



Roj: **STS 4400/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4400**

Id Cendoj: **28079140012016100725**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/09/2016**

Nº de Recurso: **233/2015**

Nº de Resolución: **789/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1519/2015,**
STS 4400/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 29 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación interpuesto por la letrada D^a Cristina Samaranch Lacambra, en nombre y representación de ALSTOM TRANSPORTE, S.A., contra la sentencia de 5 de mayo de 2015 dictada por la **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional, en el procedimiento núm. 59/2015 seguido a instancia de la Federación de Industria de Comisiones Obreras y de Metal, Construcción y Afines de la UGT, Federación de Industria (MCA UGT) contra Alstom Transporte, S.A. sobre Conflicto Colectivo. Han comparecido en concepto de parte recurrida METAL, CONSTRUCCIÓN Y AFINES, FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE LA UGT (MCA-UGT) representada por el letrado D. Saturnino Gil Serrano y la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO) representada por el letrado D. Ángel Martín Aguado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de los sindicatos UGT y CCOO se presentó demanda sobre conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare: <<el derecho de los trabajadores [...] a percibir como retribución de las vacaciones anuales, además de los conceptos computados por la empresa, el promedio de los complementos salariales variables que se relacionaba en el art. 45.2 del convenio y que de forma regular percibe el trabajador durante los meses de actividad ...>>.

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

TERCERO.- El día 5 de mayo de 2015, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<Desestimamos la excepción de falta de agotamiento de la vía previa por no haberse sometido la cuestión litigiosa a la Comisión Paritaria regulada en el Convenio Colectivo. Estimamos, las demandas formuladas por la FEDERACIÓN DE INDUSTRIA DE COMISIONES OBRERAS, y por METAL, CONSTRUCCIÓN Y AFINES DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, (MCA-UGT), frente a la empresa ALSTOM TRANSPORTE, S.A., sobre, CONFLICTO COLECTIVO. Declaramos el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a percibir 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 durante los meses de actividad, y en concreto, los pluses de turno de noche, nocturnidad, plus et turno de tarde plus de festivo, plus de jornadas de carácter especial, plus de mando, plus de jefe de equipo, plus de guardia-disponibilidad, plus de servicio en taller, plus de servicio asistencia en vía, plus de servicio disponibilidad equipo de socorro, plus de servicio encarrilamiento de tranvías y plus de servicio enclavamientos. Condenamos a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración>>.

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: << **1º.**- La empresa demandada se dedica a la actividad de mantenimiento ferroviario, así como actividades de servicios dirigidos al Mercado Ferroviario, y tiene centros de trabajo repartidos por diversas Comunidades Autónomas.- **2º.**- La empresa demandada ejerce su actividad bajo el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de empresa, siendo el vigente en la actualidad el correspondiente a los años 2013-2017 que no está publicado en el BOE, cuyo contenido, obrando en autos, se da por reproducido (Descriptor 22).- **3º.**- El presente conflicto colectivo afecta a todo el personal integrado en ALSTOM TRANSPORTE, S.A. de la Unidad (TLS).- Train Life Services y que percibe de forma habitual complementos salariales de naturaleza variable derivados de lo establecido en el art. 45.2 y 3 del convenio, y concretados en la forma y cuantías de su devengo y percepción en los artículos siguientes de dicho convenio.- **4º.**- En los artículos 33, 34 y 35 del Convenio se regulan las vacaciones, el período obligatorio de vacaciones y la modificación de calendarios de vacaciones, sin establecer el convenio la forma en que se debe retribuir el período vacacional.- **5º.**- El referido convenio de la empresa regula en el artículo 45, los complementos salariales, manteniendo regulaciones convencionales anteriores y, al respecto dispone: "ARTÍCULO 45.- COMPLEMENTOS SALARIALES Se entenderá por complementos salariales cualquiera de las cantidades que se adicionan al Salario Base en función de alguna, o algunas, de las circunstancias que se contemplan seguidamente. Los complementos salariales pueden ser:

1. COMPLEMENTOS PERSONALES.

- Antigüedad
- Plus de Garantía Personal
- Diferencia Plus de Transporte-Prima Productividad de los Mandos

2. COMPLEMENTOS PUESTO DE TRABAJO:

- Turno de noche
- Nocturnidad
- Turno de Tarde
- Plus Festivo
- Plus de Jornadas de Carácter Especial
- Plus de mando
- Plus de Jefe de Equipo
- Plus de Guardia-Disponibilidad
- Plus de Servicio en Taller
- Plus de Servicio Asistencia en Vía
- Plus de Servicio Disponibilidad Equipo de Socorro
- Plus de Servicio Encarrilamiento de Tranvías
- Plus de Servicio Enclavamientos

3. COMPLEMENTOS DE CANTIDAD O CALIDAD DE TRABAJO - Prima de productividad

4. COMPLEMENTOS DE VENCIMIENTO PERIÓDICO SUPERIOR AL MES - Gratificaciones extraordinarias.- El importe de los complementos de puesto de trabajo relacionados en el artículo 45.2 del convenio colectivo aparece recogido en el anexo 2 del convenio.- **6º.**- La demandada, en la retribución de las vacaciones de los trabajadores afectados por el presente conflicto incluye los conceptos de salario base, antigüedad, plus de garantía personal, plus de esa categoría profesional y prima de productividad no abonando el resto de pluses y complementos (Hecho conforme).- **7º.**- En fecha 25 de febrero de 2015 se celebró el procedimiento de mediación promovido por Federación de Industria CC.OO. frente a ALSTOM TRANSPORTE, S.A. por motivo, según consta en la solicitud de mediación, de derecho al abono en la retribución de vacaciones que finalizó teniendo como resultado la falta de acuerdo. (Descriptores 2 y 5).>>.



CUARTO.- Por la representación de Alstom Transporte, S.A., se formaliza recurso de casación contra la anterior sentencia, en el que se formulan los siguientes motivos: 1º) Al amparo del art. 193 b) LRJS , se solicita la revisión del hecho probado 3º y 2º) Al amparo del art. 193 c) LRJS , por infracción del art. 38 ET y art. 7.1 la Convenio nº 132 de la OIT.

QUINTO.- Personada la parte recurrida y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 22 de septiembre de 2016, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación consiste en determinar la forma en la que han de retribuirse las vacaciones en la empresa demandada, que rige sus relaciones de trabajo con sus empleados por medio de un convenio colectivo de empresa, en el que el derecho al disfrute y el abono de las vacaciones se regula genéricamente, sin referencia expresa a la forma de remuneración de las mismas o sobre los conceptos retributivos que han de integrar su remuneración, sin que tampoco se lleva a cabo exclusión alguna en lo pactado.

La empresa Alstom Transporte venía abonando las vacaciones de los trabajadores de la Unidad TLS, - *Train Life Services* – incluyendo únicamente en su retribución los conceptos de salario base, antigüedad, plus de garantía personal, plus de categoría profesional y prima de productividad, excluyendo por tanto el resto de complementos previstos en el número 2 del artículo 45 del convenio, que son los enumerados en el hecho quinto de los que se declaran probados en la sentencia recurrida, transcritos en otra parte de esta resolución, en el que se refleja la literalidad del referido precepto.

La demanda planteada por los sindicatos CC.OO. y UGT ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que dio origen a estas actuaciones, pretendía que las vacaciones se remunerasen con la inclusión del promedio del importe abonado periódicamente por la empresa de los complementos variables, afirmándose en las demandas que tales devengos -no excluidos por el convenio para el pago de las vacaciones– tenían naturaleza habitual, estable y se percibían de manera regular, razón por la que debían integrar el importe anual de las vacaciones.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la sentencia de fecha 5 de mayo de 2.015 que ahora se recurre en casación, tras rechazar la excepción de falta de agotamiento de la vía previa por no haberse sometido la cuestión litigiosa a la Comisión Paritaria regulada en el convenio colectivo, estimó las demandas y en consecuencia declaró el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a percibir como retribución de las vacaciones anuales, además de los conceptos computados por la empresa, "*... el promedio de los complementos salariales variables que de forma regular y habitual percibe el trabajador durante los meses de actividad, y en concreto, los pluses de turno de noche, nocturnidad, plus et turno de tarde, plus de festivo, plus de jornadas de carácter especial, plus de mando, plus de jefe de equipo, plus de guardia-disponibilidad, plus de servicio en taller, plus de servicio asistencia en vía, plus de servicio disponibilidad equipo de socorro, plus de servicio encarrilamiento de tranvías y plus de servicio enclavamientos...*" condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración .

Para llegar a tal conclusión, la Sala de la Audiencia Nacional parte de la realidad de que el convenio colectivo no establece ninguna forma concreta de remunerar las vacaciones, ni por ello excluye concepto retributivo alguno, ninguno de los complementos cuya inclusión se postulaba en las demandas, lo que determinaba la necesidad de resolver el problema desde la perspectiva de la realidad de que los complementos discutidos se percibían por los trabajadores de manera habitual (hecho probado tercero) y a falta de regulación en el Convenio colectivo, debía aplicarse "*... lo establecido en el Convenio núm. 138 de la OIT, y en el art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE interpretada en las sentencias del TJUE antes citadas, es decir, conforme precisa nuestra jurisprudencia, a la "regla general de retribuir las de acuerdo con la remuneración normal o media obtenida por el trabajador en la época de actividad, lo cual es acorde con su finalidad: garantizar el disfrute efectivo del derecho a vacaciones mediante la continuidad de la percepción de la renta del trabajo habitual"; y dado que los conceptos discutidos en el presente litigio en el que se pretende, que en la retribución de las vacaciones anuales se incluya el promedio anual de los complementos variables que corresponden ... expresamente conceptos salariales, (conforme a los artículos 45 a 62 del transcrito convenio colectivo de empresa, cuya cuantía se concreta en el anexo 2), éstos complementos, deben ser computados de forma promediada*".

SEGUNDO.- Frente a la referida sentencia se interpone ahora el presente recurso de casación, en el que la empresa recurrente propone dos motivos para ello. El primero se construye al amparo de la letra b) del artículo 193 LRJS . Parece evidente que se trata de un error puesto que ese precepto se refiere al recurso de suplicación,



y que el que se pretende invocar es el 207 d), error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obren en autos, puesto que se propone la modificación del hecho probado tercero de la sentencia recurrida para eliminar del mismo la referencia al hecho de que la percepción de los complementos salariales que se discuten se produzca *de forma habitual*.

El motivo no puede prosperar porque, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en su informe, no se pone de manifiesto por el recurrente documento alguno en el que basar la rectificación y poner de manifiesto la equivocación del Tribunal a quo. La mera referencia al contenido del convenio colectivo es manifiestamente insuficiente para ello, puesto que precisamente la ausencia de previsión sobre la manera en la que se han de pagar las vacaciones es la que ha generado el pleito y la propia sentencia recurrida.

Por otra parte, la percepción regular y habitual de los complementos discutidos es una evidencia que extrajo la Sala de Instancia de las distintas pruebas practicadas, teniendo en cuenta que la empresa demandada en modo alguno desvirtuó la afirmación de la demanda de que esos complementos se percibía de esa forma regular, aunque su cuantía sea variable. Todo ello sin perjuicio de lo que se explicará en el siguiente motivo a propósito de la carga de la prueba.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso se invoca de nuevo erróneamente el artículo 193 c) LRJS, cuando debió referirse al 207 e) de la misma norma procesal, puesto que se refiere a la pretendida vulneración de los artículos 7.1 del Convenio 132 OIT y de la jurisprudencia que lo ha interpretado, sin referencia en éste motivo de infracción jurídica a los artículos 217 de la LEC y 94.2 LRJS .

Sostiene el recurrente que la habitualidad o regularidad en la percepción de los trece conceptos retributivos cuya inclusión en la retribución de las vacaciones se niega, era un extremo que debió ser acreditado por los demandantes. Sin embargo, esa conclusión entiende la Sala que es jurídicamente desacertada, puesto que fueron los actores los que en sus demandas establecieron esa afirmación de regularidad o habitualidad en las percepciones mensuales aunque sus cuantías fueran variables, y a la empresa correspondía acreditar que esa afirmación no tenía un sustento real, que se trata de percepciones totalmente excepcionales, teniendo en cuenta lo que se dispone en el referido artículo 217.2 y 3 LEC , pero interpretado desde la previsión general que se contiene en el número 7 del mismo, en el que se establece que *"Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio"*. De manera que ante las afirmaciones que se contienen en la demanda sobre la manera en la que se llevaban a cabo las actividades que daban derecho al devengo de los complementos discutidos, correspondía a la empresa, que era la única que tenía en su mano la facilidad probatoria para hacerlo, desmontar ese punto de partida, esa afirmación de las demandas, que al final fueron acogidas por la sentencia recurrida para concluir que se trataba de percepciones regulares y habituales, y que no habían sido excluidas por el convenio colectivo, que nada dice sobre los conceptos que han de integrar el pago del periodo de vacaciones.

La descripción de los distintos conceptos netamente salariales que se contiene en los artículos 50 a 62, ambos inclusive, del convenio colectivo, referidos a los complementos de turno de noche, nocturnidad, turno de tarde, plus de festivo, plus de jornadas de carácter especial, plus de mando, plus de jefe de equipo, plus de guardia - disponibilidad, plus de servicio en taller, plus de servicio asistencia en vía, plus de servicio disponibilidad equipo de socorro, plus de servicio encarrilamiento de tranvías, plus de servicio enclavamientos, tuvieron para la sentencia recurrida esa naturaleza de habitualidad, y a la hora de resolver este recurso han de mantenerla, al no haberse desvirtuado esa afirmación de hecho que ha resultado inalterada.

CUARTO.- La jurisprudencia más reciente de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la manera en la que han de retribuirse las vacaciones se contiene en nuestras sentencias de Pleno nº 497/2016 y 591/2016 , de 8 y 30 de junio de 2.016 (recursos 207/2015 y 45/2015). En ellas se lleva a cabo un extenso estudio del alcance del artículo 7 del Convenio 132 OIT, en relación con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 7, y de la STJUE 22/07/2014, asunto Lock , doctrina contenida en ésta sobre la que esas sentencias afirman que no resuelve todos los problemas que puedan plantearse en relación con el asunto discutido, ante la no eficacia horizontal directa de la Directiva.

Por ello, en el fundamento de derecho decimotercero de la primera de las sentencias de esta Sala citadas, se viene a establecer la nueva doctrina jurisprudencial, en la que se dice que *"... si bien hasta la fecha hemos mantenido que el Convenio Colectivo puede válidamente limitar los elementos salariales de la jornada «ordinaria» que hayan de retribuirse en vacaciones, apartándose así de la «remuneración normal o media», siempre -se decía- que en cómputo anual se respetasen los mínimos indisponibles de Derecho necesario [FJ Sexto], de todas formas tal criterio ha de ser rectificado -y se rectifica por esta sentencia-, atendiendo a que tanto la doctrina del TJUE - elemento interpretativo de nuestro régimen normativo y convencional-, como el art. 7.1 Convenio 132 atienden*



a la «remuneración normal o media», si bien -art. 7.1 citado- «calculada en la forma» que pudiera acordar -entre otras posibilidades- la negociación colectiva.

Pues bien, aclarado ello nos 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.

Planteamiento, que 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."

Recordemos no obstante que ese examen casuístico de los conceptos que han de integrar la retribución de las vacaciones, en este caso que ahora resolvemos viene condicionado por dos circunstancias relevantes:

a) La primera es la de que -a diferencia de los supuestos que analizan las anteriores sentencias citadas- en el convenio colectivo de la empresa Alstom Transporte nada se dice sobre ese punto y ningún concepto retributivo se excluye expresamente; b) La segunda es la referida a la realidad probatoria antes descrita, de manera que si ha permanecido de manera jurídicamente relevante y válida la afirmación de que los trece pluses o devengos discutidos forman parte habitual y normal de los devengos mensuales de los trabajadores afectados por el conflicto, con independencia de que las cifras varíen en los distintos meses, la aplicación del artículo 7.1 del Convenio 132 OIT y de la doctrina jurisprudencial citada nos conducen directamente al mismo resultado que alcanzó la sentencia recurrida, puesto que los pluses discutidos entrarían en la zona de "certeza" a que se refiere la jurisprudencia, por lo que de esta manera no cabe entender que incidiese en infracción de norma alguna, porque integró las vacaciones con el promedio de lo percibido regular y habitualmente por los trabajadores devengado por los conceptos discutidos.

QUINTO.- De lo razonado hasta ahora se desprende que, rechazados los dos motivos del recurso de casación interpuesto por la empresa, éste ha de ser desestimado en su integridad tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, lo que significa la plena confirmación de lo que en la misma se resuelve, sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre costas, tal y como se desprende del artículo 235.2 LRJS .

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por ALSTOM TRANSPORTE, S.A., representada por la letrada Dª Cristina Samaranch Lacambra. 2º) Confirmar la sentencia de 5 de mayo de 2015 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en el procedimiento núm. 59/2015 seguido a instancia de la Federación de Industria de Comisiones Obreras y de Metal, Construcción y Afines de la UGT, Federación de Industria (MCA UGT) contra Alstom Transporte, S.A. sobre Conflicto Colectivo. 3º) No ha lugar a realizar pronunciamiento sobre costas

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Gullon Rodriguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia de la misma, certifico.