

Roj: **STS 4798/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4798**Id Cendoj: **28079140012010100581**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/07/2010**Nº de Recurso: **199/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 4173/2009,**
STS 4798/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Julio de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto por las Uniones Temporales de Empresa denominadas " *Swissport Menzies Handling Alicante, UTE* ", " *Swissport Menzies Handling Jerez, UTE* ", " *Swissport Menzies Handling Madrid, UTE* ", " *Swissport Menzies Handling Almería, UTE* ", " *Swissport Menzies Handling Lanzarote, UTE* " y " *Swissport Menzies Handling Murcia-San Javier, UTE* " constituidas por las entidades "FERROVIAL SERVICIOS, S.A.", "SWISSPORT HANDLING S.A." y "MENZIES AVIATION PLC", representados y defendidos por Don Julio Manuel Gualda Suárez, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 9 de octubre de 2009 (autos nº 147/2009), seguidos a instancia de "UNION SINDICAL OBRERA" (USO) a la que se adhirió la "FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS" contra las entidades ahora recurrentes, sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Ha comparecido en concepto de recurrido la "FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE CC.OO.", representada y defendida por el Letrado Don Ángel Martín Aguado, y la "UNIÓN SINDICAL OBRERA" (USO), representada y defendida por la Letrada Doña María Eugenia Moreno Díaz.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Letrada Doña María Eugenia Moreno Díaz, en nombre y representación de UNION SINDICAL OBRERA (USO) formuló demanda, a la que se adhirió CC.OO., ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sobre proceso de conflicto colectivo, 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 de Unión Temporal de Empresas Swissport Menzies Handling a que se les abone, como retribución de las vacaciones anuales, además de los conceptos fijos computados actualmente por la empresa, el promedio de los completos salariales variables que corresponden a la jornada ordinaria: hora nocturna, hora festiva, hora de domingos, fraccionamiento de jornada y plus* ".

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 9 de octubre de 2009 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: " *Que estimando la demanda de conflicto colectivo, interpuesta por USO, a la que se adhirió CCOO, declaramos el derecho de todos los trabajadores, afectados por el conflicto, a que en la retribución de sus vacaciones anuales se incluya el promedio anual de los complementos variables que*



corresponden a la jornada ordinaria de horas nocturnas, horas festivas, horas de domingo y fraccionamiento de jornada y por consiguiente condenamos a UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS SWISSPORT HANDLING S.A., FERROVIAL SERVICIOS, S.A., MENZIES AVIATION PLC, a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos, absolviéndole de los demás pedimentos de la demanda ".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " *Primero.- El 3-02-2009 se publicó en el BOE el Convenio Colectivo del Grupo de empresas SWISSPORT -MENZIES («Swissport Menzies Handling Alicante, UTE», «Swissport Menzies Handling Jerez, UTE», «Swissport Menzies Handling Madrid, UTE», «Swissport Menzies Handling Almería, UTE», «Swissport Menzies Handling Lanzarote, UTE» y «Swissport Menzies Handling Murcia-San Javier, UTE»).* La estructura salarial, se regula en el artículo 53 del convenio, que dice lo siguiente: *'Los conceptos tanto salariales como extrasalariales, establecidos en el presente convenio colectivo, son los siguientes: Salario convenio. Es aquella parte de la retribución que engloba la contraprestación económica por los servicios prestados por el trabajador durante su jornada de trabajo, así como, además, por la disponibilidad que se exige a estos como consecuencia de las especiales características de la actividad existente en cada aeropuerto. Se percibirá en 14 pagas, (12 mensualidades y 2 pagas extras), según lo estipulado para cada categoría en la Tabla de salario mínimo garantizado que se incluye en el anexo I, según se trate de aeropuertos H16 o aeropuertos H24 y atendiendo a las especiales diferencias y características de los mismos. Complemento personal (Ad Personan). Es aquel complemento salarial de naturaleza personal, que se percibe por encima del salario determinado en cada nivel de la tabla de salario mínimo garantizado que se incluye en el anexo I. Se percibirá en 14 pagas (12 mensualidades y 2 pagas extras). Plus de transporte. Complemento extrasalarial que compensa de los gastos derivados del traslado al centro de trabajo. El plus de transporte ascenderá a la cantidad anual de 522,60, si bien se acuerda que los trabajadores perciban la mencionada cantidad en doce mensualidades con arreglo a la tabla anexa I. Dicho plus se percibirá íntegramente, independientemente del tipo de contrato laboral que tenga suscrito el trabajador con la empresa. Plus de función. Plus que retribuye una determinada actividad, función responsabilidad asignada a un trabajador y durante el período que le sea asignado, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de función que se incluye en el anexo I. Hora nocturna. Es la compensación de las horas efectivamente trabajadas entre las 22:00 y las 06:00, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I. Hora festiva. Es la compensación de las horas efectivamente trabajadas en un turno que se inicie entre las 00:00 horas y las 23:59 de los días festivos de carácter nacional, autonómico o local conforme al calendario laboral anual, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I. Horas de domingos. Es la compensación económica por las horas efectivamente trabajadas en un turno que se inicie entre las 00:00 horas y las 23:59 de un domingo, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I. Fraccionamiento de jornada. Es la compensación económica por el trabajo efectivo en horarios de trabajo fraccionados conforme a lo establecido en el art. 23 del presente convenio colectivo, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I. Hora extraordinaria. Es la compensación económica por las horas efectivamente trabajadas por encima de la jornada pactada y que no es compensada mediante descanso, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I. Plus de madrugue. Es la compensación que recibirán los trabajadores por los gastos extraordinarios derivados de transporte, ante la inexistencia o reducción de transporte público en las horas en las que se presta el trabajo, al iniciarse o finalizar este entre las 01 horas y las 6:00 horas de la mañana. Se percibirá por día de trabajo, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I. Plus de jornada irregular. Es la compensación económica que se percibe por la prestación de los servicios con una distribución irregular de la jornada, en los términos establecida en el art. 27 del presente convenio colectivo, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I. Gratificaciones extraordinarias. Son así denominadas las pagas extraordinarias que se abonon en junio y en diciembre, que estarán compuestas por el salario base, el plus de disponibilidad y el complemento personal (Ad Personam)'. Segundo.- La empresa demandada retribuye en los períodos de vacaciones, disfrutados por sus trabajadores, el salario base, el complemento personal, el plus de transporte, el plus de función y el plus de jornada irregular. - Por el contrario, no se retribuyen durante las vacaciones los conceptos siguientes: horas nocturnas; horas festivas; horas de domingos y fraccionamiento de jornada. Tercero.- El 29-04-2009 se interpuso papeleta de conciliación ante el SIMA, que tuvo lugar sin avenencia el 19-05-2009" .*

QUINTO.- Contra expresada resolución se interpuso recurso de casación por el Letrado Don Julio Manuel Gualda Suárez, en nombre y representación de Unión Temporal de Empresas denominada: "Ferrovial Servicios, S.A.", "Swissport Handling S.A. y "Menzies Aviation PLC", Unión Temporal de Empresas ley 18/1982, "Swissport Menzies Handling Madrid UTE " y recibidos y admitidos los autos en esta Sala se personó como recurrido la "Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO.", representada y defendida por el Letrado Don Ángel Martín Aguado, y la "Unión Sindical Obrera" (USO), representada y defendida por el Letrada Doña María Eugenia Moreno Díaz, formalizándose el correspondiente recurso mediante escrito de fecha 17 de febrero de 2010,



autorizándolo y basándose en los siguientes motivos: Único.- Al amparo de lo establecido en el art. 205.e) de la Ley de Procedimiento Laboral . Infracción de las normas del ordenamiento y de la jurisprudencia.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 20 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por la parte empleadora demandada en proceso de conflicto colectivo relativo a la determinación de la forma de remuneración de las vacaciones anuales se interpone recurso de casación ordinario contra la sentencia de instancia (SAN 9-octubre-2009 -autos 147/2009), estimatoria en parte de la demanda, y en la que partiendo de que la referida demandada retribuye en los períodos de vacaciones, disfrutados por sus trabajadores, el salario base, el complemento personal, el plus de transporte, el plus de función y el plus de jornada irregular, pero que, por el contrario, no se retribuyen durante las vacaciones los conceptos denominados horas nocturnas, horas festivas, horas de domingos y fraccionamiento de jornada, declara en su fallo que " *el derecho de todos los trabajadores, afectados por el conflicto, a que en la retribución de sus vacaciones anuales se incluya el promedio anual de los complementos variables que corresponden a la jornada ordinaria de horas nocturnas, horas festivas, horas de domingo y fraccionamiento de jornada* ".

2.- Para llegar a tal conclusión, tras invocar la jurisprudencia de esta Sala de casación, razona que no se comporta la tesis empresarial indicativa de que " *las horas nocturnas, festivas, de domingos y el fraccionamiento de jornada se retribuyen, de conformidad con lo dispuesto en el art. 53 del convenio, por el tiempo de trabajo efectivo que se haya desempeñado en horario nocturno, en festivos, en domingos o en horarios fraccionados, a diferencia de los demás conceptos retributivos, contemplados en dicho artículo, que establecen expresamente que se percibirán durante doce mensualidades, entendiéndose, por consiguiente, que el propio convenio colectivo excluyó implícitamente que dichos conceptos retributivos se abonen en vacaciones* ", afirmando la Sala de instancia su discrepancia con fundamento en que " *la jurisprudencia viene admitiendo únicamente, que los trabajadores no perciban durante sus vacaciones por lo menos en su remuneración normal o media calculada, como proclama el art. 7 del Convenio 132 de la OIT, entendiéndose como remuneración normal o media la que se corresponde con el promedio de la totalidad de emolumentos que corresponden a la jornada ordinaria, cuando así lo disponga el convenio colectivo aplicable, en función de la fuerza vinculante de los convenios, contemplada en el art. 37, 1 de la Constitución, habiéndose utilizado, al efecto, una expresión inequívoca ...No parece posible negar validez a las cláusulas colectivas que sustraigan de la retribución de las vacaciones componentes salariales que pudieran corresponder en una apreciación rigurosamente matemática a la 'remuneración normal o media, lo que permite concluir que la sustracción controvertida deberá interpretarse restrictivamente, siendo exigible, al menos, que sea inequívoca y acredite una voluntad manifiesta de los negociadores del convenio* " y que " *Dicha voluntad inequívoca de sustraer de la retribución vacacional la media de horas nocturnas, festivas, de domingos y el fraccionamiento de jornada, no concurre en el convenio colectivo aplicable, no pudiéndose presumir lo contrario, porque algunos conceptos se retribuyan durante los doce meses del año, puesto que la naturaleza jurídica de los conceptos controvertidos se relaciona lógicamente con el desempeño concreto de trabajo en horario nocturno, en días festivos, en domingos y en fraccionamiento de jornada, lo que puede suceder todos los meses o no, pudiéndose trabajar algunos días o meses en horario nocturno, trabajar todos los festivos durante todos los meses en los que hay días festivos o no, trabajar todos los domingos de todos los meses o algunos de ellos, o trabajar todos los meses en horarios de trabajo fraccionados o no, siendo absolutamente lógico que los negociadores del convenio convinieran que su retribución se correspondería con el trabajo efectivo, a diferencia de otros conceptos, que se perciben estructuralmente todas las mensualidades* ".

3.- La parte empresarial recurrente, por el cauce procesal del art. 205.e) de la ley de Procedimiento Laboral (LPL), invoca como infringidos por la sentencia de instancia los arts. 3.1 y 1281 del Código Civil (CC), 38.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), 53 del I Convenio colectivo Grupo de empresas "SWISSPORT-MENZIES" y 7 del Convenio nº 132 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) .

SEGUNDO.- 1.- El Convenio nº 132 de la OIT (de fecha 29-junio-1970), sobre " *vacaciones anuales pagadas* ", fue ratificado por España mediante Instrumento de fecha 16-junio-1974 (BOE 5-julio-1974); siendo sus arts. 1 y 7.1 los preceptos que más incidencia han tenido en nuestra jurisprudencia en el tema de la retribución de las vacaciones.

2.- En el art. 1 se establece que " *La legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país* "; y se dispone su art. 7.1 que todo trabajador durante las vacaciones



percibirá " por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado ".

3.- Dicha norma internacional ha servido para integrar la normativa legal (arts. 10.2, 40.2, 96.1 CE, art. 1.5 Código Civil), la específica estatutaria (en especial, art. 38 ET) y la de múltiples convenios colectivos, con reflejo en la jurisprudencia de casación social (entre otras muchas, SSTS/IV 1-octubre-1991 -recurso 667/1991, 21-enero-1992 -recurso 792/1991, 4-noviembre-1994 -rcud 3604/1993), interpretando, como regla y en los términos que analizaremos, que la retribución de vacaciones ha de comprender el " promedio de la totalidad de emolumentos que corresponden a la jornada ordinaria ".

4.- Efectuando un análisis sistemático de la jurisprudencia social, la STS/IV 25-abril-2006 (rcud 16/2005) señala que el art. 7.1 del Convenio nº 132 de la OIT, en relación con su art. 1 , " ha sido interpretado reiteradamente por esta Sala en el sentido de que el convenio colectivo puede apartarse de tal regla de remuneración normal o media, en virtud de la fuerza vinculante de los convenios colectivos que proclama el art. 37-1 de la Constitución, con base en el respeto y aplicación del principio de autonomía colectiva "; recogiendo, a modo de conclusiones, las sentadas en la STS/IV 21-enero-1992 (rcud 792/1991) en la que se establecen señalando que: " 1º.- La norma del art. 7.1 del convenio de la OIT número 132 de retribución de las vacaciones con arreglo a la 'remuneración normal o media' es la regla general sobre los conceptos retributivos computables en la misma; 2º.- El convenio colectivo tiene como función típica en esta materia de retribución de vacaciones la precisión o especificación de los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones, complementando la regla general de la remuneración normal o media; 3º.- El convenio colectivo puede apartarse de tal regla de remuneración normal o media del período de vacaciones, siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario ".

5.- Continúa recordando la citada STS/IV 25-abril-2006 que " La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1991 (rec. nº 667/91) manifestó: Según establece el Convenio núm. 132 de la OIT ... habrá de percibir todo trabajador en concepto de retribución vacacional 'por lo menos su remuneración normal o media' (inciso inicial del art. 7.1) , lo que ha de entenderse como el promedio de la totalidad de emolumentos que corresponden a la jornada ordinaria. Establece asimismo dicha norma a continuación art. 7.º in fine) que tal remuneración 'habrá de ser calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado' art. 7.º in fine) ". Añade que " ... la sentencia de 30 de septiembre de 1992 (rec. nº 465/92) precisó que el art. 7.º del Convenio de la OIT núm. 132 , al establecer que durante las vacaciones percibirá el trabajador 'por los menos su remuneración normal o media calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el Organismo apropiado' puesto en relación con el art. 1.º del mismo Convenio que dispone que la legislación dará efecto a las disposiciones del citado convenio núm. 132 , en la medida en que esto o se haga por medio de convenios colectivos, lo que lleva, conforme mandato del art. 5.1 de la LOPJ ha de interpretarse conforme a los principios constitucionales y atendiendo a la fuerza vinculante de la contratación colectiva, recogida como fuente en el art. 3.º ET ". Concluyendo que " Esta doctrina ha sido reiterada por otras muchas sentencias de esta Sala, entre las que podemos mencionar las de 6 de noviembre de 1992 (rec. nº 2295/91), 29 de diciembre de 1992 (rec. nº 1623/91), 22 de septiembre de 1995 (rec. nº 1348/94), y 14 de junio de 1996 (rec. nº 1339/95), entre otras. Manteniéndose en la actualidad doctrina similar en las sentencias de 16 de diciembre del 2005 (rec. nº 4790/2004), 29 de diciembre del 2005 (rec. nº 764/2005) y 14 de marzo del 2006 (rec. nº 998/2005) ".

6.- En interpretación del concepto de " remuneración normal o media " incluido en el art. 7 del Convenio 132 OIT y sobre la problemática de sí debe computarse la integridad o el promedio de las remuneraciones extraordinarias, la STS/IV 21-octubre-1994 (rcud 3149/1993) entendió que " el art. 7 del Convenio 132 de la OIT ... dispone ... que se percibirá por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media, incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie El recurso estima que remuneración normal es sólo la que se percibe habitualmente, y como todos los complementos, que la sentencia estima computables aunque se refieren a la jornada normal, remuneran alguna circunstancia excepcional, no deben ser computados a tenor del precepto transcrito. Sin duda, la expresión remuneración normal o media que emplea el precepto, objeto del recurso, tiene un carácter no preciso y es de índole, más bien orientativa. Esta Sala, en sus sentencias de 20 de diciembre de 1991, 13 de marzo de 1992, y 20 de enero de 1993 , tiene declarado que la retribución de las vacaciones ha de comprender todos los conceptos salariales en su promedio, no incluyéndose en ellos y siendo excepción los conceptos salariales de carácter extraordinarios establecidos para remunerar también actividades extraordinarias. Así, pues, para que un concepto salarial sea excluido de la retribución de las vacaciones no basta que este concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado, sino que es preciso que el trabajo mismo que se remunera sea también extraordinario. Esta interpretación hace justicia a la expresión empleada en el transcrito párrafo primero del artículo séptimo que se remite a remuneración normal y media, lo que indica que remuneraciones



extraordinarias del trabajo realizado en la jornada normal han de computarse en su promedio, y no en su integridad, como es obvio".

7.- Idéntica doctrina interpretativa se había seguido respecto al denominando el " *complemento de atención continuada* " del personal estatutario, entendiéndose que debía repercutirse en la paga de vacaciones. Así en la STS/IV 27-enero-2004 (rcud 3574/2002) se razona que " *Dicha cuestión también ha sido unificada por esta Sala en sentencias de 8-4-03 (rec. 2090/02), 15-4-03 (rec. 2626/02) y 22-7-03 (rec. 3461/02)* ". La última de éstas ... *añade que como se encarga de puntualizar la sentencia de 18 de marzo de 2003, el supuesto de los días de vacaciones es distinto y, como se verá a continuación, está regulado de manera diferente. El art. 110 del Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo de la Seguridad Social (OM 26-4-1973) ordena que durante las vacaciones los empleados comprendidos en su campo de aplicación percibirán íntegramente los emolumentos que le correspondan normalmente por todos los conceptos que tengan reconocidos. Deben considerarse emolumentos normales del trabajador los que se abonan por la prestación de sus servicios en el horario de trabajo habitual. Ello supone la inclusión en el caso del complemento de atención continuada, que constituye en las circunstancias concretas de la prestación de servicios del actor una percepción regular. Esta solución es, además, plenamente conforme con lo dispuesto en el art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT (ratificado por España 30 de junio de 1972), que obliga en principio a calcular la retribución a percibir durante el período de vacaciones de acuerdo por lo menos con la remuneración normal o media* ". En el mismo sentido se había pronunciado también la STS/IV 30-septiembre-2003 (rcud 2824/2002).

8.- En cuanto a los conceptos no computables a efectos de determinar la remuneración de las vacaciones, la STS/IV 4-noviembre-1994 se excluye el denominado " *quebranto de moneda* ", previsto en un convenio colectivo de trasportes por carretera, entre los conceptos salariales que deben tenerse en cuenta a efectos de fijar la retribución de vacaciones, argumentando que " *El quebranto de moneda es un concepto económico de pago ordenado a compensar los riesgos y, en su caso, perjuicios derivados de la realización de operaciones con dinero, como pueden ser, entre otros, los errores en cobros y pagos o las pérdidas, involuntarias. No se trata, pues, de una contraprestación económica al trabajo realizado, sea considerado éste en sí mismo, sea considerado en alguno de los aspectos que pueden concurrir a los fines de su apreciación o valoración (rendimiento, penosidad, etc.). Así pues, no tiene naturaleza salarial, y es por ello por lo que la normativa sobre ordenación del salario define el quebranto de moneda como verdadera indemnización, excluyéndolo, en consecuencia, de la consideración legal del salario* "; y afirmando, con invocación del Convenio 132 OIT, que " *La expresada conclusión no supone tampoco infracción del Convenio 132 de la OIT. Dicho convenio, integrado ya en el ordenamiento positivo español, una vez ratificado y publicado en el «BOE» de 5 de julio de 1974 (arts. 96 CE y 1.5 CC), prescribe que todo trabajador habrá de percibir, en concepto de retribución de vacaciones «por lo menos su remuneración normal o media» (inciso inicial del art. 7.1), lo cual ha de entenderse como promedio de la totalidad de emolumentos que corresponden a la jornada ordinaria (véanse Sentencias de 1 octubre 1991 y de 21 enero 1992). La inclusión en el cómputo, por lo tanto, exige que el concepto que se cuestione, en este supuesto el quebranto de moneda, tenga carácter salarial, como retribución o contraprestación de una efectiva actividad laboral, lo que no es el caso, según se razonó anteriormente. No se infringe tampoco, por la misma razón, la jurisprudencia de la Sala, que, tratándose de la interpretación del citado convenio de la OIT, nunca ha incluido conceptos de puro carácter indemnizatorio, o en todo caso semejantes al quebranto de moneda, en las previsiones del artículo 7, ya citado* ".

9.- Igualmente la jurisprudencia ha excluido en el cómputo de la retribución de las vacaciones las denominadas " *dietas por desplazamiento* " o las " *dietas por demora* " establecidas en determinados convenios colectivos, argumentando que " *con independencia de la retribución de las vacaciones sobre lo que no se cuestiona, se ha de apreciar que mientras se disfruta de las mismas, no se puede considerar desplazado por cuenta de la empresa al trabajador, pues éste podrá encontrarse en el lugar que tenga por conveniente, sin que en ningún momento pueda aceptarse que se encuentre desplazado; mientras que el desplazamiento supone una salida del lugar de residencia dándose las condiciones pactadas o reglamentarias exigibles, para realizar una actividad por orden de la empresa, las vacaciones suponen un período de descanso, sobre cuyo fundamento es innecesario su recuerdo, pero que evidentemente es opuesto a la realización de trabajo alguno por cuenta de la empresa a cuyo coste se disfrutan, porque se quebrantaría el fundamento de la finalidad de las mismas. Son conceptos que se contraponen como antitéticos la existencia de desplazamiento y el disfrute de vacaciones; estando durante dicho lapso suspendida la obligación de trabajar, resulta claramente incompatible con la idea del desplazamiento, porque durante dicho tiempo, no se puede imponer residencia específica alguna al que las disfruta* " (SSTS/IV 22-diciembre-1994 -rcud 1234/1994 y 2-junio-1995 -rcud 3394/1994).

10.- Cuando la forma de retribución de las vacaciones se ha establecido en la normativa aplicable o en el convenio colectivo, lo que permite el citado Convenio 132 OIT, debe estarse a la interpretación de las referidas normas. En este sentido:



a) La STS/IV 8-junio-1994 (rcud 347/1993), razonaba que el Convenio colectivo puede apartarse de la regla general de remuneración normal o media ex art. 1 Convenio 132 OIT cuando la complemente, precisando y especificando los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones, señalando que " *Las dos sentencias de esta Sala que se dicen contradichas por la recurrida decidieron la no inclusión del plus de mayor dedicación en RENFE, en la retribución del período vacacional. Y ambas analizaron el recurso de casación ... que el recurrente denunciaba del art. 7 del convenio de la OIT número 132, que se declaró no cometida ya que el convenio colectivo puede apartarse de aquella regla general de remuneración normal o media cuando la complemente, precisando y especificando los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones; pues el artículo 1 del propio convenio 132 remarca la preferencia que se otorga al convenio o pacto colectivo en cuanto a la regulación del derecho a las vacaciones, al preceptuar que la legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea aprobada a las condiciones del país (sentencia de 20 de diciembre de 1991, que recuerda la de 7 de octubre anterior y que fue reiterada, entre otras muchas, por las de 21 de enero y 30 de septiembre de 1992, todas ellas dictadas en recursos seguidos con la empresa RENFE). Como también ha declarado la sentencia de esta Sala de 13 de abril de 1994, la cuantía de las retribuciones está establecida -al no decir otra cosa el convenio colectivo- en el art. 7 del Convenio 132 de la OIT, relativo a las vacaciones anuales pagadas. Pero en nuestro caso el Acuerdo de Regulación, que se dice infringido, contiene una ordenación sobre la materia ... "*

b) No contradice la anterior doctrina la STS/IV 26-enero-2007 (rcud 4284/2005), en la que se argumenta que " *La cuestión planteada consiste en determinar si, para el cálculo de la retribución de las vacaciones, son computables sólo los conceptos salariales que el Convenio Colectivo dispone de entre los que el mismo regula o deben tenerse en cuenta todos los que el mismo regula y no excluye, expresamente, del cómputo para retribuir las vacaciones, así como si la solución primera es contraria al art. 7 del Convenio 132 de la OIT. La controversia debe ser resuelta en favor de la solución que da la sentencia de contraste, pues el artículo 38-1 del ET dispone que la retribución de las vacaciones será la que se haya pactado en el Convenio Colectivo y es el caso que el Convenio aplicable enumera los conceptos retributivos a tener en cuenta al efecto, lo que equivale a excluir a los que no cita. No es acogible el argumento de que se computan todos los conceptos que el Convenio no excluya expresamente, porque, al decir los que se computan, el Convenio Colectivo deja claro que la intención de los firmantes es que se tengan en cuenta esos pluses y no otros y no se debe olvidar que la intención de las partes es la principal regla interpretativa, según el art. 1.281 del Código Civil . Tal solución no viola lo dispuesto en el art. 7 del Convenio de la OIT, Convenio cuyo art. 1 ya reseña la posibilidad de que a lo establecido en él se le de cumplimiento por medio de contratos colectivos, pactos por los que se regulará la paga de vacaciones siempre que respeten los mínimos indisponibles de derecho necesario. Así lo ha venido entendiendo esta Sala en sus sentencias de 22 de septiembre de 1995 (Rec. 1348/94), de 29 de octubre de 1996 (Rec. 1030/96) y 9 de noviembre de 1996, donde se ha unificado la doctrina y se ha señalado: no parece posible negar validez a las cláusulas colectivas que sustraigan de la retribución de las vacaciones complementos salariales que pudieran corresponder en una apreciación rigurosamente matemática a la remuneración normal media; el Convenio puede apartarse de la regla general siempre y cuando se respeten los mínimos de derecho necesario y que esta solución no es necesariamente incompatible, sino complementaria del Convenio 132 de la OIT "*

11.- Por último, la jurisprudencia social ha determinado la forma de retribución de las vacaciones cuando no se ha fijado en el correspondiente Convenio colectivo aplicando en estos casos íntegramente el Convenio nº 132 de la OIT. En este sentido, entre otras, cabe señalar:

a) La STS/IV 13-abril-1994 (rco 511/1993) en la que se destaca que " *Se censura ... la infracción ... por interpretación errónea de los artículos 82 y 85 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 7 del Convenio 132 de la OIT. Su argumento ... consiste en que al no incluir el artículo 18 del convenio colectivo el importe del salario vacacional, sino solamente su duración y las fechas de su disfrute, la no fijación de dicha cuantía debe correr a costa de los trabajadores, por tratarse de nuevas obligaciones no contempladas en el mismo. Esta tesis conduciría, igualmente, en definitiva, a la supresión total de la retribución del descanso por vacaciones, con olvido de que las vacaciones son, por su propia naturaleza, retribuidas (art. 40.2 Constitución y art. 38 ET). La sola fijación en el convenio colectivo de una cláusula de retribuciones para el primer año y de la revisión salarial para el segundo año de vigencia del convenio conduce a tener por estipuladas las distintas partidas salariales que corresponden a los trabajadores. La cuantía de las retribuciones está establecida -al no decir otra cosa el convenio colectivo- en el artículo 7 del Convenio 132 de la OIT, relativo a las vacaciones anuales pagadas, ratificado por España por Instrumento de 16 de junio de 1972 (BOE de 5.7.1974), según el que 1. Toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración...), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo adecuado. 2. El monto debido en virtud del párrafo 1 deberá ser pagado a la*



parte empleada interesada antes de sus vacaciones, a menos que se haya previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y a dicha persona. Este precepto debe ser cumplido, según argumenta la sentencia recurrida, que no ha incurrido en las infracciones legales que se denuncian ".

b) Doctrina que se reitera, entre otras, en la STS/IV 2-junio-2007 (rco 57/2006), afirmando que " en el caso que nos ocupa, el convenio (art. 28) regula únicamente los aspectos relativos a la duración de las vacaciones y el momento de su disfrute, pero nada establece sobre los conceptos retributivos que deben tomarse en cuenta ni tampoco verifica exclusión alguna. En consecuencia, ante el silencio del convenio, no cabe sino acudir a la regla general de retribuirlas 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 no cabe argumentar, como hace la sentencia recurrida, que el art. 47 del Convenio se remite a los importes anuales que se recogen en las tablas salariales contenidas en el Anexo I del Convenio, deduciendo de ello que en dichas cantidades están comprendidas doce mensualidades naturales y consiguientemente la correspondiente a las vacaciones, excluyéndose respecto de esta cualquier otro complemento, pues el citado art. 47 del Convenio se refiere a los complementos de vencimiento superior al mes, esto es, las pagas extraordinarias, y no las vacaciones, que como hemos visto se regulan en el art. 28 haciendo referencia solamente a los aspectos relativos a la duración y momento de su disfrute ".

TERCERO.- 1.- En el Convenio colectivo aplicable, el I Convenio colectivo del Grupo de empresas SWISSPORT-MENZIES (" Swissport Menzies Handling Alicante, UTE ", " Swissport Menzies Handling Jerez, UTE ", " Swissport Menzies Handling Madrid, UTE ", " Swissport Menzies Handling Almería, UTE ", " Swissport Menzies Handling Lanzarote, UTE " y " Swissport Menzies Handling Murcia-San Javier, UTE ") (BOE 3-febrero-2009), no se hace referencia expresa a la forma de remuneración de las vacaciones y nada se establece sobre los conceptos retributivos que deben tomarse en cuenta ni tampoco se verifica exclusión alguna, como se deduce especialmente de sus arts. 34, 52 y 53 , en los que, en esencia, se dispone:

A) En su art. 34 , regulador de las vacaciones, dejando aparte lo relativo a la forma de programación y disfrute, se establece que:

" El período de vacaciones anuales retribuidas tendrá una duración de 30 días naturales ... El trabajador que cese en el transcurso del año tendrá derecho a percibir la parte proporcional de vacaciones que no haya disfrutado. Caso de haber disfrutado más tiempo del que le corresponda, deberá resarcir a la empresa del exceso, pudiendo ésta practicar el correspondiente descuento en la liquidación ".

B) En su art. 52 , regulador del " Sistema salarial ", se preceptúa que:

" Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.

En ningún caso el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador.

No tendrán la consideración de salarios las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

1. Percepciones salariales.- Tendrán la condición de salario las siguientes percepciones económicas:

1.1. Salario base:

Es aquella parte de la retribución que se fija atendiendo exclusivamente a la unidad de tiempo.

1.2. Complementos salariales:

Son las cantidades que, en su caso, deban adicionarse al salario base, atendiendo a circunstancias distintas de la unidad de tiempo y pueden ser:

Personales.

De puesto de trabajo.

De cantidad o calidad de trabajo.

Las cantidades que las empresas abonen libre y voluntariamente a sus trabajadores.

1.3. De vencimiento superior al mes: las pagas extraordinarias.

2. Percepciones no salariales:



2.1. Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.

2.2. Las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubieran de ser realizados por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral.

2.3. Las indemnizaciones por ceses, desplazamientos, suspensiones o despidos ".

C) Por último, en su art. 53, en el que se regula la " Estructura de las percepciones económicas ", se dispone que:

" Los conceptos tanto salariales como extrasalariales, establecidos en el presente convenio colectivo, son los siguientes:

Salario convenio. Es aquella parte de la retribución que engloba la contraprestación económica por los servicios prestados por el trabajador durante su jornada de trabajo, así como, además, por la disponibilidad que se exige a estos como consecuencia de las especiales características de la actividad existente en cada aeropuerto.

Se percibirá en 14 pagas, (12 mensualidades y 2 pagas extras), según lo estipulado para cada categoría en la Tabla de salario mínimo garantizado que se incluye en el anexo I, según se trate de aeropuertos H16 o aeropuertos H24 y atendiendo a las especiales diferencias y características de los mismos.

Complemento personal (Ad Personam). Es aquel complemento salarial de naturaleza personal, que se percibe por encima del salario determinado en cada nivel de la tabla de salario mínimo garantizado que se incluye en el anexo I. Se percibirá en 14 pagas (12 mensualidades y 2 pagas extras).

Plus de transporte. Complemento extrasalarial que compensa de los gastos derivados del traslado al centro de trabajo. El plus de transporte ascenderá a la cantidad anual de 522,60, si bien se acuerda que los trabajadores perciban la mencionada cantidad en doce mensualidades con arreglo a la tabla anexa I. Dicho plus se percibirá íntegramente, independientemente del tipo de contrato laboral que tenga suscrito el trabajador con la empresa.

Plus de función. Plus que retribuye una determinada actividad, función responsabilidad asignada a un trabajador y durante el período que le sea asignado, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de función que se incluye en el anexo I.

Hora nocturna. Es la compensación de las horas efectivamente trabajadas entre las 22:00 y las 06:00, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I.

Hora festiva. Es la compensación de las horas efectivamente trabajadas en un turno que se inicie entre las 00:00 horas y las 23:59 de los días festivos de carácter nacional, autonómico o local conforme al calendario laboral anual, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I.

Horas de domingos. Es la compensación económica por las horas efectivamente trabajadas en un turno que se inicie entre las 00:00 horas y las 23:59 de un domingo, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I.

Fraccionamiento de jornada. Es la compensación económica por el trabajo efectivo en horarios de trabajo fraccionados conforme a lo establecido en el artículo 23 del presente convenio colectivo, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I.

Hora extraordinaria. Es la compensación económica por las horas efectivamente trabajadas por encima de la jornada pactada y que no es compensada mediante descanso, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I.

Plus de madrugue. Es la compensación que recibirán los trabajadores por los gastos extraordinarios derivados de transporte, ante la inexistencia o reducción de transporte público en las horas en las que se presta el trabajo, al iniciarse o finalizar este entre las 01 horas y las 6:00 horas de la mañana. Se percibirá por día de trabajo, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I.

Plus de jornada irregular. Es la compensación económica que se percibe por la prestación de los servicios con una distribución irregular de la jornada, en los términos establecida en el artículo 27 del presente convenio colectivo, según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I.

Gratificaciones extraordinarias. Son así denominadas las pagas extraordinarias que se abonan en junio y en diciembre, que estarán compuestas por el salario base, el plus de disponibilidad y el complemento personal (Ad Personam) ".

2.- A falta de regulación en el Convenio colectivo, y conforme a la jurisprudencia social expuesta, debe estarse directamente a lo establecido en el Convenio nº 138 de la OIT, es decir, conforme precisa nuestra jurisprudencia, a la " regla general de retribuirlos 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, lo que se ha reconocido en la sentencia de instancia, que en la retribución de las vacaciones anuales se incluya el promedio anual de los complementos variables que corresponden a la jornada ordinaria de horas nocturnas (" Es la compensación de las horas efectivamente trabajadas entre las 22:00 y las 06:00 "), horas festivas (" Es la compensación de las horas efectivamente trabajadas en un turno que se inicie entre las 00:00 horas y las 23:59 de los días festivos de carácter nacional, autonómico o local conforme al calendario laboral anual "), horas de domingo (" Es la compensación económica por las horas efectivamente trabajadas en un turno que se inicie entre las 00:00 horas y las 23:59 de un domingo ") y fraccionamiento de jornada (" Es la compensación económica por el trabajo efectivo en horarios de trabajo fraccionados conforme a lo establecido en el artículo 23 del presente convenio colectivo "), todas ellas " según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I ", procede la desestimación del recurso, pues se trata expresamente de conceptos salariales (conforme a los arts. 52 y 53 del trascrito I Convenio de grupo empresarial), no excluidos en el Convenio para la determinación de la remuneración de las vacaciones y, además, computadas de forma promediada, puesto que tratándose de " remuneraciones extraordinarias del trabajo realizado en la jornada normal han de computarse en su promedio, y no en su integridad ".

3.- Procede, por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso de casación ordinario interpuesto por la empleadora, confirmando la sentencia de instancia impugnada y sus razonados argumentos, con pérdida del depósito constituido para recurrir, pero sin imposición de costas (arts. 215 y 233.2 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por las Uniones Temporales de Empresa denominadas " Swissport Menzies Handling Alicante, UTE ", " Swissport Menzies Handling Jerez, UTE ", " Swissport Menzies Handling Madrid, UTE ", " Swissport Menzies Handling Almería, UTE ", " Swissport Menzies Handling Lanzarote, UTE " y " Swissport Menzies Handling Murcia-San Javier, UTE " constituidas por las entidades "FERROVIAL SERVICIOS, S.A.", "SWISSPORT HANDLING S.A." y "MENZIES AVIATION PLC", contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 9-octubre-2009 (autos 147/2009), seguidos a instancia de la "UNIÓN SINDICAL OBRERA" (USO) a la que se adhirió la "FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS" contra las entidades ahora recurrentes. Confirmamos la sentencia de instancia impugnada

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.