obrera Nacional de Catalunya debemos de condenar y condenamos a la demandada Associació Catalana d'Empresaris d'Ambulàncies a abonar en el período de vacaciones anual la retribución correspondiente al promedio de las horas de presencia, el plus de nocturnidad, y el plus de domingos y festivos, en los términos solicitados».

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

«1º.- La C.S. de la Comisión Obrera Nacional de, Cataluña (Sindicato Comisiones Obreras) interpuso el 26 de Septiembre de 2007 demanda de Conflicto Colectivo contra la

Associació Catalana d'Empresaris d'Ambulàncies (ACEA), solicitando en sustancia que en la retribución de las vacaciones anuales se incluyeran los conceptos del Convenio Colectivo, que la empresa no abona de horas de presencia, reguladas en el art. 14 del Convenio colectivo, plus nocturno, reguladas en el art. 19, y domingos y festivos, regulados en el art. 21.

2º.- Al presente conflicto colectivo es aplicable el convenio colectivo de trabajo para empresas y trabajadores de enfermos y accidentados en ambulancia (transporte sanitario) publicado en el diario oficial de la Generalitat de Cataluña de 18/2/2014.

3º.- El artículo 22 del referido convenio sobre vacaciones dispone que, "los trabajadores/as de las empresas afectadas por el presente convenio tendrán derecho al disfrute de un periodo anual de 30 días naturales de vacaciones retribuidas, conforme al salario Convenio más antigüedad, más el complemento de asistencia y puntualidad si corresponde conforme a las reglas del artículo 18".

4º.- De este modo el Convenio excluye de la retribución de vacaciones de los conceptos reclamados de horas de presencia, regulado en el artículo 14 del Convenio. Este artículo dispone que "dadas las especiales características que concurren en este sector, como consecuencia de la permanente disponibilidad del personal de movimiento para atender estos servicios públicos, que comporta la existencia de *las horas de presencia* establecidas en el artículo 20 de este Convenio, éstas no pueden ser consideradas como tiempos de trabajo efectivo y, por tanto, no son computables, según establece expresamente el real decreto 1561/1995, de 21 de septiembre". Sigue disponiendo el párrafo tercero de este artículo que "ambas partes, atendidas las particularidades del sector y considerando estas circunstancias, acuerdan fijar como valor cierto, fijo y unitario por estas horas, las que figuran en la columna correspondiente al anexo". En este anexo 1 se fija un precio hora correspondiente a las diversas categorías profesionales que contempla, juntamente con los salarios que denomina de convenio, salario base y complemento de formación.

5º.- El artículo 20 del Convenio sobre jornada laboral ordinaria, y que regula por un lado el tiempo de trabajo efectivo y por otro el tiempo de presencia, establece que "las empresas están facultadas para organizar el trabajo de acuerdo a las necesidades del servicio, pudiendo establecer los correspondientes turnos entre el 1. personal para asegurar la atención preventiva y real, desde las cero a las 24 horas, durante 365 días al año".

6º.- El trabajo nocturno se regula en el artículo 19 del convenio colectivo. Conforme al mismo "tendrá la remuneración específica que se determina en la tabla de nocturnidad del anexo 2...". Este anexo regula el plus de nocturnidad por un precio 1 hora distinto según las diversas categorías profesionales que incluye. Esta remuneración la percibirá quien "preste servicio entre las 22 horas y las seis horas... por cada hora que trabaje en este horario".

7º.- El artículo 21 del Convenio regula el trabajo en festividades y domingos. Establece una retribución para a) festividades especiales, considerando como tales el 25 de diciembre; en 1 de enero, viernes Santo, Pascua florida y 24 de junio, en que se percibirá la cantidad de 5,43 € por hora trabajada en festivo, b) retribución de festivos no locales, en que se percibirá la cantidad de 2,71 € por hora trabajada; c) retribución de festivos locales, en que se percibirá la cantidad de 2;17 € por hora trabajada; d) retribución de domingos no coincidentes

con festivos, en que se percibiera la cantidad de 0,53 por hora trabajada. Finalmente se señala que no tendrán retribución las fiestas recuperables.

8º.- Comisiones Obreras planteó la cuestión a la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo autonómico del transporte sanitario, en su reunión del 14 de julio de 2017; en ellas la asociación manifestó que no tiene ningún inconveniente en abonar estos conceptos de vacaciones siempre y cuando se respeten los importes anuales pactados en Convenio. La reunión concluyó sin acuerdo (folio 49 de los autos).

9º.- No consta la frecuencia con que la organización del trabajo efectuado por la empresa afecta en general a los trabajadores en cuanto a la realización de horas de presencia, trabajo nocturno y domingos y festivos».

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la Asociación Catalana de empresarios de Ambulancias (ACEA). Su Letrado, Sr. Martínez del Castillo, en escrito de fecha 14 de Febrero de 2018, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art. 22 del convenio en relación con el art. 14, 20 y anexo I del mismo, infracción arts. 1195 y siguientes, 1202 CC, art. 26.5, 85 y 86.3 ET, arts. 37 y 38 CE y art. 7.2 de Convenio 132 OIT. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción art. 22 convenio, en relación con el art. 19 y anexo I del mismo, infracción arts. 1195 y siguientes, 1202 CC, art. 26.5, 85 y 86.3 ET, art. 37 CE, art. 7.2 convenio 132 OIT.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 23 de abril actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Nuevamente debemos resolver un conflicto colectivo referido al modo en que hayan de retribuirse las vacaciones. La sentencia de instancia ha estimado la demanda y quien recurre es la entidad empleadora. Pero estamos en un litigio de conflicto colectivo; el debate, como de inmediato se comprobará, discurre al margen de concretas valoraciones fácticas y se desliza hacia el alcance del convenio colectivo.

1. Demanda y términos del conflicto.

Con fecha 26 de septiembre de 2017 la Abogada de la Comissió Obrera Nacional de Catalunya, del Sindicato Comisiones Obreras (CCOO) presenta demanda de Conflicto Colectivo frente a la Associació Catalana d'empresaris d'ambulàncies (ACEA). Solicita que se declare el derecho del personal afectado a que durante las vacaciones anuales se le retribuya con determinados pluses, además de los ya contemplados en el artículo 22 del Convenio Colectivo. En concreto, pide que se incluya los conceptos de horas de presencia (artículo 14), plus nocturno (artículo 19), así como domingos y festivos (artículo 21).

Invoca diversa jurisprudencia comunitaria y ordinaria sobre la obligación de que las vacaciones se compensen con el promedio salarial de todos los conceptos. En particular, alude a la doctrina acogida por la STS 497/2016 de 8 junio, que obliga a realizar una "interpretación conforme" de lo previsto en el artículo 22 del convenio colectivo.

Lo pedido es "el derecho de todos los trabajadores y trabajadoras afectados por el ámbito de este conflicto a que su retribución de vacaciones incluya el promedio anual de todas las retribuciones debiendo incluir los siguientes conceptos: Salario de convenio (artículo 12). Plus de antigüedad (artículo 13). Complemento de asistencia y puntualidad (artículo 18). Horas de presencia (artículo 14). Retribución específica del trabajo nocturno (artículo 19). Festividad y domingos (artículo 21)".

2. Regulación convencional.

En el ámbito afectado por el conflicto colectivo se aplica el Convenio Colectivo para empresas y trabajadores de enfermos y accidentados en ambulancia (transporte sanitario) publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña de 18 de febrero de 2014 (código de convenio núm. 79001955012002). Puesto que el conflicto, en realidad, versa sobre el ajuste a Derecho de sus previsiones en materia de retribución vacacional, resulta conveniente examinar el artículo 22 del convenio ("Vacaciones"). Conforme al mismo "los trabajadores/as de las empresas afectadas por el presente convenio tendrán derecho al disfrute de un periodo anual de 30 días naturales de

vacaciones retribuidas, conforme al salario Convenio más antigüedad, más el complemento de asistencia y puntualidad si corresponde conforme a las reglas del artículo 18".

En otros preceptos el convenio regula las "horas de presencia" (art. 14), el "trabajo nocturno" (art. 19) o las tareas en "festividades y domingos" (art. 21), situaciones que generan una retribución específica.

3. Sentencia recurrida.

Mediante su sentencia 41/2017 de 16 de noviembre, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña pone fin al procedimiento de conflicto colectivo (nº 36/201) de referencia, dictando una sentencia estimatoria. De su contenido interesa resaltar lo que sigue:

A) El objeto del litigio consiste en determinar si las horas de presencia, las horas trabajadas en periodo nocturno y los días trabajados en domingo y festivos han de computar o no para la retribución correspondiente a las vacaciones anuales.

B) Da cuenta de que la ACEA no tiene ningún inconveniente en abonar estos conceptos de vacaciones siempre y cuando se respeten los importes anuales pactados en Convenio.

C) El HP Noveno refleja que "No consta la frecuencia con que la organización del trabajo efectuado por la empresa afecta en general a los trabajadores en cuanto a la realización de horas de presencia, trabajo nocturno y domingos y festivos".

D) La sentencia reproduce diversa jurisprudencia comunitaria y nacional, para concluir en su Fundamento Tercero en sentido estimatorio, siempre por referencia al "promedio de los conceptos demandados". Los argumentos que apoyan esa decisión son los siguientes:

- La necesidad de transporte urgente surge de improviso en cualquier momento de cualquier día, por lo que exige personal disponible en todo momento.
- Los conceptos salariales discutidos son propios de ese tipo de trabajo o de disponibilidad. Se trata de retribuciones ordinarias, no excepcionales.
- La retribución de las vacaciones en tales casos ha de incluir todos los conceptos que son la contraprestación de una prestación modalizada por sus especiales características, que no puede limitar la prestación a una jornada diurna, en días laborables, y sin consideración a períodos de espera de los enfermos en las circunstancias que se presenten.
- La retribución en tales casos de las vacaciones meramente con el salario de convenio, sin consideración a los pluses discutidos, desconoce la retribución de actividades ordinariamente realizadas, y que deben necesariamente realizarse, atendidas las características de la actividad.

E) La parte dispositiva condena a la ACEA “a abonar en el período de vacaciones anual la retribución correspondiente al promedio de las horas de presencia, el plus de nocturnidad, y el plus de domingos y festivos, en los términos solicitados”.

4. Recurso de casación.

Disconforme con la sentencia de instancia, la Asociación demandada (ACEA) interpone recurso de casación con fecha 14 de febrero de 2018, estructurándolo en tres extensos motivos.

Primero: al amparo del art 207 e) LRJS alegando infracción del art 22 del convenio en relación con el art 14, 20 y anexo I del mismo (valor horas de presencia), infracción de los arts. 1195 y ss. y 1202 CC y art. 26.5, 85, y 86.3 E.T. y art, 37 y 38 C.E. y art. 7.2 del Convenio 132 de la OIT, en relación todo ello con la jurisprudencia que cita Subdivide este motivo en dos apartados

Critica que la sentencia no se para a analizar lo que se ha venido a denominar zona de halo o duda, alega la ausencia de hechos probados citando para ello el hecho probado noveno, argumenta en su favor el convenio 132 OIT arts. 7.1 y 7.2 , y hace un estudio jurisprudencial para llegar a la conclusión de que el llamado halo o zona de duda dependerá de las circunstancias concurrentes y que es precisamente el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva, lo que en consecuencia necesitaría de un casuismo que , afirma , la sentencia declara que no se ha acreditado como pone de relieve el hecho probado noveno.

Tras una prolija alegación, concluye que existen soluciones menos invasivas que la que la sentencia asume gratuitamente pues propicia un auténtico enriquecimiento injusto, por lo que habría de permitir que la empresa fuera acreedora de las horas pagadas para evitarlo.

Segundo: al amparo del art 207 e) LRJS alegando infracción del art 22 del Convenio en relación con el art 19 y anexo I del mismo (valor nocturnidad), infracción de los arts. 1195 y ss y 1202 del CC, y art. 26.5, 85, y 86.3 E.T. y del art 37 C.E. y art. 7.2 del convenio 132 de la OIT en relación con la jurisprudencia ya citada en el motivo anterior.

Hace una crítica de la sentencia por entender que incluye conceptos que el convenio excluye y que la interpretación correcta del convenio 132 OIT no es la que en ella se asume. Expone que el plus de nocturnidad remunera circunstancias no habituales, pudiendo ser excluido por la negociación colectiva de la retribución de las

vacaciones puesto que se encuentra en el llamado halo o zona de duda, sobre el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva.

Tercero: al amparo del art 207 e) LRJS alegando infracción del art 22 del Convenio en relación con el art 21 y anexo I del mismo (domingos y festivos), infracción de los arts. 1195 y ss y 1202 del CC, y art. 26.5, 85, y 86.3 E.T. y del art 37 C.E. y art. 7.2 del convenio 132 de la OIT en relación con la jurisprudencia ya citada en el motivo anterior

Reitera aquí argumentos ya expuestos y denuncia la orfandad probatoria del litigio, desconocida por la afirmación de la sentencia sobre la notoriedad del modo en que se trabaja.

5. Impugnación del recurso.

Mediante escrito presentado el 6 de marzo de 2018 la Abogada de CCOO formaliza su impugnación al recurso formalizado.

Considera que no concurren los requisitos para la rectificación del criterio acogido por la STSJ Cataluña 41/2017. Examina los tres conceptos retributivos cuya inclusión en la remuneración vacacional cuestiona el recurso y advierte que las SSTS 591 y 789/2016 sientan doctrina concordante con la doctrina de la recurrida, por lo que el recurso debe fracasar.

6. Informe del Ministerio Fiscal.

Por su parte, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 214.1 LRJS, el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite su Informe con fecha 11 de mayo de 2018.

Recuerda la reciente doctrina de esta Sala Cuarta y pone de relieve que la estimación de la demanda concuerda con ella. Propone la confirmación de la sentencia de instancia por contener una interpretación del convenio colectivo “razonada y razonable”.

SEGUNDO.- Doctrina sobre retribución de las vacaciones.

Los escritos principales presentados a lo largo de este procedimiento invocan, en apoyo de las respectivas posiciones, doctrina legal. Tanto por esa razón cuanto por la evidente necesidad de basar en ella la solución del caso, interesa comenzar recordando sus trazos principales.

Esta Sala ha tenido ocasión de actualizar y especificar su doctrina acerca del modo en que deben retribuirse las vacaciones, en especial cuando existe convenio colectivo que contempla diversas partidas, complementos o pluses. En tal sentido pueden verse, entre otras, las SSTS 496/2016 y 497/2016 de 8 (2) junio (rec. 112 y

207/2015), 516/2016 de 9 junio (rec. 235/2015), 591/2016 de 30 junio (rec. 47/2015), 660/2016 de 20 julio (rec. 261/2016), 744/2016 de 15 septiembre (rec. 258/2015), 227/2017 de 21 marzo (rec. 80/2016), 1065/2017 de 21 diciembre (rec. 276/2016), 223/2018 de 28 febrero (rec. 16/2017), 414/2018 de 18 abril (rec. 257/2016), 532/2018 de 16 mayo (rec. 99/2017).

1. Bases normativas y jurisprudenciales.

En numerosas ocasiones hemos compendiado la extensa doctrina del Tribunal de Luxemburgo; en esencia, el resultado es el siguiente:

- El derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho Social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104, Directiva ésta que ha sido codificada por la Directiva 2003/88 (véase la sentencia KHS, C-214/10 , EU:C:2011:761 , apartado 23 y la jurisprudencia citada).
- Además, ese derecho está expresamente reconocido en el *artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE*, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados.
- Aunque el tenor del *artículo 7 de la Directiva 2003/88* no da ninguna indicación explícita por lo que se refiere a la retribución a la que el trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que la expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el *artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88* significa que, mientras duren las «vacaciones anuales» en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución y, en otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso.
- En efecto, la Directiva 2003/88 considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho. La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo.
- Sobre el método de cálculo de la retribución, [el TJUE] añade: "en principio la retribución de las vacaciones debe calcularse de manera que corresponda a la retribución normal del trabajador...".
- Ahora bien, cuando la retribución percibida por el trabajador está compuesta por varios elementos, la determinación de esta retribución ordinaria, y, por tanto, del importe al que dicho trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, necesita un análisis específico.
- En el marco de un análisis específico, en el sentido de la jurisprudencia citada, se ha estimado que los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las

tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales.

- El Tribunal de Justicia ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales.
- Según esa misma jurisprudencia, los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales.

2. Limitaciones a la negociación colectiva.

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.

3. Necesario casuismo.

El anterior planteamiento, 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. En este sentido, las citadas SSTs 223/2018 y 532/2018 han precisado lo siguiente:

Si la de la retribución vacacional solamente han de excluirse los complementos «ocasionales», es claro que aquellos que aun estando en la «zona de duda», sin embargo resultan habituales en la empresa, en tanto que se corresponden con una actividad ordinaria en ella, como consecuencia de ello han de figurar en el Convenio Colectivo como pluses computables en la paga de vacaciones, pero de todas formas el derecho a su cómputo no puede por ello atribuirse a todos los trabajadores, sino que cada trabajador individualizado solamente tiene derecho a que se le compute su «promedio» en vacaciones respecto de tal plus si lo ha percibido con cierta habitualidad –no cuando ha sido meramente ocasional su devengo–, porque sólo en tal supuesto se trataría de una retribución «ordinaria» –término contrapuesto a «ocasional» o «esporádica»–. Y es aquí precisamente donde –como señalamos constantemente– juega un papel decisivo la negociación colectiva, que bien pudiera determinar la línea divisoria entre la ocasionalidad y la habitualidad, y que a falta de regulación colectiva ha de situarse en el percibo del plus en la mayoría de mensualidades del año de cuyo disfrute vacacional se trate”.

Esas mismas sentencias fijan un criterio objetivo para dotar de seguridad jurídica lo que deba entenderse por retribución normal, habitual y ordinaria al establecer que no puede reconocerse un derecho automático al cómputo de un determinado complemento en favor de todo trabajador que en alguna ocasión hubiera percibido el complemento en cuestión, *“sino que tan sólo tiene derecho a percibir su «promedio» quienes hubiesen sido retribuidos habitualmente con él, lo que –a falta de especificación convencional– hemos de entender que sólo tiene lugar cuando se hubiese percibido en seis o más meses de entre los once anteriores”*

Descartamos de esta forma que pueda incluirse en la retribución de vacaciones el promedio de todos los complementos que pudiese haber percibido el trabajador de forma aislada y puramente episódica en un momento determinado de la anualidad, para concluir que tan solo debe computarse el promedio de aquellos que se han devengado al menos durante seis meses en los once anteriores, en tanto que ese periodo referencial marca la línea divisoria entre lo que puede calificarse razonablemente como habitual en contraposición a lo ocasional.

Sentado lo anterior, teniendo en cuenta que, en principio la retribución por vacaciones debe calcularse de manera que corresponda a la retribución normal del trabajador, y que “cuando la retribución percibida por el trabajador está compuesta por varios elementos, la determinación de esta retribución ordinaria, y, por tanto, del importe al que dicho trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, necesita un análisis específico” (STJUE *Williams y otros –C 2011/588-*), queda por determinar si los complementos o pluses controvertidos retribuyen un trabajo

realmente extraordinario que hace que haya de excluirse de la retribución por vacaciones.

TERCERO.- Premisas de nuestra sentencia.

1. Consideración general sobre el tipo de litigio resuelto.

Al igual que ha sucedido en otros casos, como en la STS 379/2018 de 9 abril (rec. 73/2017), en la presente ocasión no puede olvidarse que nos enfrentamos a la interpretación de un convenio colectivo de ámbito sectorial, cuya aplicación por las diferentes empresas de su ámbito puede ofrecer grandes particularidades en orden a la mayor o menor habitualidad del devengo de unos u otros complementos, y dentro de cada una de ellas, en razón de las circunstancias personales de cada trabajador, lo que puede dar lugar a que en algunos casos resulte normal y habitual la percepción de un determinado complemento, mientras que en otros pudiere ser algo absolutamente aislado, esporádico y excepcional, que no pueda calificarse como retribución ordinaria y media que deba integrarse en la paga de vacaciones.

El problema por lo tanto reside en identificar los criterios de aplicación para discernir hasta qué punto estamos ante la percepción ordinaria y habitual de un determinado complemento, que por este motivo deba considerarse como integrante de la retribución media del trabajador que se corresponda con el “*salario real*” que debe abonarse en vacaciones.

2. Consideraciones generales sobre el recurso.

Los tres motivos de casación que articula el recurso, como ha quedado expuesto, se canalizan a través del artículo 207.e) LRJS, que la permite por “Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

Cada uno de los tres motivos denuncia la infracción de la regulación convencional sobre el correspondiente complemento retributivo que examina (presencia, nocturnidad, festividades). Pero en los tres aparece un soporte común: la infracción de diversos preceptos del Código Civil sobre compensación de deudas (arts. 1195 y siguientes); del Estatuto de los Trabajadores sobre absorción y compensación salarial (art. 26.5), contenido y vigencia de los convenios colectivos (arts. 85, y 86.3); de la Constitución sobre negociación colectiva y libertad de empresa (arts. 37 y 38); del Convenio 132 de la OIT sobre vacaciones (art. 7.2). También es común a los tres motivos la invocación de jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuanto de esta Sala Cuarta.

3. Consideraciones generales sobre la sentencia recurrida.

A) Con carácter previo al examen de las concretas denuncias relativas a los diversos complementos y en justificación de la solución que adoptaremos, nos parece oportuno destacar que aunque la decisión recurrida parece seguir fielmente nuestra doctrina, sin embargo, en su conclusión se aparta de ella.

B) El HP noveno de la sentencia recurrida, aunque olvidando que nos encontramos en presencia de un conflicto que afecta a un conjunto de empresas, constata que “No consta la frecuencia con que la organización del trabajo efectuado por la empresa afecta en general a los trabajadores en cuanto a la realización de horas de presencia, trabajo nocturno y domingos y festivos”.

Sin embargo, como advierte el recurso, el Fundamento de Derecho Tercero toma como presupuesto para incluir los conceptos litigiosos en la remuneración de las vacaciones que “el servicio de ambulancias ha de funcionar durante las 24 horas los 365 días al año”.

C) Hay en la sentencia un desplazamiento desde el modo en que se presta el servicio de ambulancias a la forma en que quienes desarrollan su actividad laboral lo hacen. Que una empresa esté activa durante todos los días del año no significa, por descontado, que cada una de las personas que trabajan en ella lo haga durante todo ese tiempo. Y lo mismo vale respecto de las tareas en horario nocturno o en ciertas festividades.

D) Como hemos expuesto antes, tratándose de complementos ubicables en lo que hemos denominado «zona de duda», su calificación como retribución «ordinaria o extraordinaria» a los efectos de su posible cómputo en la vacacional, «dependerá de las circunstancias concurrentes [particularmente la habitualidad en su ejecución], y es precisamente el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva».

De la retribución vacacional solamente han de excluirse los complementos «ocasionales». Aquellos que estén en la «zona de duda», si se corresponden con una actividad ordinaria en determinada empresa, han de figurar como pluses computables en la paga de vacaciones; a su vez, el derecho a su cómputo no puede por ello atribuirse a todos los trabajadores, sino que para cada integrante de su plantilla solo se devengará si lo ha percibido con cierta habitualidad (no cuando ha sido meramente ocasional su devengo), porque sólo en tal supuesto se trataría de una retribución «ordinaria» (término contrapuesto a «ocasional» o «esporádica»).

Y es aquí precisamente donde –como señalamos constantemente– juega un papel decisivo la negociación colectiva, que bien pudiera determinar la línea divisoria

entre la ocasionalidad y la habitualidad. A falta de regulación colectiva, como aquí sucede, ha de situarse en el percibo del plus en la mayoría de mensualidades del año de cuyo disfrute vacacional se trate. Como hemos expuesto, nuestra doctrina ha aquilatado ya cuándo una remuneración debe considerarse habitual a efectos vacacionales (si se percibe durante seis o más meses de los once precedentes a la vacación), así como indicado la forma de averiguar su cuantía si la misma ha sido variable (promediando la percibida durante el número de meses en que se ha cobrado).

E) La sentencia recurrida asume esa doctrina cuando vincula el cómputo de los pluses en Convenio Colectivo a su habitualidad en la actividad ordinaria de la empresa, pues con ella se justifica la pretensión de que tales complementos puedan formar parte de la retribución «ordinaria» de los trabajadores, en tanto que colectivo.

Ahora bien, la solución de instancia se aparta de la solución correcta cuando declara el derecho de todos los trabajadores (de todas las empresas) a que en la paga de vacaciones se le abone la remuneración media percibida por los tres complementos litigiosos, sin distinguir entre quienes ocasionalmente realizaron la actividad determinante de los mismos y quienes lo hicieron con habitualidad. Nuestra doctrina, sin embargo, advierte que la esporádica percepción de un determinado complemento no comporta su obligada inclusión en la retribución de vacaciones, en tanto que el devengo ocasional del mismo es idea diversa de su percepción «ordinaria», que es –insistimos– la que ha de ser tenida en cuenta en la remuneración del descanso anual.

CUARTO.- Resolución.

A la vista de cuanto antecede podemos dar directa respuesta a los tres motivos del recurso. En realidad, como advierte el Ministerio Fiscal., los tres motivos denuncian infracciones similares, por lo que resulta aconsejable su examen conjunto.

Más arriba hemos expuesto que la sentencia recurrida yerra cuando prescinde de la nota de habitualidad en los términos descritos y consagra el derecho universal e incondicionado a percibir una remuneración vacacional incluyendo los tres pluses litigiosos. Digamos ya que también lo hace el recurso cuando pretende que no se abonen en caso alguno, por así derivarse del artículo 22 del convenio colectivo sectorial.

A la vista de cuanto antecede es el momento de dar expresa solución al conflicto colectivo, en términos acordes con los de su planteamiento y las características de esta modalidad procesal.

1. Carácter salarial de los conceptos cuestionados.

Pese a su obviedad, debemos poner de relieve que, a diferencia de lo ocurrido en diversos conflictos sobre remuneración vacacional, no suscita duda alguna la naturaleza salarial de los tres conceptos litigiosos. Ni siquiera el referido a las horas de presencia; que no se preste actividad efectiva en modo alguno significa que la remuneración de esa disponibilidad sea ajena al trabajo prestado, como en algún pasaje del recurso se desliza. Analicemos su alcance.

A) Horas de presencia.

Respecto de las horas de presencia, el artículo 14 del convenio (así rubricado) dispone que “dadas las especiales características que concurren en este sector, como consecuencia de la permanente disponibilidad del personal de movimiento para atender estos servicios públicos, que conlleva la existencia de las horas de presencia establecidas en el artículo 20 de este convenio, éstas no pueden ser consideradas como tiempo de trabajo efectivo y, por tanto, no son computables, según establece expresamente el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre”. Ese mismo precepto dispone que “Ambas partes, atendiendo las particularidades del sector y considerando estas circunstancias, acuerdan fijar como valor cierto, fijo y unitario para estas horas, los que figuran en la columna correspondiente del anexo 1. Este precio será de aplicación hasta que la negociación en la que se refiere la disposición transitoria segunda de este convenio se alcance un acuerdo, sin perjuicio de lo dispuesto en la transitoria cuarta”.

Por su lado, el Anexo I del propio convenio fija un importe (“precio / hora”) para las diversas categorías profesionales que contempla, juntamente con los correspondientes al salario convenio, salario base y complemento de formación.

Interesa también tener en cuenta que el extenso artículo 20 (“Jornada laboral ordinaria”) regula por un lado el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de presencia, disponiendo que “las empresas están facultadas para organizar el trabajo de acuerdo a las necesidades del servido, pudiendo establecer los correspondientes turnos entre el personal para asegurar la atención preventiva y real, desde las cero a las 24 horas, durante 365 días al año”.

Su tercer párrafo define el tiempo de presencia como “aquel en que el trabajador/a se encuentra a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, comidas en ruta u otras similares”.

B) Trabajo nocturno.

El artículo 19 del convenio colectivo (“Retribución específica del trabajo nocturno”) remite la remuneración específica del trabajo prestado entre las 22 horas y las 6 horas al Anexo II, que refleja unos importes válidos hasta que la negociación en la

que se refiere la disposición transitoria segunda de este convenio se alcance un acuerdo, sin perjuicio de lo dispuesto en la transitoria cuarta. El citado Anexo refleja un “precio / hora” por “nocturnidad” para cada categoría profesional, devengándose por cada hora prestada en esa franja horaria.

C) Trabajo en festivos y domingos.

El artículo 21 del Convenio (“Festividades y domingos”) establece lo siguiente:

A. Retribución festividades especiales: Todo el personal incluido en este convenio que trabaje, en jornada media o total, los días: 25 de diciembre, 1 de enero, Viernes Santo, Pascua florida y 24 de junio, percibirán con carácter extraordinario la cantidad de € 5,43 por hora trabajada en festivo (de 0 a 24 horas del día señalado).

Los días 24 de diciembre y 31 de diciembre percibirán con carácter extraordinario la cantidad de 5,43 € por hora trabajada en festivo (de 22 horas del día a las 22 horas del día siguiente).

B. Retribución resto festividades no locales: percibirán con carácter extraordinario la cantidad de 2,71 € por hora trabajada en festivo (de 0 a 24 horas del día señalado).

C. Retribución fiestas locales: percibirán con carácter extraordinario la cantidad de 2,17 € por hora trabajada en festivo (de 0 a 24 horas del día señalado).

D. No tendrán ninguna retribución las fiestas recuperables.

E. Retribución domingos no coincidentes con festivos: A partir de 1 de enero de 2010 percibirán con carácter extraordinario la cantidad de 0,53 € por hora trabajada en domingo (de 0 a 24 horas del día señalado).

Estos valores quedarán vigentes hasta que la negociación en la que se refiere la disposición transitoria segunda de este convenio se alcance un acuerdo, sin perjuicio de lo dispuesto en la transitoria cuarta.

2. Inclusión inicial de los complementos en la remuneración vacacional.

Hemos de salir al paso de un error en que parece incurrir la Asociación recurrente: considera que los pluses de presencia, nocturnidad o festividades presuponen un efectivo desarrollo de tareas productivas y concluye que durante las fechas vacacionales (por faltar ese presupuesto) no debe abonarse. Esa intelección de lo que implican las *vacaciones retribuidas* colisiona de manera frontal con la indemnidad retributiva que respecto de ellas preconiza el ordenamiento jurídico, como acabamos de recordar.

Coincidimos con la decisión recurrida cuando sostiene la procedencia de incluir –como concepto «in genere» computable– en la paga de vacaciones los referidos complementos. Ahora bien, esta «habitualidad» de los referidos pluses en la actividad ordinaria de la empresa justifica su inclusión como obligado factor de cálculo en la retribución de las vacaciones, pero ello no significa que proclamemos un derecho automático a su cómputo para quien en alguna ocasión hubiera percibido el complemento en cuestión, sino que tan sólo tiene derecho a percibir su

«promedio» quien hubiese sido retribuido habitualmente con él, lo que –a falta de especificación convencional– solo tiene lugar cuando lo hubiese percibido durante seis o más meses de entre los once anteriores. Lo que supone que nuestra decisión será correctora en este punto, en el que la recurrida se desvió claramente de nuestra doctrina.

3. Alteración de magnitudes retributivas pactadas.

Otra línea argumental que despliega el recurso, a veces olvidando que se dirige frente a la sentencia y adoptando más bien una posición similar a la de la contestación a la demanda, va dirigida a evidenciar que el convenio colectivo contiene unas remuneraciones anuales, calculadas sin que en las vacaciones se perciban los tres conceptos reclamados; por lo tanto, si hubiera que aumentar esa remuneración se rompería el equilibrio interno del convenio y a fin de evitarlo habría que proceder a la compensación y absorción, con lo que todo quedaría igual aunque alterando las fechas de pago.

Se trata de un razonamiento que colisiona frontalmente con cuanto significa que las vacaciones sean retribuidas. La doctrina que hemos expuesto detalladamente insiste en que durante la vacación ha de situarse a la persona que la disfruta, en términos salariales, como si estuviera desempeñando su actividad.

Desde luego, en la medida en que el convenio colectivo ha omitido el abono de la remuneración normal o media a quien está de vacaciones, hay que corregirlo interpretativamente para acompasar sus previsiones a la legislación de rango superior, sin que ello esté supeditado a una eventual recomposición del equilibrio interno. Así lo exige el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE; art. 85.1 y concordantes ET), sin que por ello padezca su fuerza vinculante (art. 37.2 CE).

4. Corrección de la sentencia recurrida.

De lo anterior se desprende que no puede prosperar en sus propios términos el recurso de casación, que interesa la íntegra desestimación de la demanda, a fin de que declaremos que durante las vacaciones solo deben abonarse las retribuciones contempladas en el artículo 22 del Convenio Colectivo.

Pero sí debemos acogerlo parcialmente porque no se ajusta a Derecho el fallo de la sentencia cuando condena a que toda empresa abone a la totalidad de su plantilla, de manera incondicional, el promedio de lo percibido por los conceptos retributivos de referencia. Eso procederá siempre que se trate de personas que durante la mayoría de los meses tomados en cuenta para el devengo vacacional hayan percibido los complementos retributivos de referencia.

La alteración cuantitativa del complemento es algo bien diverso a su carácter esporádico. Si todos o casi todos los meses vienen percibiéndolo quienes están afectados por el conflicto colectivo, es evidente que también ha de suceder así en vacaciones. Cosa distinta es que la cuantía haya de obtenerse acudiendo al promedio de lo percibido durante aquellos meses en que sí se ha recibido.

Reiteremos lo que venimos exponiendo en ocasiones precedentes: si un complemento se percibe por actividad que se realiza de modo habitual, constituye una retribución ordinaria y, en consecuencia, ha de incluirse en el cálculo de la retribución de las vacaciones; únicamente si estamos ante complemento devengado por actividad que se realiza de manera puntual, se califica como retribución extraordinaria y no ha de tomarse en cuenta para fijar el importe de la retribución de las vacaciones.

4. Costas.

Las previsiones del artículo 235.2 LRJS abocan a que cada una de las partes litigantes soporte las costas que le haya generado este recurso.

FALLO

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

1) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación de la Asociación Catalana de empresarios de Ambulancias (ACEA), representada y defendida por el Letrado Sr. Martínez del Castillo.

2) Casar y anular en parte la sentencia 41/2017 de 16 noviembre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en autos nº 36/2017, seguidos a instancia de la C.S. de la Comisión Obrera Nacional de Cataluña (sindicato CC.OO.) contra dicha recurrente, sobre conflicto colectivo, en la medida necesaria para acomodarla al presente fallo.

3) Confirmar la procedencia de incluir como conceptos computables en el cálculo de la retribución de vacaciones –aparte de los conceptos ya recogidos en el Convenio Colectivo de aplicación– los complementos de “horas de presencia”, trabajo nocturno, “festividades y domingos”.

4) Declarar el derecho de quienes perciban tales complementos seis o más meses de entre los once precedentes (en la misma proporción si la prestación de servicios fuese inferior), a que en la retribución de vacaciones se le abone el promedio satisfecho por tales conceptos.

5) No realizar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

