



Roj: **STS 2171/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2171**

Id Cendoj: **28079140012018100520**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/05/2018**

Nº de Recurso: **99/2017**

Nº de Resolución: **532/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 4928/2016,**  
**STS 2171/2018**

CASACION núm.: 99/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 532/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

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

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 16 de mayo de 2018.

Esta Sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina formalizados por las representaciones procesales de los Sindicatos Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores, FECAV y AUDICA . , contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 2 de junio de 2016 [autos 3/2016 ], en actuaciones seguidas por Sección Sindical de la Federación de serveis per la mobilitat i el consum de la Unión General de Trabajadores de Catalunya (U.G.T.) contra las patronales FECAV y AUDICA, y el sindicato Comisiones Obreras (CC.OO), sobre conflicto colectivo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de Sección Sindical de la Federación de serveis per la mobilitat i el consum de la Unión General de Trabajadores de Catalunya (U. G. T.), se formuló demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: «declare el derecho del personal afectado por el presente conflicto colectivo a que sus retribuciones de vacaciones incluyan el promedio de sus retribuciones, incluyendo los siguientes conceptos: Todos los



conceptos fijos de salario tal como viene definido en el artículo 39, que incluye, salario convenio, complementos de puesto de trabajo y asignaciones voluntarias adicionales, concretamente: El salario convenio con todo lo que incluyen en atención al artículo 21 del convenio.- Las horas extraordinarias y adicionales en cuanto se fija una naturaleza peculiar de las mismas que no atienden al número de horas realizadas por lo que se trata de una retribución que se fija a tanto alzado y con diversa naturaleza, no en vano habla de horas extra y adicionales sin mayor distinción por lo que debe operar la vis expansiva de las retribuciones de las vacaciones, que debe incluir el promedio de todas las retribuciones.- El Plus de conductor-perceptor, el plus de nocturnidad y el complemento personal de antigüedad. El plus descanso semanal y festivos. Y complemento por quebranto de moneda.- Y condene a las patronales a estar y pasar por esta condena con todos los efectos, incluidos que la misma se entienda como interpretación única y adecuada del artículo 39 del citado convenio colectivo».

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que se practicaron las pruebas que fueron admitidas, con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

**TERCERO.-** Con fecha 2 de junio de 2016, se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuya parte dispositiva dice: «Estimamos parcialmente la demanda interpuesta por la Sección Sindical de la Federación de serveis per la mobilitat i el consum de la Unió General de Treballadors de Catalunya (U. G. T.) contra las patronales FECAV y AUDICA, y el sindicato Comisiones Obreras (CC. OO), en materia de conflicto colectivo, declarando el derecho de los trabajadores y trabajadoras del sector a los que resulta de aplicación el convenio colectivo de trabajo de las empresas de transportes mecánicos de viajeros de la provincia de Barcelona para los años 2009-2012 (código de convenio número 0804305) a incluir dentro de la retribución de vacaciones anuales el promedio anual del salario convenio, así como de los complementos variables correspondientes a jornada ordinaria, en particular los relativos a horas extraordinarias, adicionales y de presencia, plus de conductor perceptor, plus de nocturnidad, complemento de antigüedad, plus de descanso semanal y festivos, y quebranto de moneda, del que habrá de detraerse el importe abonado en concepto de "bolsa de vacaciones", previsto en el artículo 39 del citado convenio, salvo que el cálculo del promedio de los complementos variables resulte de cuantía inferior a este último concepto, en cuyo caso se abonará éste; condenado a las demandadas a estar y pasar por tal declaración a todos los efectos. Sin costas».

**CUARTO .-** En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « **PRIMERO.-** En fecha 2 de febrero de 2010, Fecav, Audica, UGT y CCOO suscribieron el Convenio colectivo de trabajo de las empresas de transportes mecánicos de viajeros de la provincia de Barcelona para los años 2009-2012 (código de convenio número 0804305), que fue publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya el 2 de abril de 2010, habiéndose pactado que su entrada en vigor se produciría el 1 de enero de 2009, sin perjuicio de las excepciones acordadas expresamente.- **SEGUNDO.-** El artículo 39 del citado Convenio, dentro del capítulo 4, relativo a "jornada laboral, horas estructurales, vacaciones, trabajo en días festivos, licencias y excedencias", bajo el epígrafe de "vacaciones y bolsa de vacaciones", establece: "a) Vacaciones.- Todo el personal al servicio de las empresas afectadas por el presente convenio tendrán derecho a disfrutar de un período de 30 días naturales de vacaciones al año.- Los cuadros de vacaciones se deben establecer entre la empresa y los representantes de los trabajadores siguiendo los criterios de rotatividad y armonizando en lo que sea posible la concesión de las vacaciones dentro de los períodos solicitados con las exigencias del servicio.- b) Bolsa de vacaciones.- De la misma forma, todos los trabajadores regidos por este Convenio tienen derecho a una "bolsa de vacaciones" de acuerdo con los valores que se detallan en los anexos del Convenio, que se ha de pagar a más tardar durante el mes de septiembre.- El incremento de la Bolsa de vacaciones que se pacta para el presente Convenio y que deberá sumarse a las cantidades actuales es el siguiente:

Año 2010: Incremento de 22 EUR

Año 2011: Incremento de 22 EUR

Año 2012: Incremento de 22 EUR

Este importe, que se deberá abonar a todos los trabajadores en proporción al tiempo trabajado durante el último año, se conceptúa como compensación por gastos de desplazamientos vacacionales, teniendo la consideración de pago por gastos.- c) Vacaciones en caso de embarazo y maternidad.- Las vacaciones correspondientes al año del nacimiento del hijo, siempre que no se hubieran podido disfrutar con anterioridad por causa del descanso maternal y/o paternal, podrán disfrutarse aunque haya terminado el año natural a que correspondan.- Igualmente, cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en los artículos 48.4 y 48 bis de la Ley ET (permisos maternidad y paternal) se tendrá igualmente derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan".- **TERCERO.-** En fecha



3 de diciembre de 2015, la comisión paritaria del convenio de tracción mecánica de viajeros de la provincia de Barcelona, a solicitud de la parte sindical, se reunió ante la alegación de no correcta aplicación del vigente artículo 39 de aquella norma, por no retribuir las vacaciones en función del "promedio de la totalidad de los emolumentos que corresponden a la jornada", manifestándose: - Por la representación de los trabajadores y trabajadoras: que la retribución de las vacaciones comprende el promedio de los conceptos salariales que se derivan necesariamente de la prestación laboral, tanto personales como de puesto de trabajo, fijos y variables; añadiendo que en la actualidad la retribución de vacaciones aplicada en las diferentes empresas del sector no comprendía todos estos conceptos.- - Por la representación empresarial: que la compensación de las vacaciones, recogida en el artículo 39 del convenio, en la actualidad ya comprende todos los conceptos salariales ordinarios que perciben los trabajadores del sector.- **CUARTO.**- En fecha 11 de octubre de 2012, la comisión negociadora del convenio de tracción mecánica de viajeros de la provincia de Barcelona se reunió para ratificar el acta de la reunión celebrada el 21 de septiembre de 2012, en que se acordó la prórroga del actual Convenio hasta el 31 de diciembre de 2014, manteniéndose las mismas cláusulas y condiciones, incrementando, en concepto de IPC, un 1% el salario convenio.- **QUINTO.**- La citada comisión ha celebrado reuniones en el marco de proceso negociador de nuevo convenio colectivo en fechas 15 de abril de 2015, 29 de abril de 2015, 13 de mayo de 2015, 11 de junio de 2015, 26 de junio de 2015, 7 de octubre de 2015, 27 de octubre de 2015, y 21 de diciembre de 2015; suscribiéndose nuevo convenio el 22 de abril de 2016, pendiente de publicación.- **SEXTO.**- En la negociación colectiva de anterior convenio colectivo del sector, en reunión celebrada en fecha 8 de marzo de 1989, la representación de los trabajadores aludió a la necesidad de abonar en vacaciones el plus de transporte, con mantenimiento de la cuantía que se abonaba en concepto de bolsa de vacaciones.- **SEPTIMO** .- El presente conflicto colectivo afecta a los trabajadores que conforman la plantilla de las empresas afectadas por el Convenio Colectivo de trabajo del sector de transportes mecánicos de viajeros de la provincia de Barcelona para los años 2009-2012 (BOP nº 79).- **OCTAVO.**- Con fecha 18 de enero de 2016 se celebró en la sede del Tribunal Laboral de Catalunya, delegación de Barcelona, el acto de conciliación del presente conflicto colectivo, que finalizó sin avenencia».

**QUINTO** .- Contra la anterior resolución se interpusieron recursos de casación para la unificación de doctrina por las representaciones procesales de los Sindicatos Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores, FECAV y AUDICA.

- En los recursos de casación formalizados por las presentaciones procesales de los Sindicatos Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores se consigna, al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 39.b) del Convenio Colectivo de aplicación, en relación con los arts. 3.1 y 1281 CC , así como doctrina jurisprudencial interpretativa.

- En los recursos de casación formalizados por las presentaciones procesales de las patronales FECAV y AUDICA se consignan, en ambos recursos, los siguientes motivos: 1º) Al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción de los arts. 1 y 7 del Convenio OIT 132, del art. 37.1 CE y jurisprudencia interpretativa [ SSTS 26/07/10 ; 30/11/15 rec. 48/15 y 08/06/16 ], y 2º) Con igual amparo procesal, denuncian la infracción de los arts. 1 y 7 Convenio OIT 132 , art. 7 de la Directiva 2003/88/CE y 26 del ET , así como de la jurisprudencia y doctrina que los interpreta.

**SEXTO.**- Transcurrido el plazo concedido para impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar procedente la desestimación de los recursos.

**SÉPTIMO.**- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 16 de mayo de 2018, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- 1.- Tal como se recoge en los precedentes «Antecedentes», la STSJ Cataluña 02/Junio/2016 [autos 3/2016] acogió parcialmente la demanda de Conflicto Colectivo interpuesta y declaró el derecho de los trabajadores del sector -transportes mecánicos de viajeros de la provincia de Barcelona- a que su retribución de vacaciones incluya «el promedio anual del salario convenio, así como de los complementos variables correspondientes a jornada ordinaria, en particular los relativos a horas extraordinarias, adicionales y de presencia, plus de conductor perceptor, plus de nocturnidad, complemento de antigüedad, plus de descanso semanal y festivos, y quebranto de moneda, del que habrá de detrarse el importe abonado en concepto de "bolsa de vacaciones", previsto en el artículo 39 del citado convenio, salvo que el cálculo del promedio de los complementos variables resulte de cuantía inferior a este último concepto, en cuyo caso se abonará éste...»

2.- La sentencia es recurrida por los Sindicatos «CCOO» y «UGT», que denuncian la infracción del art. 39.b) del Convenio Colectivo de aplicación, en relación con los arts. 3.1 y 1281 CC , así como doctrina jurisprudencial interpretativa, interesando se deje sin efecto el pronunciamiento relativo a la «bolsa de vacaciones», cuya



retribución entiende que debe dejarse incólume, en atención a haberse pactado como concepto jurídico extrasalarial.

3.- También formulan recurso -literalmente idénticos- «FECAV» y «AUDICA», con dos motivos: a) en el primero de ellos, acusan infracción de los arts. 1 y 7 del Convenio OIT 132, del art. 37.1 CE y jurisprudencia interpretativa [ SSTS 26/07/10 ; 30/11/15 rec. 48/15 y 08/06/16 ], para concluir que «siendo que las partes legitimadas de forma expresa han negociado un valor fijo para cada categoría profesional en función de las tareas que realizan, que se denomina "bolsa de vacaciones", entiende esta parte que el presente motivo de casación debe ser estimado y, en consecuencia... desestimada íntegramente la demanda» ; y b) de forma subsidiaria articulan un segundo motivo, en el que sostienen la infracción de los arts. 1 y 7 Convenio OIT 132 , art. 7 de la Directiva 2003/88/CE y 26 del ET , así como de la jurisprudencia y doctrina que los interpreta, sosteniendo la no computabilidad retributiva -en vacaciones- de diversos conceptos [quebranto de moneda; plus conductor-perceptor; descanso semanal y festivos; horas extraordinarias y adicionales].

**SEGUNDO.-** 1.- El idéntico motivo desarrollado por los Sindicatos va referido -como adelantamos- a excluir la naturaleza salarial de la llamada «bolsa de vacaciones», atribuyéndole la consideración de abono por daños, y por ello otorgarle cualidad no descontable de los posibles conceptos a retribuir -en su promedio- en el periodo de descanso anual.

En el análisis de tal cuestión hemos de partir -lógicamente- de la redacción ofrecida por el art. 39.b) del Convenio Colectivo : «... todos los trabajadores regidos por este Convenio tienen derecho a una "bolsa de vacaciones" de acuerdo con los valores que se detallan en los anexos del Convenio, que se ha de pagar a más tardar durante el mes de septiembre... Este importe, que se deberá abonar a todos los trabajadores en proporción al tiempo trabajado durante el último año, se conceptúa como compensación por gastos de desplazamientos vacacionales, teniendo la consideración de pago por gastos».

2.- Con carácter previo a cualquier otra consideración, conviene tener presente que «... el art. 26.1 ET contiene una regla general al prescribir 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 periodos de descanso computables como de trabajo». Y de este precepto se deduce: a).- Que el mandato contiene una presunción iuris tantum de que todo lo que recibe el trabajador del empresario le es debido en concepto de salario, y que puede ser desvirtuada, o bien mediante la prueba de que la cantidad abonada obedece a alguna de las razones que enumera el art. 26.2; o bien acreditando que su abono está establecido con tal carácter indemnizatorio en una norma paccionada ( SSTS 12/02/85 Ar. 536 ; y 24/01/03 -rcud 804/02 -). b).- Que por ello el salario tiene - como la doctrina sostiene- carácter totalizador, en tanto que reviste cualidad salarial todo lo que el trabajador recibe por la prestación de servicios, con independencia de su denominación formal [se llame o no salario], de su composición [conste de una o varias partidas], de su procedimiento o periodo de cálculo [a tanto alzado, por actos de trabajo, etc], o por la cualidad del tiempo al que se refiera [trabajo efectivo o descanso computable como tal]» (así, STS 03/05/17 -rcud 385/15-, asunto «Celgene, SL »).

De otra parte, tampoco resulta ocioso recordar que «... la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad de su contenido y que la misma debe prevalecer sobre el *nomen iuris* que errónea o interesadamente puedan darle las partes (así, para pluses y complementos diversos, SSTS 19/12/12 -rcud 1033/12 -; 11/02/13 -rcud 898/12 -; 17/01/13 -rcud 1065/12 -; 22/10/13 -rcud 308/13 -; 19/01/16 -rcud 2505/14 -; 03/02/16 -rcd 3166/14 -; 05/07/16 -rcud 2294/14 -; 20/04/17 -rcd 192/16 -; 03/05/17 -rcud 3157/15 -; y 985/2017, de 12/12/17 -rcud 860/16 -).

3.- Sentado ello, discrepamos de la indicada pretensión recurrente, porque no responde a los usuales medios interpretativos en la materia, mientras que -a nuestro entender- contrariamente fueron empleados de forma adecuada por la sentencia recurrida. Recordemos que la singular naturaleza mixta de los convenios colectivos [contrato con efectos normativos; norma de origen contractual], determina que su hermenéutica deba hacerse utilizando los siguientes criterios: a) la interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes [ arts. 3.1 y 1281 CC ]; b) la interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas [ arts. 3.1 y 1285 CC ]; c) la interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de las partes negociadoras [ arts. 3.1 y 1282 CC ]; y d) la interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras [ arts. 3.1 , 1281 y 1283 CC ] (así, entre las más próximas, SSTS SG 24/10/17 -rcd 107/17 -; 20/12/17 -rcd 238/16 -; 14/11/17 -rcd 223/16 -; 16/01/18 -rcd 13/17 -; y 08/02/18 -rcd 269/16 -).

Pues bien, no le falta razón a la sentencia recurrida cuando afirma que la redacción del precepto en absoluto es clarificadora, porque si bien la expresión «consideración de pago por gastos» indudablemente apunta a la naturaleza extrasalarial, lo cierto es que su abono en «proporción al tiempo trabajado» resulta opuesta a aquella





consideración y pone de relieve la insuficiencia del criterio literal para resolver la cuestión se plantea. Ante esta insuficiencia de texto para determinar la naturaleza jurídica del concepto objeto de debate, nos parece del todo correcto el «iter» argumental seguido por la Sala de suplicación, acudiendo muy primordialmente al elemento histórico y al finalístico para llegar en su fundamentación a una conclusión fáctica -que no jurídica- a la que debemos atribuir pleno valor de HDP pese a su ubicación fuera del relato de hechos [ SSTS 09/02/16 -rcud 400/14 -; 24/02/16 -rcu 371/14 -; 02/06/16 -rcu 136/15 -; 22/06/16 -rcu 250/15 -; SG 26/10/16 -rcud 2913/14 -; y 119/2018, de 08/02/18 -rcud 1121/15 -], cual es que «el objeto de las bolsas de vacaciones era compensar la ausencia de cobro de complementos variables durante el periodo vacacional». Y es claro que de esta finalidad declara probada -sustituir conceptos salariales excluidos de la regulación convencional de las vacaciones- no cabe sino derivar una naturaleza igualmente salarial y diversa a la que nominalmente se le atribuye. Máxime cuando su denominación resulta opuesta a la práctica que se tiene por acreditada, puesto que -razona la recurrida- «ninguna prueba ha sido aportada de que ... retribuya ... gastos sufragados por desplazamientos durante el periodo vacacional», sino que -antes al contrario- lo perciben todos los trabajadores [vayan o no de vacaciones], en proporción al tiempo de servicio y sin exigencia de gasto alguno justificativo; y con mayor motivo cuando -como se argumenta por las demandadas- se cotiza por el concepto a la Seguridad Social y sobre él se hace oportuna deducción de IRPF.

Es más, con independencia de su correcta naturaleza jurídica salarial, el descuento operado por la sentencia -restando su importe del promedio de complementos que incorpora a la retribución vacacional- no deja de responder al atendible equilibrio del Convenio, en tantas ocasiones referido -aunque no siempre aplicado- por la Sala (SSTS 05/04/10 -rcu 119/09 -; 20/09/10 -rcu 190/09 -; 20/10/10 -rcu 214/09 -; 16/11/10 -rcu 217/09 -; 01/03/11 -rcu 109/10 -; y 23/02/17 -rcu 146/16 -), porque -no se olvide- conforme al relato factual del que parte la sentencia recurrida, la «bolsa» se establece para sustituir que en vacaciones no se incluya el abono de los complementos variables.

**TERCERO.-** 1.- La respuesta a los dos motivos de casación formulados por la patronal demandada no puede sino ser acorde a nuestra más reciente doctrina [ SSTS SG 08/06/16 -rcu 207/15-, asunto «Telefónica Móviles España, SAU»; SG 08/06/16 -rcu 112/15-, asunto «Contact Center »; 09/06/16 -rcu 235/15-, asunto «Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones »; 15/09/16 -rcu 258/15-, asunto «FES »; 29/09/16 -rcu 233/15-, asunto «Alstom Transporte »; 227/2017, de 21/03/17 -rcu 80/16-, asunto «ADIF »; 660/2017, de 20/07/17 -rcu 261/16 -, para «FGC»; 1046/2017, de 20/12/17 -rcu 238/16 -, para «Altadis»; 1065/2017, de 21/12/17 -rcu 276/16 -, para «Organismo Autónomo Madrid 112»; 159/2018, de 15/02/18 -rcu 47/17-, asunto «Contact Center »; y 223/2018 , de 28/02/18 -rcu 16/17-, para «Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals»], que matizando o rectificando precedentes de la Sala puede resumirse en los puntos que pasamos a exponer, reproduciendo texto de la última sentencia citada.

1.- «En la regulación convencional de la retribución de las vacaciones «... no cabe prescindir de que -según vimos-: a).- De acuerdo al también expresado criterio del TJUE, la Directiva 2003/88 ha de ser entendida en el sentido de que durante las vacaciones el trabajador debe percibir la «retribución ordinaria» y «comparable a los períodos de trabajo»... [FJ Séptimo]; b).- Aunque tal criterio del TJUE no sea de directa aplicación a las relaciones entre particulares y por lo mismo tampoco proceda su automático empleo en los litigios «inter privados», en todo caso sí debe operar como elemento interpretativo de nuestro régimen normativo y convencional [FFJJ Noveno y Décimo]; c).- Asimismo - recordemos-, el art. 7.1 del Convenio 132 OIT se remite igualmente a la «remuneración normal o media», si bien «calculada en la forma» que pudiera acordar -entre otras posibilidades- la negociación colectiva».

2.- «Esta triple consideración nos lleva a entender que tanto la doctrina comunitaria, obligadamente interpretativa de nuestra legislación [particularmente de la regulación colectiva, si la hubiere], como el propio Convenio 138 OIT, que forma parte de la normativa nacional [ex art. 96.1 CE ] y ostenta en ella la primacía antes indicada, no sólo se oponen a la rotundidad de nuestra clásica afirmación acerca de la absoluta libertad de los negociadores colectivos para fijar el importe de la retribución en vacaciones [aún con respeto, en cómputo anual, de los mínimos de derecho necesario], sino que -sobre todo- nos obligan a buscar una interpretación de toda regulación pactada que, sin desconocer ese protagonismo de la «negociación colectiva» a la que se remite directamente el ET e indirectamente consiente el Convenio 138, de todas formas se presente lo más ajustada posible tanto a la doctrina comunitaria que glosa la Directiva 2003/88 cuanto a la referencia expresa que el art. 7.1 del citado Convenio 138 hace a la «remuneración normal o media».

3.- «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.

4.- «La obligada consideración de la necesidad de hacer una interpretación de toda regulación pactada que, sin desconocer ese protagonismo de la «negociación colectiva» a la que se remite directamente el ET e indirectamente consiente el Convenio 138, de todas formas se presente lo más ajustada posible tanto a la doctrina comunitaria que glosa la Directiva 2003/88 cuanto a la referencia expresa que el art. 7.1 del citado Convenio 138 hace a la «remuneración normal o media... 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».

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

**CUARTO.-** 1.- Ni que decir tiene que la doctrina jurisprudencial precedentemente expuesta comporta el rechazo del primer motivo de casación formalizado por las asociaciones empresariales, en tanto que con el mismo pretenden justificar que la regulación retributiva de las vacaciones en el sector laboral que representan pueda limitarse a la llamada «bolsa de vacaciones». Tal planteamiento, que apoyan en «espigadas» afirmaciones de la doctrina de los Tribunales Superiores y de la propia jurisprudencia, es del todo inaceptable al responder a criterios que han sido claramente superados por la doctrina más arriba expuesta y por la referida exigencia de que la retribución vacacional al «promedio» de la retribución «ordinaria» de cada trabajador individualmente considerado, por lo que entendemos es suficiente -para rebatir el motivo- con remitirnos a los términos de nuestro criterio actual, resultando por tanto innecesaria la concreta refutación de las diversas consideraciones -tan inactuales como sesgadas- que la patronal efectúa para justificar su pretensión.

2.- Entrando ya en el examen del segundo motivo formalizado y de los diversos conceptos cuyo cómputo en vacaciones se cuestiona, hemos de indicar que exclusivamente acogemos la denuncia formulada respecto del «quebranto de moneda», y ello sobre la base de su regulación en el Convenio Colectivo, cuyo art. 30 dispone que «[l]os cobradores y taquilleros han de percibir, en concepto de quebranto de moneda, la cantidad que figura en las tablas correspondientes por jornada trabajada efectivamente»; que con tal cantidad también han de ser retribuidos «[i]ndependientemente del plus de conductor perceptor ... los conductores que, además, hagan la función de cobradores...»; y que «[e]sta cantidad, por su carácter de abono de gastos, no es objeto de cotización a la Seguridad Social».

Sobre esta base, discrepamos de la decisión recurrida cuando sostiene que el concepto tiene naturaleza salarial y que por ello ha de ser computado en la retribución de vacaciones. Antes al contrario, la solución



opuesta ya ha sido adoptada por la Sala en precedente -aunque lejano- Conflicto Colectivo suscitado en el mismo sector del transporte, al afirmar que «[e]l 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... De la exposición que precede se deduce que el quebranto de moneda, en cuanto no es pago de actividad laboral alguna sino indemnización o compensación de determinados riesgos, no puede entenderse incluido» entre los conceptos a retribuir en vacaciones ( STS 04/11/94 -rco 3604/93 -).

3.- Muy contrariamente rechazamos la pretensión de excluir de la retribución vacacional en todos los restantes conceptos que el recurso de las patronales cuestionan, porque se trata -así lo entendemos- de percepciones que o bien se encuentran en lo que hemos llamado zona de «certeza» [es el caso del plus de «conductor-perceptor»] o bien pese a situarse abstractamente en la zona de «duda» [son las horas extras, adicionales y de presencia; y el plus de descanso semanal y festivos], la situación concreta del sector laboral en que se generan determina que indubitadamente les consideremos como parte de la retribución «ordinaria»:

a).- Así lo proclamamos respecto de las horas extraordinarias, adicionales y de presencia, pues aparte de ser notoria su habitualidad en el sector y por ello calificable su remuneración como «ordinaria», esta última cualidad la evidencia el propio Convenio Colectivo cuando en el art. 22 prescribe que «se abonarán a razón de las cantidades alzadas que se detallan en los anexos del presente Convenio... independientemente del número de horas realizada, de su condición y de los distintos complementos salariales que cada trabajador tenga acreditados».

b).- Otro tanto cabe decir del incentivo de «conductor-perceptor», cuya naturaleza salarial es obvia y su habitualidad deriva de tratarse de un complemento de puesto de trabajo que se percibe por el desempeño efectivo en tal condición (así, ya la STS 15/06/10 -rco 75/09 -).

c).- Y no diversa conclusión se impone respecto del plus de «descanso semanal y festivos», cuya naturaleza salarial también resulta incuestionable y a la par su habitualidad es no menos innegable tratándose del sector de transporte de viajeros por carretera. Y aunque en precedente ocasión la Sala hubiese excluido un concepto similar en la gratificación de las vacaciones [ STS SG 30/06/16 -rco 47/15 -], lo cierto es que en tal supuesto el plus iba referido a trabajo prestado en sector diferente, con específica normativa sobre la materia, exclusivamente limitado a los días festivos [14 al año] y para el exclusivo supuesto de renuncia previa al ordinario descanso compensatorio, lo que nos llevó a la consideración de que en aquel caso se trataba de un trabajo extraordinario, por lo que se hace inviable la extrapolación de tal doctrina al presente caso, en tanto que aquí se contempla el trabajo no sólo en festivos sino también en domingos, y no cabe olvidar que el transporte de viajeros por carretera tiene lugar todos los días del año.

## FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de los Sindicatos COMISIONES OBRERAS y UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES.

2º.- Acoger parcialmente el recurso formulado por la «FEDERACIÓ EMPRESARIAL CATALANA DAUTOTRANSPORT DE VIATGERS» y «ASSOCIACIÓ DEMPRESARIS DE TRANSPORT DISCRECIONAL».

3º.- Revocar en parte de la STSJ Cataluña 02/Junio/2016 [autos 3/2016], excluyendo de computar -dentro de la retribución de vacaciones anuales el promedio anual del «quebranto de moneda» y manteniendo en su integridad los restantes pronunciamientos.

4º.- No imponer costas.

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

Así se acuerda y firma.