



Roj: **SAN 4173/2009 - ECLI:ES:AN:2009:4173**

Id Cendoj: **28079240012009100121**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2009**

Nº de Recurso: **147/2009**

Nº de Resolución: **120/2009**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4173/2009,**
STS 4798/2010

SENTENCIA

Madrid, a nueve de octubre de dos mil nueve.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento nº 147/09 seguido por demanda de UNION SINDICAL OBRERA (USO) contra UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS SWISSPORT HANDLING S.A., FERROVIAL SERVICIOS, S.A., MENZIES AVIATION PLC, CC.OO, y U.G.T.

sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTIN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 6-07-2009 se presentó demanda por UNION SINDICAL OBRERA (USO) contra UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS SWISSPORT HANDLING S.A., FERROVIAL SERVICIOS, S.A., MENZIES AVIATION PLC, CC.OO, y U.G.T. sobre conflicto colectivo.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 9-10-2009 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosies de prueba

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto. - Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 del Real Decreto Legislativo 2/95, de 27 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO a partir de ahora) ratificó su demanda de conflicto colectivo, pretendiendo se declare el derecho de 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 complementos salariales variables que corresponden a la jornada ordinaria. Hora Nocturna, Hora festiva, Hora de domingos, Fraccionamiento de Jornada y Plus de Jornada Irregular.



COMISIONES OBRERAS (CCOO desde ahora) se adhirió a la demanda.

La UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS SWISSPORT HANLING, SA, FERROVIAL SERVICIOS MENZIES AVIATION PLC se opuso a la demanda, destacando que el convenio colectivo vigente, suscrito únicamente por CCOO y UGT, determinó exactamente la retribución de las vacaciones, aunque no lo hizo directamente en los artículos 34 a 36, que regulan las vacaciones, sino indirectamente al regular la estructura salarial del convenio, en la que se distinguió perfectamente qué retribuciones se abonaban durante todos los meses del año, incluyendo, por consiguiente, las vacaciones y qué retribuciones no se pagaban todos los meses del año.

Así, destacó que los trabajadores, que cobraban el "plus de jornada irregular", perciben durante las vacaciones la media anual de dicho complemento. - Defendió, por el contrario, que las horas nocturnas, festivas, de domingos y el fraccionamiento de jornada no debían abonarse durante las vacaciones, porque el convenio colectivo contemplaba exclusivamente su abono por tiempo efectivo de trabajo.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

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 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 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 abonan 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.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8 y 2, I del Real Decreto Legislativo 2/95, de 7 de abril, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO. - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 del TRLPL los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

a. - El primero del BOE citado que fue aportado por ambas partes.

b. - El segundo no fue controvertido, reputándose conforme, a tenor con lo dispuesto en el artículo 87, 1 del TRLPL, salvo en lo que afecta al abono, durante las vacaciones, del plus de jornada irregular, cuyo abono se ha deducido del cuadrante de personal del Aeropuerto de Madrid y de las nóminas que obran en documentos 18 y 19 del ramo de la empresa demandada y permiten concluir efectivamente que dicho plus se retribuye en las vacaciones.

c. - El tercero del Acta de conciliación que obra en folios 16 a 17 de autos.

TERCERO. - La retribución de las vacaciones ha sido analizada de modo reiterado y pacífico por la jurisprudencia, por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 12-02-2007, rec. 45/2006, sosteniéndose lo siguiente:

"En lo que se refiere a la retribución de vacaciones, sobre cuyo particular guarda silencio el artículo 28 del Convenio Colectivo que se limita a establecer su duración y la forma en que se han de disfrutar, la citada sentencia, dice que "El artículo 7-1 del Convenio nº 132 de la OIT, ratificado por España en virtud de Instrumento de 17 de junio de 1974, dispone que durante las vacaciones percibirá el trabajador por lo menos su remuneración normal o media calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado. Este precepto 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".

También añade que "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'. ... La propia jurisprudencia salarial se orienta en esta línea de consentir el juego de la autonomía individual o colectiva en cuanto al momento de la percepción del salario, siempre que se respeten en cómputo anual los mínimos de derecho necesario" y, esta doctrina esta ya venía recogida en la Sentencia de la Sala de 1 de octubre de 1991 cuando dice que "Según establece el Convenio



núm. 132 de la OIT, integrado ya en el ordenamiento positivo español (una vez ratificado y publicado en el 'BOE' de 5 de julio de 1974), 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." y, que se reitera en la posterior de 30 de septiembre de 1992".

Como se anticipó más arriba, la empresa demandada se opuso a la demanda, porque las horas nocturnas, festivas, de domingos y el fraccionamiento de jornada se retribuyen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 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.

La Sala no comparte la tesis empresarial, puesto 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 artículo 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 artículo 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.

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.

Así pues, probado que la empresa demandada no abona en las vacaciones los conceptos antes dichos, procede estimar la demanda, si bien debe hacerse de modo parcial, puesto que la empresa está de acuerdo en que debe retribuirse en vacaciones la media del plus de jornada irregular, habiéndose probado, al menos, que los trabajadores, cuyas nóminas se aportaron al acto del juicio, han percibido dicho concepto en vacaciones.

Sin costas por tratarse de conflicto colectivo y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

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.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá anunciarse ante esta Sala en el plazo de DIEZ DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de personarse ante la Sala del Tribunal Supremo, el Recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 300,51 Euros previsto en el art. 227 de la Ley de



Procedimiento Laboral, en la cuenta corriente del Tribunal Supremo Sala de lo Social número 2410, del Banco Español Crédito, oficina de la C/ Urbana Barquillo, 49 - 28004 Madrid.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El Ilmo. Sr. Magistrado D. ENRIQUE FELIX DE NO ALONSO-MISOL, que ha formado parte del Tribunal y ha asistido a la votación, no puede firmar la presente sentencia por estar ausente en permiso reglamentario, lo que hace en su nombre el Presidente

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ