



Roj: **STS 4796/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4796**

Id Cendoj: **28079140012017100974**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2017**

Nº de Recurso: **276/2016**

Nº de Resolución: **1065/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 9931/2016,**
STS 4796/2017

CASACION núm.: 276/2016

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1065/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 21 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el Organismo Autónomo de Madrid 112 (Comunidad Autónoma de Madrid), representado y defendido por el Letrado Sr. Muñoz Exquerra, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de septiembre de 2016, en autos nº 172/2016, seguidos a instancia de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO., contra dicho recurrente, Comité de Empresa, Unión General de Trabajadores UGT, Unión Sindical Obrera USO, Coalición Sindical Independiente de Trabajadores de Madrid-Unión Profesional CSIT, sobre conflicto colectivo.

Ha comparecido en concepto de recurrida la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO., representada y defendida por el Letrado Sr. Sagües Navarro.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO. interpuso demanda de conflicto colectivo del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se

declare: 1º) El derecho del personal laboral afectado por el presente conflicto a que en el período de las vacaciones anuales se les retribuya el plus de actividad y el plus o complemento de nocturnidad. b) Que se condena la Organismo Autónomo de Madrid 112 de la Comunidad de Madrid, a estar, pasar y hacer efectiva, la anterior declaración, reconocimiento y condena.

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 28 de septiembre de 2016 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: «Que estimando la demanda de CONFLICTO COLECTIVO formulada por la Letrada de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras, frente al Organismo Autónomo Madrid 112 de la Comunidad Autónoma de Madrid, debemos declarar y declaramos el derecho del personal laboral afectado por el presente Conflicto, es decir, OPERADORES, SUPERVISORES, SUPERVISORES AYUDANTES y GM-24 que prestan sus servicios por cuenta y bajo la dependencia del Organismo Autónomo de la Comunidad de Madrid, MADRID 112, a que en el periodo de las vacaciones anuales se les retribuya el Plus de Actividad MADRID 112 y el plus o complemento de nocturnidad en cuantía equivalente a la media que hubiera percibido durante los once meses de la anualidad correspondiente a cada periodo vacacional retribuido; condenando al Organismo Autónomo MADRID 112 de la Comunidad Autónoma de Madrid a estar y pasar por la anterior declaración debiendo abonar a los trabajadores antes mencionados el plus de Actividad MADRID 112 y el complemento de nocturnidad durante el periodo vacacional anual en la cuantía media correspondiente a cada uno de ellos. Sin costas».

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

«1º.- El presente conflicto extiende su ámbito territorial a la Comunidad de Madrid, afectando a todos los trabajadores de las categorías profesionales de OPERADORES, SUPERVISORES AYUDANTES, SUPERVISORES y GM-24 que bajo el marco laboral ordinario, prestan sus servicios por cuenta y bajo la dependencia del Organismo Autónomo de la Comunidad de Madrid, MADRID 112, lo que representa un número aproximado de 150 trabajadores.

2º.- El objeto del presente conflicto colectivo se refiere al derecho del personal afectado a que se les abone en el período anual de vacaciones, el plus de actividad y la nocturnidad, que no se les abona.

3º.- Respecto del Plus de Actividad hubo acuerdos sobre naturaleza jurídica en el seno de la Comisión Paritaria de 25 de enero de 2001, sobre su naturaleza jurídica y entre la Consejería de Justicia e Interior y el Comité de Empresa, en 04 de noviembre de 2005, pero no se regulaba nada sobre su percepción en vacaciones.

4º.- Los demandantes a los que afecta este Conflicto Colectivo por pertenecer al ámbito territorial de la Comunidad de Madrid son los trabajadores de las categorías profesionales de OPERADORES, SUPERVISORES AYUDANTES, SUPERVISORES y GM-24, que prestan sus servicios en el Organismo Autónomo MADRID 112 de la Comunidad Autónoma de Madrid, que han venido percibiendo mensualmente las cantidades salariales que se expresan en sus respectivas nóminas que constan unidas a los autos como documento nº 4 de los presentados por la parte demandada que se dan por reproducidos.

En dichas nóminas salariales están incluidos el Plus de Actividad Madrid 112 y el de Nocturnidad, entre otros conceptos salariales, en las cuantías concretas que a cada uno de ellos se les abonaba en cada mensualidad. Estos conceptos salariales de Plus de Actividad Madrid 112 y de Nocturnidad no se les abonan en ninguna cuantía en la nómina salarial correspondiente al periodo anual de vacaciones».

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre del Organismo Autónomo de Madrid 112 (Comunidad Autónoma de Madrid). Su Letrado, Sr. Muñoz Exquerra, en escrito de fecha 7 noviembre de 2016, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207 LRJS por error en la apreciación de la prueba. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por infracción de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso. TERCERO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS por infracción de la Disposición Adicional 5ª, apartado 4, del CC. para el Personal Laboral de la CAM.

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 21 de diciembre 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.

1. Demanda y términos del conflicto.

Con fecha 24 de febrero de 2016 el Abogado de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CCOO) presenta demanda de Conflicto Colectivo frente al Organismo Autónomo *Madrid 112* de la Comunidad Autónoma de Madrid. Solicita que se declare el derecho del personal laboral afectado a que durante las vacaciones anuales se les retribuya el plus de actividad y el plus o complemento de nocturnidad.

Argumenta que ambos pluses son complementos de cantidad o calidad de trabajo, cobrados en función del número de días de servicios prestados y, por tanto, de cuantía variable; interesa que se abonen ambos en su cuantía promediada.

2. Sentencia recurrida.

Mediante su sentencia 765/2016 de 28 de septiembre, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid pone fin al procedimiento de conflicto colectivo (nº 172/2016) de referencia, dictando una sentencia estimatoria. De su contenido interesa resaltar lo que sigue:

A) El objeto del litigio consiste en determinar si a los trabajadores afectados les corresponde o no el derecho a percibir en concepto de salario correspondiente al periodo de vacaciones anuales retribuidas por los conceptos de Plus de Actividad Madrid 112 y de Nocturnidad en cuantía equivalente al término medio de lo que perciben durante los demás meses del año por esos mismos pluses.

B) Los afectados por el conflicto colectivo vienen percibiendo esos dos pluses "en cada mensualidad", bien que en diversas cuantías. Sin embargo "no se les abonan en ninguna cuantía en la nómina salarial correspondiente al periodo anual de vacaciones".

C) El convenio aplicable no dispone nada sobre retribución en vacaciones (art. 27).

D) La nocturnidad tiene una regulación específica en el art. 40 del Convenio Colectivo, pero nada se regula en relación del plus de actividad.

E) Con base en lo dispuesto por la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 04 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y a la Jurisprudencia Constitucional y del Tribunal Europeo sobre la materia, así como teniendo en cuenta que el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, ni las especificaciones en el mismo contenidas para el Organismo Autónomo Madrid 112, regulan nada sobre cuál debe ser la retribución en vacaciones, el plus de actividad y la nocturnidad deben abonarse en el periodo de vacaciones anuales y han de comprender el promedio de la totalidad de emolumentos que corresponden a la jornada ordinaria.

3. Recurso de casación y escritos concordantes.

A) Disconforme con la sentencia de instancia, la entidad empleadora interpone recurso de casación con fecha 10 de noviembre de 2016, estructurándolo en tres motivos.

Interesa tanto la revisión de los hechos probados que alberga la resolución recurrida (añadiendo dos datos) cuanto la casación de la misma por vulnerar jurisprudencia sobre vacaciones.

B) Mediante escrito de 21 de noviembre de 2016 el Abogado de CCOO presenta escrito de impugnación al recurso formalizado.

Considera que no concurren los requisitos para la rectificación del relato acogido por la STSJ Madrid 765/2016. Examina la jurisprudencia supuestamente infringida y explica las razones que le llevan a sostener lo contrario.

C) Por su parte, evacuando el Informe contemplado en el artículo 214.1 LRJS, la representante del Ministerio Fiscal entiende que no puede prosperar ninguno de los tres motivos de casación.

Recuerda la reciente doctrina de esta Sala Cuarta y pone de relieve que la estimación de la demanda concuerda con ella por lo que el recurso debe desestimarse.

SEGUNDO.- Revisión de los hechos probados (Motivo 1º del recurso).

El artículo 207.c) LRJS permite la casación de la sentencia dictada en instancia por las Salas de lo Social cuando concurra *error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios*.

1. Formulación del motivo.



A) El Letrado de la Comunidad de Madrid interesa que al HP Cuarto se añada lo siguiente: " *El Plus de Actividad Madrid 112 se percibe por cada trabajador en cuantía variable en función de las jornadas efectivamente realizadas* " .

El añadido pretende acreditar que no hay habitualidad en la percepción de este complemento y que su abono está ligado al efectivo desempeño de una actividad.

Basa su petición en diversos recibos de salarios, examinando los cuales puede verse cómo "la cuantía del plus de actividad es distinta cada mes".

B) En el mismo motivo se pretende una segunda adición, conforme a la cual "El Plus de Nocturnidad se percibe en función de las horas efectivamente trabajadas por cada trabajador en jornada nocturna".

Este submotivo posee la misma finalidad que el anterior: acreditar que el complemento en cuestión está asociado a una actividad específica.

Basa su petición en los mismos recibos de salarios ya citados, cuyo examen permite comprobar cómo la cuantía percibida varía y en algunos meses no aparece.

2. Requisitos del error en apreciación de prueba.

A) El artículo 207.d) no permite la revisión plena del material probatorio. Se limita, por el contrario, a posibilitar un reexamen excepcional de la declaración de hechos probados cuando a la luz de ciertas pruebas (de carácter documental), se acredite que algún extremo de la misma es, sin duda, equivocado. Las consecuencias de esta configuración legal son múltiples puesto que condiciona las posibilidades reales de que la revisión de hechos probados se produzca en casación.

No puede pretender el recurrente una valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011 , con cita de otras muchas).

B) En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican estas limitaciones . La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas.

C) Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012), 25 marzo 2014 (rec. 161/2013), 2 marzo 2016 (rec. 153/2015) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).
2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.
3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.



4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].
5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas
6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.
7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.
8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

3. Consideraciones específicas.

A) Recordemos que la sentencia recurrida da por reproducidos los documentos en que ahora se basa el motivo de recurso, que ya los ha valorado y que su conclusión no es combatida por la entidad empleadora que recurre.

Lo que el HP Cuarto indica, como más arriba se reproduce, es que "en dichas nóminas salariales están incluidos el Plus de Actividad Madrid 112 y el de Nocturnidad, entre otros conceptos salariales, en las cuantías concretas que a cada uno de ellos se les abonaba en cada mensualidad. Estos conceptos salariales de Plus de Actividad Madrid 112 y de Nocturnidad no se les abonaban en ninguna cuantía en la nómina salarial correspondiente al periodo anual de vacaciones".

B) Es evidente que el juzgador no ha cometido ningún error al relatar lo acaecido. Quizá por eso, como apunta el Informe del Ministerio Fiscal, el recurso no combate la crónica judicial sino que persigue enriquecerla.

En esas circunstancias, el motivo no puede ser estimado porque al aceptar el extremo que consta como hecho probado e indiscutido de que en las nóminas salariales están incluidos el Plus de Actividad Madrid 112 y el de Nocturnidad, en las cuantías concretas que a cada trabajador se les abonaba en cada mensualidad, la adición carece de trascendencia para la modificación del Fallo.

Cosa distinta es que, sobre la base de lo probado, pueda accederse a una conclusión jurídica diversa.

C) En definitiva: lo que pretende el primero de los motivos no resulta decisivo para el fallo, concuerda básicamente con lo recogido en la sentencia y no evidencia en modo alguno el grave error de la sentencia atacada que pide el artículo 207.d) LRJS .

TERCERO.- Abono del plus de actividad (Motivo 2º del recurso).

El artículo 207.e) LRJS permite la casación de la sentencia recurrida con fundamento en la *infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate*.

1 . Formulación del motivo.

Invoca la STS 497/2016, de 8 de junio , cuyos razonamientos reproduce parcialmente. Considera que esa doctrina lleva a que cuando no consta una actividad relacionada con el abono del complemento deba desestimarse la demanda.

Acto seguido analiza el plus de actividad. Expone que se abona porque presupone el cumplimiento de unas obligaciones inherentes al trabajo en el 112 (alteración del descanso, disponibilidad, horario variable, etc.) y solo quienes están prestando servicios cumplen el presupuesto que genera su abono.



Concluye que "un trabajador que se encuentre de vacaciones, de baja o que por cualquier razón no preste servicios un día concreto, no percibe el Plus en ese día sencillamente porque en ese día no está afectado de esas adicionales obligaciones".

2. Doctrina de la Sala sobre retribución de las vacaciones .

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 dos SSTS 496/2016 y 497/2016 de 8 (2) junio (rec. 112 y 207/2015) que cita el recurso, así como las SSTS 516//2016 de 9 junio (rec. 235/2015), 15 junio (207/2016), 591/2016 de 30 junio (rec. 47/2015), 15 septiembre 2016 (258/2015) y 227/2017 de 21 marzo (rec. 80/2016), entre otras.

A) Bases normativas y jurisprudenciales.

Debe recordarse, en primer lugar, que según reiterada jurisprudencia, 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 ésa 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.(//)Ahora bien, 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.

B) 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.

C) 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.

D) Aplicación.

Sobre las anteriores bases, por ejemplo, la STS 14 febrero 2017 (rec. 45(2016) concluye que los pluses salariales de "festivo", "nocturno", "Plus pista" y el llamado "Plus centro operaciones-control" integran la retribución debida en el período vacacional. Porque aquéllas cuatro tareas se desempeñaban de manera prácticamente habitual por los afectados, o que, al menos, no constituían funciones esporádicas, extraordinarias o no habituales, esto es, que esos cuatro pluses parecen tratarse de algo similar a "complementos variables que corresponden a la jornada ordinaria".

Por su lado, la STS 15 septiembre 2016 (rec. 258/2015) incluye en el cálculo de la retribución vacacional el plus escolta, plus de responsable de equipo de vigilancia, de transporte de fondos o sistemas, plus de trabajo nocturno, plus de radioscopia aeroportuaria, plus de radioscopia básica, plus de fines de semana y festivos-vigilancia y plus de residencia en Ceuta y Melilla, porque no tienen la consideración de conceptos salariales de carácter extraordinario, ni han sido establecidos para remunerar actividades extraordinarias, sino que retribuyen actividades ordinarias, habituales, por lo que procede su inclusión en el cálculo de la citada retribución. Otros obedecen al concreto trabajo realizado -plus escolta, plus nocturnidad, plus de fines de semana y festivos...- por lo que, si se realiza de modo habitual, se calificará de retribución ordinaria y, en consecuencia, habrá de incluirse en el cálculo de la retribución de las vacaciones y, únicamente si se realiza de manera puntual, su calificación será de retribución extraordinaria y no habrá de tomarse en cuenta para fijar el importe de la retribución de las vacaciones.

3. Consideraciones específicas.

A) El recurso parte de un error que conviene advertir cuanto antes: considera que el "plus de actividad" presupone 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.

B) La propia exposición que el recurrente realiza indica las claras que estamos ante un complemento de calidad del trabajo, que su naturaleza es salarial, que se percibe siempre que se trabaja y que su cuantía es variable.

Todas esas notas son las que, con arreglo a nuestra doctrina sobre retribución de las vacaciones, llevan a que el plus de actividad también deba percibirse durante las vacaciones.

C) 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 (por las razones expuestas en el apartado anterior de este Fundamento) 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.

D) 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.

E) A la vista de cuanto antecede, hemos de desestimar este segundo motivo de recurso. El "plus de actividad 112" forma parte de la retribución habitual o normal que perciben los colectivos afectados por el conflicto colectivo y ha de incluirse en la remuneración vacacional.

Su cuantía variable en nada obstaculiza esa conclusión, sin perjuicio de que haya de tenerse en cuenta al determinar el importe concreto para cada persona, como admite la propia demanda y reconoce la sentencia recurrida.

CUARTO.- Abono del plus de nocturnidad (Motivo 3º del recurso).

El artículo 207.e) LRJS permite la casación de la sentencia recurrida con fundamento en la *infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate*.

1. Formulación del motivo.

El último motivo del recurso considera infringida la Disposición Adicional Quinta, apartado 4 del convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid. Sostiene el recurrente que como el personal afectado por el convenio colectivo "tiene un horario con turnos rotativos" esa circunstancia se remunera con el plus de turnicidad. Además, como "los trabajadores pueden tener que prestar algunas jornadas en horario nocturno" entra en juego este complemento de nocturnidad, que solo se abona en función del tiempo realmente trabajado durante el periodo de noche.

"Al carecer de los elementos de constancia y previsibilidad que deben ser inherentes a toda habitualidad", el complemento no puede considerarse ordinario y, por tanto, ha de excluirse de la nómina de vacaciones.

2 . Doctrina de la Sala.

Para la resolución de este motivo hemos de reiterar cuanto hemos dicho en las sentencias recordadas más arriba.

Por su especificidad, advertimos que la STS 15 septiembre 2016 (rec. 258/2015) incluye en el cálculo de la retribución vacacional el plus de trabajo nocturno porque no tiene la consideración de concepto salarial de carácter extraordinario, ni ha sido establecidos para remunerar actividades extraordinarias, sino que retribuye la actividad habitual.

3 . Consideraciones específicas.

A) Recordemos el punto de partida del conflicto colectivo que resolvemos: el empleador viene excluyendo de la retribución vacacional el complemento pos trabajo nocturno; se trata de un plus habitualmente percibido por las personas afectadas; la sentencia recurrida reconoce el derecho a cobrarlo durante las vacaciones "en cuantía equivalente a la media".

En esas circunstancias (habitualidad de la percepción, condena a abonar el promedio percibido por cada persona) es claro que todo lo razonado al hilo del plus de nocturnidad ha de reiterarse y que el motivo no puede prosperar.

B) Que durante algún concreto mes determinados trabajadores no perciban este complemento, como aduce el recurrente, no altera su naturaleza.

Otra cosa sería que durante la mayoría de los meses a que corresponde el periodo vacacional no se hubiera percibido. En tal caso quiebra la habitualidad o carácter ordinario y desaparece el derecho a su percepción. Pero ni esa es la hipótesis ahora resuelta (basta reiterar la lectura del HP Cuarto), ni tampoco la estimación de la demanda condena al pago de complemento alguno durante la vacación a quien no lo venga percibiendo.

C) Como pone de relieve el Informe del Ministerio Fiscal, este plus forma parte habitual y normal de los devengos mensuales en las nóminas de los trabajadores afectados, aunque su cuantía varíe. El principio de indemnidad retributiva que acompaña a las vacaciones, por tanto, aboca a su mantenimiento y a descartar el éxito del motivo tercero de recurso.

QUINTO.- Resolución.

A) En el caso de los dos complementos debatidos estamos ante una percepción de clara naturaleza salarial y que se devenga siempre que concurren los presupuestos contemplados por el convenio colectivo. La argumentación jurídica de la Sala de instancia es acertada y concordante con nuestra doctrina. Puesto que no tienen la consideración de concepto salarial de carácter extraordinario, ni han sido establecidos para remunerar



actividades extraordinarias, sino que retribuyen actividades ordinarias, habituales, procede su inclusión en el cálculo de la citada retribución.

B) Las consideraciones y argumentos precedentes conducen a la desestimación del recurso presentado por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Madrid.

C) El artículo 235.1 LRJS dispone que la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso. Sin embargo, el apartado 2 del mismo precepto alberga una previsión específica y aplicable al caso: "la regla general del vencimiento establecida en el apartado anterior, no se aplicará cuando se trate de proceso sobre conflicto colectivo, en el que cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia. Ello no obstante, la Sala podrá imponer el pago de las costas a cualquiera de las partes que en dicho proceso o en el recurso hubiera actuado con temeridad o mala fe".

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 interpuesto por el Organismo Autónomo de Madrid 112 (Comunidad Autónoma de Madrid), representado y defendido por el Letrado Sr. Muñoz Ezquerra.
- 2) Declarar la firmeza de la sentencia 765/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de septiembre de 2016, en autos nº 172/2016, seguidos a instancia de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO., contra dicho recurrente, Comité de Empresa, Unión General de Trabajadores UGT, Unión Sindical Obrera USO, Coalición Sindical Independiente de Trabajadores de Madrid-Unión Profesional CSIT, sobre conflicto colectivo.
- 3) No imponer las costas al recurrente, debiendo asumir cada una de las partes las causas a su instancia.

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. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.