



Roj: **STS 2981/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2981**

Id Cendoj: **28079140012020100724**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/09/2020**

Nº de Recurso: **32/2019**

Nº de Resolución: **741/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4074/2018,**  
**STS 2981/2020**

CASACION núm.: 32/2019

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

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

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

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

#### **Sentencia núm. 741/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

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

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

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

En Madrid, a 8 de septiembre de 2020.

Esta Sala ha visto los recursos de casación interpuestos por el sindicato Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (UGT-FICA), representado y defendido por el Letrado Sr. García Rodríguez, al que se adhiere el sindicato Industria Comisiones Obreras, representado y defendido por la Letrada Sra. Suárez Garrido, y la Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Sánchez-Cervera Valdés, contra la sentencia nº 169/2018 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 12 de noviembre de 2018, en autos nº 182/2018 y nº 285/2018, seguidos a instancia de los sindicatos Industria Comisiones Obreras, Confederación General del Trabajo, la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (UGT-FICA), contra la Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, S.A., sobre conflicto colectivo.

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

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El sindicato Comisiones Obreras de Industria interpuso demanda de conflicto colectivo del que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que "se condene a la empresa demandada



a abonar como retribución de las vacaciones anuales, además de los conceptos computados actualmente por la empresa, el promedio de los complementos salariales variables que de forma regular y habitual percibe el trabajador y que figuran en el hecho tercero de la demanda".

Con fecha 11 de septiembre de 2018 se presentó escrito por el sindicato Confederación General del Trabajo en el que se personaba en calidad de demandante.

Con fecha 19 de octubre de 2018 se presentó demanda de conflicto colectivo por el sindicato Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (UGT-FICA), en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se "declare el derecho de los trabajadores el reconocimiento del derecho a percibir durante los periodos de vacaciones anuales la compensación adicional en comisión de servicio (arts. 34.3 y 103.b) del convenio), el complemento de nocturnidad (art. 88 del convenio), de complemento por ejecución de trabajos de superior categoría (art. 89 del convenio), la retribución por horas extraordinarias (art. 92 del convenio), el complemento de desplazamiento de jornada (art. 93 del convenio), el complemento por desplazamiento de descanso (art. 94 del convenio), la compensación por trabajo en domingo y festivo (art. 95 del convenio), el plus de relevo (art. 98 del convenio), el complemento por comida (art. 100 del convenio) y la compensación por situación de retén (art. 105 del convenio) y la compensación en carga y descarga en buques-tanque (art. 106 del convenio), en el promedio percibido en los once meses inmediatamente anteriores, siempre que se haya percibido al menos durante seis meses en dicho periodo; condenando a la empresa CLH, S.A. a estar y pasar por tal declaración".

Por auto de 23 de octubre de 2018, se acordó acumular a la presente demanda registrada bajo el número 182/2018 en materia de conflictos colectivos e instada por CCOO-industria la demanda registrada bajo el número 285/2018 instada por UGT-FICA.

El 29 de octubre de 2018 por parte de CC.OO. se presentó escrito de ampliación de la demanda.

**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 de 12 de noviembre de 2018 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: "Estimando parcialmente las demandas deducidas por CCOO y UGT, a las que se adherido CGT, frente a CLH, declaramos el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto percibir durante los periodos de vacaciones, el complemento de nocturnidad (art. 88 del convenio), el complemento por ejecución de trabajos de superior categoría (art. 89 del Convenio), la retribución por horas extraordinarias (art. 92 del convenio), la compensación por trabajo en domingo y festivo (art. 95 del Convenio), el plus de relevo (art. 98 del Convenio), la compensación por retén (art. 105 del Convenio) y el *Complemento a monitores* (art. 90 del convenio) en el periodo percibido en los once meses anteriores, siempre que se haya percibido al menos seis meses en dicho periodo; condenando a la empresa CLH a estar y pasar por dicha declaración y absolvemos a la demandada del resto de pedimentos efectuados".

**CUARTO.-** Dicha sentencia declara probados los siguientes hechos:

1º.- El presente conflicto afecta a la totalidad de los trabajadores de CLH.- conforme-

2º.- Las relaciones laborales en el ámbito de la empresa se rigen por el Convenio Colectivo de CLH SA 2010-2015, firmado el 5 de mayo de 2011 (BOE 146 de 20 de junio 2011), modificado por el Acuerdo parcial de modificación del Convenio colectivo de la Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, SA suscrito por la dirección de la empresa y UGT, CCOO Y CGT el día 10-1-2018 (BOE 52 de 28 de febrero de 2.018). - conforme-

3º.- Los trabajadores afectados prestan servicios en centros de trabajo que tiene la entidad y que están en un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma.- conforme-

4º.- No consta que la demandada incluya en la retribución de vacaciones ninguno de los conceptos reclamados en la demanda.

5º.- Damos por reproducido el programa de vacaciones y campamentos 2018 de CLH obrante en el descriptor 71.

6º.- Damos por reproducidas las actas del SIMA de 13-12-2016, 6 -9- 2018 y 5- 11-2018, que acreditan la celebración de intentos de mediación sin avenencia- descriptores 2, 19 y 64-".

**QUINTO.-** Contra la expresada resolución se prepararon recursos de casación a nombre del sindicato Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (UGT-FICA), representado y defendido por el Letrado Sr. García Rodríguez, al que se adhiere el sindicato Industria Comisiones Obreras,



representado y defendido por la Letrada Sra. Suárez Garrido, y la Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Sánchez-Cervera Valdés.

Por la representación del sindicato Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (UGT-FICA), al que se adhiere el sindicato Industria Comisiones Obreras, en escrito de fecha 18 de diciembre de 2018, se formalizó el correspondiente recurso, basándose en el siguiente motivo: ÚNICO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción del art. 7.1 del Convenio nº 132 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), art. 7.1 de la Directiva Comunitaria 2003/88/CE, art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por la representación de la Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, S.A., en escrito de fecha 19 de diciembre de 2018, se formalizó el correspondiente recurso, basándose en el siguiente motivo: ÚNICO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS por infracción de los arts. 36.2 y 38.1 ET, en relación con los arts. 87 y 88 Convenio Colectivo de la empresa.

**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 votación y fallo el día 8 de septiembre 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 parcialmente las demandas de las organizaciones sindicales y quienes recurren son tanto ellas cuanto la entidad empleadora. 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. Demandas de conflicto colectivo.

Con fecha 28 de junio de 2018 el sindicato Comisiones Obreras de Industria (CCOO) presenta demanda de conflicto colectivo frente a COMPAÑIA LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A. (CLH), relativa a las partidas retributivas que deben incluirse en la remuneración de las vacaciones. Invoca expresamente la doctrina sentada por esta Sala Cuarta a partir de sus sentencias de 16 de junio de 2016 y la STJUE 22 julio 2014.

El día 11 de septiembre de 2018 presenta escrito la Confederación General del Trabajo (CGT) mediante el que se personaba en calidad de demandante.

El día 19 de octubre de 2018 el sindicato Unión General de Trabajadores (UGT) formaliza demanda sobre cuestión análoga. Invoca diversos preceptos y doctrina de esta Sala Cuarta interpretando tanto el Convenio nº 132 OIT cuanto la Directiva UE 2003/88, con especial referencia a las SSTs 8 junio 2016 (rc. 112/2015 y 207/2015) y otras posteriores de 2018.

Mediante su Auto de 23 de octubre de 2018 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional acordó acumular las dos demandas reseñadas.

El día 29 de octubre de 2018 por parte de CCOO se presentó escrito de ampliación de la demanda.

#### 2. Términos del debate.

A) El conflicto afecta a la plantilla de CLH, aplicándose el Convenio Colectivo de empresa firmado el 5 de mayo de 2011 (BOE 146 de 20 de junio 2011), modificado por Acuerdo suscrito por la dirección de la empresa y UGT, CCOO y CGT el día 10 de enero de 2018 (BOE 52 de 28 de febrero de 2018).

B) Resultado de las demandas (de CCOO y UGT) acumuladas es que se discute si el disfrute de las vacaciones anuales debe ir acompañado del abono de los siguientes conceptos retributivos contemplados por el convenio colectivo, con indicación del artículo que los regula y del sindicato que los reclama:

\* La compensación adicional en comisión de servicio (art. 34.3 y 103.b): UGT.

\* El complemento de nocturnidad (art. 88): UGT.

\* El complemento por ejecución de trabajos de superior categoría (art. 89): UGT.

\* El complemento a monitores (art. 90): CCOO.



- \* La retribución por horas extraordinarias (art. 92): UGT.
- \* El complemento de desplazamiento de jornada (art. 93): UGT y CCOO.
- \* El complemento por desplazamiento de descanso (art. 94): UGT y CCOO.
- \* La compensación por trabajo en domingo y festivo (art. 95): UGT y CCOO.
- \* El plus de relevo (art. 98): UGT y CCOO.
- \* El complemento de ayuda por comida (art. 100): UGT y CCOO.
- \* La ayuda por utilización de vehículo propio (art. 104): CCOO.
- \* La compensación por retén (art. 105): UGT y CCOO.
- \* La compensación por carga y descarga en buques-tanque (art. 106): UGT y CCOO.

### 3. Sentencia recurrida.

Mediante su sentencia 169/2018 de 12 de noviembre, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional pone fin al procedimiento de conflicto colectivo (nº 182/2018) de referencia, dictando una sentencia parcialmente estimatoria. De su contenido interesa resaltar lo que sigue.

No consta que la demandada incluya en la retribución de vacaciones ninguno de los conceptos reclamados en la demanda.

La empresa admite que, si se abonan durante la mayoría de los once meses anteriores a la vacación, deben incluirse en la retribución correspondiente los siguientes conceptos: horas extras (art. 92), plus descansos festivos (art. 95), plus retén (art. 105), complemento monitores (art. 90), plus relevo (art. 98), complemento por trabajos de ejecución de trabajos de categoría superior (art. 89), respecto del complemento de nocturnidad admite que se retribuya en vacaciones excepto en el caso de los trabajadores que perciban normalmente turnicidad (del art. 87).

La sentencia estima parcialmente las demandas y declara el derecho de los trabajadores a percibir durante los periodos de vacaciones los complementos de nocturnidad (art. 88); por ejecución de trabajos de superior categoría (art. 89); horas extraordinarias (art. 92); compensación por trabajo en domingo y festivo (art. 95); plus de relevo (art. 98); retén (art. 105) y monitores (art. 90) siempre que en los once meses anteriores se hayan percibido al menos seis meses.

### 4. Recursos de casación.

A) Disconforme con la sentencia de instancia, con fecha 19 de diciembre de 2018 la empresa demandada interpone recurso de casación, desarrollando un único motivo.

Sostiene que la sentencia infringe los arts. 36.2 y 38.1 ET, en relación con los arts. 87 y 88 Convenio Colectivo de la empresa en su decisión sobre el complemento de nocturnidad. Considera que es incompatible con el de turnicidad, mediante el cual de remunera de modo habitual el poder estar en un turno de noche.

B) Por su parte, con fecha 18 de diciembre de 2018 la UGT formaliza recurso de casación (al que se adhiere CCOO el 7 de enero de 2019), también desarrollado mediante único motivo. Denuncia la infracción del art. 7.1 del Convenio nº 132 OIT; art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE; y art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como Jurisprudencia del TJUE, en especial la sentencia de 22 de mayo de 2014 (Lock C-539/12).

Invoca también los artículos 26.1 ET y 38 ET, así como doctrina de esta Sala Cuarta recogida en SSTs de 28 de febrero, 9 de abril y 16 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:884, 1587 y 2171, respectivamente).

Son cinco los conceptos retributivos del convenio que considera deben incorporarse a la remuneración de las vacaciones si se perciben de modo habitual: 1º) Desplazamiento de jornada (artículo 93). 2º) Desplazamiento de descanso (artículo 94). 3º) Complemento por comida (artículo 100). 4º) Compensación en carga y descarga en buques-tanque (art. 106). 5º) Compensación adicional en comisión de servicio (arts. 34.3 y 103.b).

### 5. Impugnación de los recursos.

Mediante escrito presentado el 14 de enero de 2019 el Abogado y representante de UGT impugna el recurso de casación presentado por la empresa, reprochándole ausencia de razones para sostener su pretensión.

Mediante escrito presentado el 16 de enero de 2019 el Abogado y representante de la empresa impugna el recurso de casación presentado por UGT, advirtiendo que la sentencia recurrida aplica fielmente la doctrina sobre vacaciones que se pretende infringida.



## 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 28 de febrero de 2019.

Recuerda la reciente doctrina de esta Sala Cuarta y analiza detalladamente cada uno de los complementos sobre los que se debate ante este segundo grado jurisdiccional. Propone la desestimación del recurso de la empresa y la estimación parcial del formalizado por los sindicatos.

### 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 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), 320/2109 de 23 abril (rec. 62/2018) y 468/2020 de 18 junio (rec. 33/2019). Recordemos su contenido.

#### 1. Condicionantes supraleales.

A) La Constitución Española menciona las vacaciones periódicas "retribuidas" en su artículo 40.2, expresando así la importancia que constitucionalmente se le atribuyen al formar parte del "núcleo irrenunciable de los derechos propios de un Estado social" ( STC 324/2006, de 20 de noviembre).

B) Expresando asimismo la relevancia que el Derecho de la Unión le otorga, el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclama el derecho de todo trabajador a un periodo de vacaciones anuales "retribuidas", interpretando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que aquel precepto tiene el llamado efecto directo horizontal, al reconocer un derecho incondicionado que no requiere necesariamente de normas de desarrollo. En efecto, como han señalado las SSTJUE (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2018 ( C-569/16 y 570/16, y C-684/16), de un lado, el derecho a las vacaciones anuales retribuidas "no solo tiene una importancia especial por su condición de principio del Derecho social de la Unión, sino que también 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"; y, de otro, "el derecho a un período de vacaciones anuales retribuidas que el artículo 31, apartado 2, de la Carta reconoce a todo trabajador se caracteriza porque su existencia ha sido establecida de forma imperativa y a la vez incondicional por cuanto, efectivamente, no requiere ser concretado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional,... De ello se sigue que dicha disposición es suficiente por sí sola para conferir a los trabajadores un derecho que puede ser invocado como tal en un litigio con su empresario relativo a una situación cubierta por el Derecho de la Unión y comprendida, por tanto, en el ámbito de aplicación de la Carta".

C) El Derecho de la Unión también cuenta con derecho derivado en materia de vacaciones. Se trata del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y cuyo apartado 1 menciona asimismo las vacaciones anuales "retribuidas". De conformidad con la jurisprudencia del TJUE, el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE tiene el llamado efecto directo vertical, pues no está sujeto a condición alguna y es suficientemente preciso, de manera que los particulares están legitimados para invocarlo ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado (incluyendo en el concepto al empleador público). Pero, al contrario de lo que hemos visto sucede con el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y como recordamos en nuestra STS 497/2016, 8 de junio de 2016 (rec. 207/2015, FD 11), no tiene ni puede tener efecto directo horizontal, al estar incluido en una directiva, toda vez que "ni siquiera una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares puede aplicarse como tal en el marco de un litigio entablado exclusivamente entre particulares" (así lo señalan, entre muchas, las propias SSTJUE, Gran Sala, de 6 de noviembre de 2018, C-569/16 y 570/16, y C-684/16).

D) Además de calificarlo de derecho "fundamental" (por ejemplo, la propia STJUE, Gran Sala, 6 de noviembre de 2018, C-569/16 y 570/16), la jurisprudencia del TJUE ha insistido en que "el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en este concepto constituyen dos vertientes de un único derecho" (por





todas, STJUE 13 de diciembre de 2018, C-385/17, y las por ella citadas). 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.

E) Es obligado hacer referencia, finalmente, al artículo 7.2 del Convenio núm. 132 de la OIT sobre las vacaciones anuales pagadas (revisado) de 1970, ratificado por España el 16 junio 1972 y publicado en el BOE el 5 julio 1974. El artículo 7.2 del Convenio núm. 132 de la OIT establece que las vacaciones deben retribuirse conforme a la "remuneración normal o media". También el artículo 7.2 del Convenio núm. 132 de la OIT ha sido reiteradamente aplicado por nuestra jurisprudencia, a partir de las ya citadas SSTs 496/2016, 8 de junio de 2016, y 497/2016, 8 de junio de 2016 (rec. 112/2015 y 207/2015, respectivamente).

## **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. Por ejemplo, hay 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] en la realidad. En este plano, debemos recordar los criterios que venimos acogiendo como de obligado cumplimiento.

**a)** La "habitualidad" (SSTS 496/2016, 8 de junio de 2016 y 497/2016, 8 de junio de 2016, Pleno, rec. 112/2015 y 207/2015, respectivamente) en la realización del trabajo al que corresponde el concepto o complemento cuya inclusión en la retribución de las vacaciones se reclama, será, en consecuencia, un criterio determinante para resolver las dudas que se planteen en el obligado "examen casuístico" (SSTS 497/2016, 8 de junio de 2016, Pleno, rec. 207/2015 y 789/2016, 29 de septiembre de 2016, rec. 233/2015) y análisis "específico" a realizar (STJUE 22 de mayo de 2014, C-539/14). Y es también en esta zona de duda donde la negociación colectiva está llamada a ejercer su papel regulador adaptado a las específicas circunstancias concurrentes en el sector o en la empresa. Indicativo de la habitualidad es que el concepto se perciba mensualmente de forma reiterada.

**b)** Junto a la habitualidad, un segundo criterio será si el abono de un determinado concepto en la retribución de las vacaciones podría suponer una duplicidad o reiteración (un doble pago), lo que bien puede ocurrir en los conceptos de devengo anual que "ya retribuyen de por sí las vacaciones" (STS 497/2016, 8 de junio de 2016, Pleno, rec. 207/2015) y, por tanto, "ya se hubiera percibido la retribución de todo el año" (STS 496/2016, 8 de junio de 2016, Pleno, rec. 112/2015).

**c)** El tercer criterio que aquí procede recordar de nuestra ya extensa jurisprudencia sobre la retribución de vacaciones, es que los conceptos en cada supuesto controvertidos se habrán de incluir en la retribución de las vacaciones, en su caso, únicamente respecto de los trabajadores que los perciban de forma habitual y no ocasional, ocasionalidad que, a falta de la deseable especificación en la negociación colectiva, la hemos cifrado en si se ha percibido en menos de seis meses de los once anteriores (SSTS 223/2018, 28 febrero 2018, rec. 16/2017, y 320/2019, rec. 62/2018).

**d)** Los últimos criterios que conviene recordar son, de un lado, el de la mayor facilidad y accesibilidad probatoria empresarial (SSTS 497/2016, 8 de junio de 2016, Pleno, rec. 207/2015, 789/2016, 29 de septiembre de 2016, rec. 233/2015, 223/2018, 28 de febrero de 2018, rec. 16/2017, y 217/2019, de 14 de marzo, rec. 111/2018). Y, de otro, que sobre esta materia la jurisprudencia del TJUE que se ha citado afirma que no deben realizarse interpretaciones "restrictiva(s)", en orden a no disuadir el ejercicio efectivo del derecho a las vacaciones, y ello aunque no está de más recordar que, entre nosotros, el derecho a las vacaciones retribuidas es un derecho indisponible, "no sustituible por compensación económica" (artículo 38.1 ET) - excepto en caso de terminación de la relación laboral (artículo 7.2 Directiva 2003/88/CE)- y que se prohíbe expresamente la sanción consistente en "la reducción de la duración de las vacaciones" (artículo 58.3 ET).

### **3. Necesario casuismo.**

El anterior planteamiento, insistamos, 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 a 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.- Consideraciones generales.**

A) Al igual que ha sucedido en otros casos, como en las SSTS 379/2018 de 9 abril (rec. 73/2017) y 320/2019 de 23 abril (rec. 62/2018), en la presente ocasión no puede olvidarse que nos enfrentamos a la interpretación de un convenio colectivo de ámbito empresarial pero válido en distintos centros de trabajo. Esa dispersión geográfica y organizativa puede ofrecer grandes particularidades en orden a la mayor o menor habitualidad del devengo de unos u otros complementos, 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 plus, mientras que en otros pudiere ser algo absolutamente aislado, esporádico y excepcional, sin que pueda calificarse como retribución ordinaria y media que deba integrarse en la paga de vacaciones.

B) El problema último, 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. El carácter colectivo del conflicto que resolvemos comporta que la decisión judicial solo pueda moverse en un plano de generalización o condicionalidad. Es decir, se desemboca en un criterio genérico, básicamente centrado en la naturaleza salarial de cada partida económica; pero la decisión de si se posee carácter ordinario solo puede adoptarse a la vista de cada caso.

C) Los recursos de casación que resolvemos 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".

Ambos parten del conocimiento de la jurisprudencia comunitaria y nacional que hemos resumido en el Fundamento anterior, reclamando su traslación a las diversas partidas retributivas que abordan; en el caso de la empresa, para sostener su exclusión y en el de los sindicatos para lo contrario.

D) Con carácter previo al examen de las concretas denuncias relativas a los diversos complementos y en justificación de la solución que adoptaremos, parece oportuno destacar que aunque la decisión recurrida parece en principio seguir fielmente nuestra doctrina, sin embargo en algún pasaje se separa de ella.

Así, respecto de algunas partidas retributivas (por ejemplo, desplazamiento de jornada o de descanso) pone de relieve que se devengan en función de acontecimientos imprevistos y que ello comporta su carácter extraordinario, quedando fuera de la obligación retributiva examinada. Se trata de una petición de principio, porque si realmente el devengo de un complemento acaece solo de manera esporádica quebrará la nota de habitualidad y quedará fuera de la compensación vacacional. Pero si la excepcionalidad se torna en habitualidad sucederá lo contrario y de ese modo se estará respetando la exigencia de que la remuneración de las vacaciones se corresponda con la habitual u ordinaria.

Por otro lado, en alguna ocasión (carga y descarga de buques-tanque) la sentencia parece anudar la condición salarial de un complemento a que haya una coetánea prestación de servicios, descartando que la puesta a disposición o la disponibilidad puedan ser compensadas con remuneraciones de tal naturaleza. Se trata de enfoque que no podemos compartir, pues aunque la actividad productiva remunerada generalmente es la dirigida de manera directa a la producción de bienes o servicios, en ocasiones también merece tal compensación otra de menor rentabilidad productiva pero indicativa de clara dependencia y ausencia de libre disposición del tiempo o lugar en que se halle la persona en cuestión, o incluso la inactividad ( art. 30 ET).

E) Como hemos expuesto antes, tratándose de complementos ubicables en la "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, 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").

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. Pero a falta de regulación colectiva, como aquí sucede, ha de situarse el percibo del plus o complemento de que se trata en la mayoría de mensualidades del año. Como queda 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).

F) A la vista de cuanto antecede ya podemos abordar de manera frontal el examen de los diversos motivos de casación desarrollados por los dos recursos.

#### **CUARTO.- El complemento de nocturnidad (arts. 87 y 88).**

##### **1. Regulación convencional.**

El artículo 87 del convenio colectivo ("Complemento de turnicidad") dispone lo siguiente en su inicio:

El personal que esté adscrito, en forma rotativa regular de modo habitual y continuado, a los tres turnos de mañana, tarde y noche, tendrá derecho al percibo de un complemento de turnicidad diario, en los días que trabaje efectivamente en el turno de mañana o en el de tarde, así como en los días de descansos reglamentarios que correspondan y en período de vacaciones. Este complemento es compatible pero no acumulable con el complemento de Nocturnidad por lo que los días en que se trabaje en turno de noche se tendrá derecho solamente a percibir el correspondiente complemento de Nocturnidad, dentro de las condiciones señaladas en el epígrafe I del artículo siguiente, que trata de este último.

Por su lado, el artículo 88 del convenio aborda el complemento de nocturnidad en los siguientes términos:

I. El personal que trabaje en turno de noche cuyo horario de trabajo quede comprendido, íntegramente, entre las 21 horas y las 8 horas del día siguiente, bien sea en forma fija bien sea en forma rotativa regular, pero siempre de modo permanente, percibirá un complemento diario, exclusivamente durante el período de tiempo en que su horario de trabajo coincida dentro de los límites horarios antes citados, con arreglo a las siguientes condiciones:

a) El trabajador adscrito permanentemente de forma fija al turno de noche percibirá este complemento los días en que trabaje efectivamente durante la noche, los días de descanso reglamentarios y durante el período de vacaciones.

b) El trabajador adscrito permanentemente a los tres turnos de forma rotativa regular percibirá el complemento de Nocturnidad, expresamente, los días de trabajo efectivo en turno de noche, así como los días de descanso reglamentarios que correspondan al citado período de trabajo nocturno.

II. En aquellos casos en que no se den alguno de los requisitos condicionantes establecidos en el epígrafe I de este artículo (singularmente, trabajo permanente, en forma fija o rotativa regular, en turno de noche y con horarios íntegramente comprendido entre las 21 horas a las 8 horas del día siguiente), pero existan horas trabajadas durante el período de tiempo comprendido entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana. Dichas horas se satisfarán incrementadas en los valores que, para los diferentes niveles retributivos, se relacionan para los años 2010 y 2011 en los Anexo 1B.1 y 1A.1 respectivamente.

##### **2. Sentencia recurrida.**

La SAN 169/2018 pone de relieve la naturaleza salarial del concepto y acepta su inclusión en la remuneración vacacional por dos razones:

\* Para el personal sujeto a turnos rotatorios: forma parte de la retribución ordinaria.

\* Debe ponderarse a la hora de cuantificarlo de conformidad con la proscripción acumulación establecida en el art. 87.

##### **3. Decisión de la Sala.**



No podemos estimar el recurso interpuesto por la empresa, porque la inclusión del complemento de nocturnidad en la remuneración vacacional deriva de su carácter salarial.

La incompatibilidad con el complemento de turnicidad no genera problema alguno, puesto que para cada trabajador hay que atender a lo acaecido en los meses anteriores a la vacación. Si una persona ha percibido complemento de nocturnidad en seis o más meses de los once precedentes carece de sentido el debate acerca de la ocasionalidad o incompatibilidad.

Si el convenio colectivo establece una remuneración específica en función de lo que sucede día a día, debemos entender que la incompatibilidad ha de entenderse referida a tal tipo de unidad cronológica y no a otros periodos distintos. Es decir, si a lo largo de diversos meses una persona devenga ambos complementos (no por los mismos días) nada debe impedir que las reglas generales sobre compensación vacaciones también operen respecto de los dos.

Por otro lado, la SAN recurrida advierte en su sexto Fundamento que el reconocimiento del derecho a percibir el complemento de nocturnidad se hace "siempre que concurra la necesaria habitualidad expresada en los términos que determina la doctrina jurisprudencial". En consecuencia, tal y como expone el Ministerio Fiscal, el recurso de CLH debe fracasar pues el criterio acogido en la instancia concuerda con nuestra doctrina.

#### **QUINTO.- Complementos de desplazamiento de jornada (art. 93) y de descanso (art. 94).**

La reclamación referida a esta par de complementos puede abordarse de manera conjunta, tal y como hacen la sentencia recurrida y el recurso.

##### **1. Regulación convencional.**

A) Conforme al artículo 27 del convenio colectivo "se podrá desplazar la jornada de trabajo establecida a otro horario fijado en el Cuadro-horario para el mismo día, siempre que esta se desplace totalmente y se trate de los supuestos de ausencias al trabajo por I.T., ausencias de carácter imprevisto o licencias reglamentarias. Asimismo, se podrá efectuar este desplazamiento para realizar trabajos de carga y descarga de BB/TT o suministro a buques. El personal afectado por estas situaciones percibirá la compensación económica que se regula en el artículo 93".

A su vez, el artículo remitido prescribe que esta alteración del momento en que debe prestarse la actividad se compensa "con los distintos valores que se indican dependiendo de si el desplazamiento se produce a horario diurno o nocturno" y advierte que tal compensación es incompatible con el complemento de nocturnidad.

B) Conforme al artículo 28 del convenio colectivo "en los supuestos concretos en que se trate de atender servicios de carga y descarga de buques-tanque y suministro a buques o los que sean propios de puestos de carácter unipersonal para suplir licencias o ausencias por I.T., se podrá desplazar la jornada a uno de los días de descanso, percibiendo la compensación económica que se regula en el artículo 94".

A su vez, el artículo remitido establece el monto de la citada compensación, diferenciando si el descanso desplazado coincide con domingo o festivo; "es incompatible con el percibo del complemento por trabajo en domingo o festivo y con el percibo de horas extras si la jornada realizada no supera la jornada ordinaria así como con el de Desplazamiento de jornada.

##### **2. Sentencia recurrida.**

La SAN 169/2018 examina la causa a que obedecen estos complementos, ajena a la planificación del tiempo de trabajo y considera que "dicho carácter imprevisto del suceso determina el carácter extraordinario de las situaciones que lo motivan, lo que ha de excluir su inclusión en la retribución vacacional, y que dicha exclusión no produzca el pernicioso efecto disuasorio del que habla la doctrina del TJUE".

##### **3. Decisión de la Sala.**

No se cuestiona el carácter salarial de este complemento, ubicado en el Capítulo Segundo del convenio ("Salario base y complementos salariales"), concretamente en la Sección 4ª ("Complementos por calidad o cantidad de trabajo"), sino su condición de ordinario.

Ya hemos adelantado que la sentencia recurrida yerra en el enfoque cuando equipara la imprevisibilidad del devengo de un complemento con su exclusión del concepto "retribución ordinaria". Lo habitual es aquello que se repite en la mayoría de los casos, y si el supuesto imprevisible acaece durante seis o más meses de los once previos al periodo vacacional no cabe duda de que la remuneración de tal descanso anual ha de integrarse con el promedio de lo percibido durante los meses en que se haya devengado.

Como expone la doctrina que hemos resumido más arriba, lo decisivo para determinar la habitualidad de un complemento salarial es que se hubiera percibido efectivamente, con independencia de que la causa de ello



sea más o menos habitual en la dinámica productiva de la empresa, del centro de trabajo o de la concreta función de la persona que lo devenga.

En las expuestas condiciones (no se trata de que siempre haya de integrarse el promedio de lo percibido por estos conceptos de generación imprevisible, sino de que así suceda cuando la mayoría de los meses aparecen devengados) debe estimarse el recurso de los sindicatos respecto de los complementos por desplazamiento de jornada (art. 93 del convenio) y por desplazamiento de descanso (art. 94 del convenio).

Pese a lo manifestado por el Informe del Ministerio Fiscal, no se trata ahora de ignorar los hechos probados sobre el carácter extraordinario de estos complementos, sino de abrir la puerta a que cuando sean habituales (si es que ello sucede) se tomen en cuenta para remunerar la vacación. El hecho causante de ambos, por tanto, permanece incólume en los términos definidos por la regulación convencional.

## **SEXTO.- Complemento por comida (art. 100 convenio).**

### **1. Regulación convencional.**

Conforme al artículo 100 del convenio colectivo ("complemento por comida") "a las personas en régimen de jornada partida, y que no tengan ninguna otra compensación específica por este motivo, se les abonará, por cada jornada partida realizada, la cantidad de 10,41 euros durante 2010 y de 10,58 euros durante 2011".

### **2. Sentencia recurrida.**

La SAN 169/2018 considera que esta partida posee carácter compensatorio, no remuneratorio, lo que determina que excluye su abono durante las vacaciones. Porque la finalidad del precepto es indemnizar el trastorno que implica la realización de la jornada que exige bien desplazarse al domicilio y volver del mismo para realizar una comida principal, o bien realizar la misma fuera del domicilio con el consiguiente sobrecoste que supone efectuar la comida en un bar, restaurante o cafetería. Ese carácter extrasalarial determina la exclusión de la remuneración vacacional.

### **3. Decisión de la Sala.**

Pese a estar ante la interpretación sobre el alcance de un precepto albergado en convenio colectivo de ámbito empresarial, el proceso no ha ofrecido elementos decisivos en orden a la deducción de cuál era la finalidad perseguida por quienes acordaron la inclusión de esta retribución.

A favor de su carácter salarial juegan varios factores: 1º) Su denominación de "complemento", lo que entronca con la clasificación que de los mismos realiza el artículo 26 ET como parte del salario. 2º) La vinculación al modo en que se desarrolla la actividad productiva ("jornada partida"), abstracción hecha de cualquier otra circunstancia. 3º) La ubicación del precepto en el Capítulo Segundo del convenio ("Salario base y complementos salariales"), concretamente en la Sección 4ª ("Complementos por calidad o cantidad de trabajo").

A favor del carácter extrasalarial preconizado por la sentencia recurrida juegan varios factores: 1º) Su vinculación nominal a un gasto ("por comida"). 2º) Su cuantía uniforme con independencia del nivel o grupo profesional que se desempeñe (separándose del diverso valor asignado al trabajo de los diversos perfiles profesionales). 3º) No se devenga cuando media compensación por similar causa (lo que es impensable respecto de cualquier complemento salarial). 4º) Su cantidad parece proporcional a la teleología que el convenio le asigna (entre 10 y 11 euros). 5º) Tampoco se percibe los días de descanso semanal o festividades remuneradas (se calcula "por cada jornada partida realizada").

A la vista de todas esas circunstancias, consideramos que la interpretación asumida por la sentencia de instancia, con la que coincide el Informe del Ministerio Fiscal, es acertada; en consecuencia, no debe jugar aquí la presunción de carácter salarial a que alude el recurso formalizado por los sindicatos. Que se anude el devengo, diario, de este complemento a la realización de una "jornada partida" debe interpretarse, pues, como una técnica normativa de generalización, presumiendo que cuando así se hace surge un gasto adicional al propio de cuando la actividad productiva se desarrolla sin pausa intermedia relevante. Que el artículo 100 forme parte de una sección sobre complementos salariales no es decisivo, del mismo modo que tampoco puede serlo, en sentido contrario, que otras partidas sobre las que se debate en este procedimiento aparezcan integradas en el Capítulo dedicado a compensaciones y suplidos; como los propios recurrentes ponen de relieve, la naturaleza de las instituciones no puede depender ni de su denominación ni de la ubicación sistemática dentro del convenio colectivo sino de sus propias características.

## **SÉPTIMO.- Compensación en carga y descarga de buques-tanque (art. 106 convenio).**

### **1. Regulación convencional.**



Dentro del Capítulo dedicado a las compensaciones y suplidos aparece el artículo 106 sobre "compensación en carga y descarga de buques-tanque", cuyo tenor es el siguiente:

"El personal designado en día de descanso para atender servicios de carga y descarga de buques que no se incorpore al correspondiente turno de trabajo por decisión de la Empresa basada en razones operativas, percibirá, por la anulación mencionada, una compensación de 79,13 euros durante 2010, y de 80,40 euros durante 2011, computándose el mencionado día como de descanso a todos los efectos.

En todo caso, la Compañía deberá comunicar la anulación de cada turno con una antelación de ocho horas a la iniciación del turno correspondiente".

## **2. Sentencia recurrida.**

La SAN 169/2018 basa en un doble argumento su decisión de excluir esta partida retributiva del monto vacacional.

Primero, por devengarse en situaciones anormales, pues requiere de una previa decisión empresarial motivada en razones operativas.

Segundo, porque carece de naturaleza salarial, pues no retribuye trabajo efectivamente prestado, sino que compensa la limitación en la planificación del descanso del trabajador al haber sido designado para acudir a realizar una tarea y no desarrollarla.

## **3. Decisión de la Sala.**

Ya hemos expuesto reiteradamente que el carácter extraordinario de una remuneración no constituye argumento válido para descartarla como integrante de la compensación por vacaciones, puesto que solo puede afirmarse ello tras comprobar que así ha sucedido respecto de cada persona. En consecuencia, no compartimos el primero de los argumentos esgrimidos por la sentencia recurrida. Y tampoco tiene razón la protesta empresarial acerca de las consecuencias que tendría el éxito del recurso en este punto; solo si mayoritariamente (en términos de número de meses) se ha percibido determinado plus o complemento es cuando también debe abonarse durante el descanso anual y sería contradictorio afirmar que se transforma algo cuando está sucediendo lo habitual.

Antes nos hemos referido a la puesta a disposición como el modo de cumplir con la prestación laboral. En casos extremos (por ejemplo, guardias localizadas) es posible que no haya habido desarrollo material de actividad productiva) y evidente que la cantidad percibida por quien ha estado en disposición de llevarla a cabo constituye su compensación salarial.

Lo que sucede aquí es que el precepto examinado establece una compensación de los daños y perjuicios padecidos por quien debía trabajar "en día de descanso" y finalmente no lo hace "por decisión de la Empresa basada en razones operativas". Presuponiendo que eso comporta tanto una frustración económica (no obtener los ingresos correspondientes al trabajo en festivo) cuanto una distorsión en los planes personales, el convenio colectivo cuantifica el importe compensatorio, siguiendo la estela del legislador para asuntos similares (modificaciones sustanciales, extinciones objetivas, despidos disciplinarios, etc.). No ha llegado a darse ni siquiera la puesta a disposición de la empresa, sino solo la preparación para ello.

Esta consideración extrasalarial se corresponde con la regla conforme a la cual el día en que estaba previsto el trabajo abortado se computa "como de descanso a todos los efectos", lo que comporta la obvia consecuencia de que la jornada (semanal, anual) queda incólume y se desarrollará el tiempo previsto más adelante, percibiendo la remuneración que corresponda a la vista de las circunstancias en que se realice.

Por todo ello, en concordancia con el criterio del Ministerio Fiscal, consideramos que esta compensación, con independencia de su mayor o menor reiteración, no puede considerarse integrante de la remuneración salarial y, por tanto, siempre debe quedar al margen de la percibida durante las vacaciones.

Queda fuera del presente debate, y por tanto de nuestra reflexión, el régimen aplicable cuando la desconvocatoria se produzca sin respetar las exigencias del convenio: concurrencia de razones operativas y preaviso de al menos ocho horas.

## **OCTAVO.- Compensación adicional por comisión de servicio (art. 103.b).**

### **1. Regulación convencional.**

El artículo 34 del convenio contempla las comisiones de servicios a poblaciones distintas a la de destino habitual. Especifica que en todo caso el tiempo de trabajo habrá de ajustarse a las previsiones generales y añade lo siguiente en su apartado 3:





El tiempo empleado en el viaje realizado en las condiciones que quedan señaladas, tendrá siempre la consideración de "tiempo de viaje sin servicio", durante el que no se presta trabajo efectivo alguno aunque se halle a disposición de la empresa. Consecuentemente, el citado tiempo invertido en desplazamiento entre poblaciones, no dará lugar a devengo de horas extraordinarias, en ningún caso, devengándose, en su lugar, la compensación adicional que se consigna en el apartado b) del artículo 103 del presente convenio, exclusivamente, al inicio y a la finalización de la comisión de servicio siempre que queden cumplidas las condiciones de permanencia o incorporación al puesto de trabajo en el lapso señalado.

La compensación adicional mencionada en el párrafo anterior sólo será abonada en las comisiones de servicio que exigen desplazamientos superiores a 120 kilómetros, considerados ida y regreso.

A su vez, el invocado artículo 103.b) del convenio establece en una "cuantía unitaria y alzada" esa compensación (34,74 euros durante 2011).

A su vez, el artículo 51 del convenio dispone lo siguiente en sus dos primeros apartados:

1. La Compañía podrá disponer la realización de comisiones de servicio, a cuyo fin podrá ordenar al personal su desplazamiento temporal, hasta el límite de un año por cada período de tres años, para realizar funciones propias de su grupo profesional o puesto de trabajo en lugar o Centro de trabajo distinto de aquel al que se encuentra adscrito con carácter permanente, cuando existan razones técnicas, organizativas o de producción.

2. Cuando el lugar o centro de trabajo a que haya de desplazarse el trabajador en comisión de servicio, es decir, por orden expresa de la Compañía, se encuentre situado en localidad o población distinta de su residencia habitual, la Compañía abonará, además de los salarios, las dietas compensatorias que se señalan en el artículo 103 y suplirá los gastos de viaje o locomoción a que pueda haber lugar, todo ello de conformidad con las condiciones que se especifican en el citado artículo 103.

## **2. Sentencia recurrida.**

La SAN 169/2018 examina los preceptos del convenio que acabamos de reproducir y considera que de su interpretación literal y conjunta se deduce claramente el concepto de "dieta" del concepto reclamado, lo que determina su carácter extrasalarial ( art. 26.2 ET) y, por ende, que no deba ser incluido en la retribución de vacaciones.

## **3. Decisión de la Sala.**

Como advierte el Ministerio Fiscal, resulta significativo que el recurso omita toda referencia al artículo 51 del convenio, siendo así que para identificar adecuadamente la naturaleza de esta partida retributiva resulta imprescindible contemplar conjuntamente los tres artículos en liza (34, 51 y 103).

La clara finalidad de estas cantidades (junto con los gastos de locomoción y las dietas) es la de afrontar los gastos (directos o indirectos) que suele acarrear el desplazamiento a localidad distinta a aquella en que habitualmente se desarrolla la prestación laboral.

Además de la identificación del convenio como partidas extrasalariales, y de anudar su devengo a la realización de un viaje (que no de un trabajo), la finalidad de estas cantidades es la de afrontar los sobrecostes que comporta el acudir o regresar a una población diversa de la habitual.

Se trata de compensación percibida "exclusivamente, al inicio y a la finalización de la comisión de servicio". En consecuencia, no parece atendible el argumento del recurso conforme al cual se está remunerando la mayor disponibilidad en la distribución del horario, ya que en tal caso habría de devengarse durante todos los días en que esté vigente a citada comisión de servicio.

## **NOVENO.- Resolución.**

### **1. Corrección parcial de la sentencia recurrida.**

A la vista de cuanto antecede vamos a desestimar el recurso de la empresa referido al complemento de nocturnidad.

Respecto del recurso de los sindicatos, que interesa ahora la íntegra estimación de la demanda, nuestra respuesta es matizada. Debemos acogerlo parcialmente pues no se ajusta a Derecho el fallo de la sentencia cuando descarta, de manera incondicional, que se abone a quien disfruta de vacaciones el promedio de lo percibido (siempre que lo haya devengado más de seis meses en los últimos once) por los conceptos de desplazamiento de jornada (art. 93 del convenio) y desplazamiento de descanso (art. 94).



Sí confirmamos el criterio acogido por la Sala de instancia respecto de la exclusión del complemento por comida (art. 100 del convenio), complemento por compensación en carga y descarga de buques-tanque (art. 106) y compensación adicional por comisión de servicio (art. 103.b).

Conviene reiterar que la inclusión de los conceptos retributivos ahora añadidos a los ya incluidos en el fallo de la SAN 169/2018 procederá siempre que se trate de personas que durante la mayoría de los meses tomados en cuenta para el devengo vacacional los hayan percibido. Su cuantía habrá de obtenerse acudiendo al promedio de lo percibido durante aquellos meses en que se hayan 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.

## 2. 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) Desestimar el recurso de casación formalizado por la Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Sánchez- Cervera Valdés.
- 2) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto el sindicato Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (UGT- FICA), representado y defendido por el Letrado Sr. García Rodríguez, al que se adhiere el sindicato Industria Comisiones Obreras, representado y defendido por la Letrada Sra. Suárez Garrido.
- 3) Casar y anular la sentencia nº 169/2018 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 12 de noviembre de 2018, en autos nº 182/2018 y nº 285/2018, sobre conflicto colectivo, en la medida necesaria para acomodarla al presente fallo.
- 4) 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- el complemento de nocturnidad (art.88 del convenio), el complemento por ejecución de trabajos de superior categoría ( art.89 del Convenio), la retribución por horas extraordinarias (art. 92 del convenio), la compensación por trabajo en domingo y festivo ( art. 95 del Convenio), el plus de relevo (art.98 del Convenio), la compensación por retén (art. 105 del Convenio) y el Complemento a monitores (art. 90 del convenio).
- 5) Declarar que también son conceptos computables en el cálculo de la retribución de vacaciones las cantidades percibidas en concepto de desplazamiento de jornada (art. 93 del convenio) y desplazamiento de descanso (art. 94)
- 6) Declarar el derecho de quienes perciban tales complementos durante 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 les abone el promedio satisfecho por tales conceptos.
- 7) Desestimar el resto de las peticiones.
- 8) 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.