

## AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia 151/2014, de 17 de septiembre de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 194/2014

### SUMARIO:

**Salario. Swissport Spain, S.L.** *Inclusión en la retribución de las vacaciones del promedio de la totalidad de emolumentos que corresponden a la jornada ordinaria, con inclusión de las retribuciones variables en su nivel definitivo lo que no se contempla en el convenio colectivo de aplicación.* Estimación de la demanda: aunque la jurisprudencia ha validado tradicionalmente que el convenio colectivo puede incluir o excluir conceptos retributivos durante las vacaciones sin que ello suponga una vulneración de lo dispuesto en el artículo 7.1 del Convenio 132 de la OIT, que se convierte así en norma subsidiaria al convenio en esta materia, aunque su objetivo fuese asegurar que los trabajadores percibieran durante las vacaciones su retribución media a jornada ordinaria, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interpretando el artículo 7.1 de la Directiva 2003/2008/CE, ha establecido de modo rotundo que cualquier disposición o práctica nacional que impida al trabajador percibir comisiones durante las vacaciones, se opone al citado precepto. Así, un trabajador cuya retribución está compuesta por un salario base y por una comisión cuyo importe se fija en función de los contratos celebrados por el empresario gracias a las ventas obtenidas por el mismo, debe de percibir en vacaciones tanto el salario base como la parte que corresponda por comisiones, teniendo en cuenta el promedio de lo percibido en tal concepto anualmente, siendo esta una interpretación que vincula a la Sala en función del principio de supremacía del derecho comunitario, interpretado por el propio TJUE. Esta conclusión es extensible a cualquier otra retribución variable correspondiente a la jornada ordinaria (hora nocturna, hora festiva, hora domingos, fraccionamiento de jornada y plus de jornada partida), puesto que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho, en tanto en cuanto la obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los periodos de trabajo.

### PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 38.1.

Convenio n.º 132 OIT (Vacaciones), art. 7.1.

### PONENTE:

*Don Ricardo Bodas Martín.*

Magistrados:

Don JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

Don RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA

Don RICARDO BODAS MARTIN

### SENTENCIA

Madrid, a diecisiete de septiembre de dos mil catorce.

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 n.º 194/14 seguido por demanda de FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE CC.OO. (FSC- CCOO) (letrado D. Ángel Martín Aguado) contra SWISSPORT SPAIN S.L. (letrado D. José Alberto Rodríguez Llorente), FEDERACIÓN DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL

CONSUMO DE UGT (FSMC-UGT) (letrado D. Javier Berzosa) USO (letrada Dña. M<sup>a</sup> Eugenia Moreno sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTIN.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Primero.**

Según consta en autos, el día 30-06-2014 se presentó demanda por FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE CC.OO. (FSC-CCOO), SWISSPORT SPAIN S.L., FEDERACIÓN DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE UGT (FSMC-UGT), USO. sobre CONFLICTO COLECTIVO.

### **Segundo.**

La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 16-09-2014 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosí es 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 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes: La FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (CCOO desde aquí) ratificó su demanda de conflicto colectivo, mediante la cual pretende que la retribución de las vacaciones incluya los complementos variables de hora nocturna, hora festiva, hora de domingos, fraccionamiento de jornada y plus de jornada. Sostuvo, a estos efectos, que el art. 7.1 Convenio 132 OIT dispone que las vacaciones deberán retribuirse con arreglo a la remuneración normal o media, lo que incluye necesariamente a los complementos variables citados. - Destacó, a mayor abundamiento, que el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE, interpretado recientemente por STJCE 22-05-2014, C-539/12, contrarios al artículo antes dicho cualquier disposición o práctica nacional que excluya de la retribución de las vacaciones las comisiones que, al igual que los complementos controvertidos, constituye una retribución variable. La FEDERACIÓN DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT desde ahora) se adhirió a la demanda, al igual que la UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO desde aquí). SWISSPORT SPAIN, SL se opuso a la demanda, porque el art. 28 del convenio regula la retribución de las vacaciones, previniendo que integrará los conceptos salariales, incluidos en la tabla común y los complementos adicionales de la tabla salarial adjunta como Anexo I del Convenio. - Afirmó que el convenio está vigente y que la empresa lo cumple escrupulosamente, siendo llamativo que desde 2004 hasta la fecha no se haya cuestionado nunca el régimen retributivo de las vacaciones, como no podría ser de otro modo, por cuanto se han retribuido de conformidad con lo pactado. Mantuvo que la jurisprudencia del TS ha venido admitiendo la retribución normal o media durante las vacaciones, siempre que no se hubiera pactado en convenio un régimen retributivo de las vacaciones, que es exactamente lo sucedido aquí.

### **Quinto.**

- De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes: Hechos controvertidos: - Art. 28 del convenio determina la retribución incluida en vacaciones y siempre se ha pagado igual.

Hechos Pacíficos: - El convenio de empresa se encuentra prorrogado por un acuerdo fin de huelga. - En el convenio de UTES no se regulaba la retribución incluida en vacaciones. - El Plus transporte se retribuye en vacaciones y es salario. - Plus mantenimiento de vestuario se incluye en vacaciones. - No se incluye en vacaciones: hora nocturna, hora festiva, hora domingos, fraccionamiento de jornada y plus de jornada partida.

Resultando y así se declaran, los siguientes

## **HECHOS PROBADOS**

### **Primero.**

CCOO y UGT ostentan la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal y acreditan, al igual que USO, presencia en la empresa demandada.

## **Segundo**

El conflicto afecta a todo el personal laboral de la empresa SWISSPORT SPAIN, SL, cuyo número aproximado es de 1500 trabajadores.

## **Tercero.**

La empresa citada regula sus relaciones laborales por el III convenio colectivo de la empresa FLIGHTCARE, SA, cuya vigencia inicial concluyó el 31-12-2012. - El 21-12-2013 se alcanzó acuerdo entre la empresa demandada y el comité de huelga en el que se convino mantener las condiciones del convenio mientras duren las negociaciones, aunque estas se alarguen más allá del 31-12-2013 y siempre y cuando exista paz social.

## **Cuarto**

La empresa demandada retribuye las vacaciones anuales con los conceptos salariales, que incluyen la tabla común del Anexo I del convenio, que incluye salario base, plus de manutención, plus de transporte, plus vestuario y pagas extraordinarias, así como el complemento de disponibilidad, que es el único complemento adicional de la tabla salarial del Anexo I del convenio. - No incluye los denominados complementos variables nivel definitivo, cuantificados también en el Anexo I del convenio: hora nocturna, hora festiva, hora domingos, fraccionamiento de jornada y plus de jornada partida.

## **Quinto**

El 23-06-2014 se intentó sin acuerdo la mediación ante el SIMA. 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 8.1 y 2, g de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, 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 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes: Los hechos, declarados probados, no fueron controvertidos, reputándose conformes, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS .

### **Tercero.**

El art. 38 ET regula con carácter general las vacaciones, desarrollando lo mandado por el art. 40 CE, donde se encomienda a los poderes públicos que garanticen el descanso necesario, mediante una serie de medidas, entre las cuales se encuentran las vacaciones periódicas retribuidas. - La finalidad del descanso vacacional es doble, garantizando, por una parte, que los trabajadores repongan las fuerzas consumidas durante su actividad laboral y proporcionándoles, por otro lado, el tiempo libre imprescindible para que puedan desarrollar actividades ajenas al trabajo. - Las finalidades citadas - descanso y ocio - se garantizan por la retribución de las vacaciones, que no pueden sustituirse mediante su retribución económica. El Convenio n.º 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. - 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 ". - 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 ". La jurisprudencia ha defendido, por tanto, que la regla general es la retribución media de las vacaciones, entendiéndose como tal al promedio de la totalidad de los emolumentos que corresponden a la jornada ordinaria, incluyendo las retribuciones variables ( STS 17-12-1996, rec. 1321/1996 y 19-04-2000, rec. 2980/1999 . - Ahora bien, cuando la retribución de las vacaciones está regulada en convenio colectivo, se ha validado que el convenio incluya o excluya los conceptos retributivos que estime oportunos, siempre que se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario. - Así en STS 26-07- 2010, REC. 199/2009, se sostuvo lo siguiente: 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 n.º 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: " 1.º- 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; 2.º- 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; 3.º- 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 ". La misma sentencia ha subrayado la primacía de la regulación retributiva del convenio frente a lo mandado por el art. 7.1 Convenio 132 OIT en los términos siguientes: " 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 complementa, 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 complementa, 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 " . La jurisprudencia ha mantenido de modo constante la primacía de la regulación convencional de las retribuciones en vacaciones, entendiendo, incluso, que lo dispuesto en el art. 7 del Convenio de la OIT es de aplicación subsidiaria a la regulación convencional que, como anticipamos más arriba, puede incluir o excluir los conceptos retributivos que los negociadores estimen oportuno, salvo los mínimos indisponible de derecho necesario, por todas STS 3-10-2007, rec. 2083/2006 y 6-03-2012, rec. 80/2011 .

### **Tercero.**

- La Directiva Comunitaria 2003/2008/ CE ha regulado en su artículo 7 de la retribución de las vacaciones en los términos siguientes: "1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral" . La Sala en SAN 21-07-2014, proced. 128/2014, ha examinado la incidencia del artículo citado en el régimen retributivo de las vacaciones, alcanzando las conclusiones siguientes: " Y también con el derecho comunitario. Debiendo señalarse al respecto que el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con valor jurídico de Tratado, reconoce tal derecho a las vacaciones anuales retribuidas y que el art. 7.1 de la Directiva 2003/88 indica que: Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.La fuerza normativa de este derecho a la retribución en vacaciones se ha resaltado por el TJUE, por todas en la sentencia de 22- 5-2014 asunto Lock C-539/12, que indica: según reiterada jurisprudencia, el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104, Directiva ésa que ha sido codificada por la Directiva 2003/88 (véase la sentencia KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, apartado 23 y la jurisprudencia citada)Y con carácter general respecto de cómo ha de entenderse el término vacaciones retribuidas, ha indicado:- La expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en dicha disposición significa que, mientras duren las vacaciones anuales en el sentido de la Directiva, debe mantenerse la retribución. En otras palabras, el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso. STJUE caso Robinson Steele C 131/04- la Directiva 2003/88 considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho. La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo, STJUE caso Lock C539/12 ... Sentados estos principios básicos, la jurisprudencia comunitaria ha descendido peldaños adicionales en su precisión.Es relevante en este sentido la STJUE caso Lock que se acaba de citar y que llega a la conclusión de que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a las disposiciones y a las prácticas nacionales en virtud de las cuales un trabajador cuya retribución está compuesta, por un lado, por un salario base y, por otro, por una comisión cuyo importe se fija en función de los contratos celebrados por el empresario gracias a las ventas obtenidas por ese trabajador, sólo tiene derecho, en concepto de vacaciones anuales retribuidas, a una retribución formada exclusivamente por su salario base.En consecuencia la retribución que el trabajador ha de percibir en el periodo vacacional en el que obviamente no presta servicios y es por ello un periodo de tiempo en el que no genera comisiones o incentivos por ventas que sólo se generan con su quehacer prestado en tiempo efectivo de trabajo, ha de estar necesariamente integrada, y en proporción a los días de vacación que le corresponda disfrutar, teniendo en cuenta lo percibido en concepto de incentivos o comisiones por objetivos fijados anualmente . La fundamentación de las conclusiones expuestas (apartado 22 sentencia Lock), es que la exclusión de las comisiones del período de vacaciones, como señaló el Abogado General en el punto 34 de sus conclusiones, puede engendrar un efecto disuasorio del disfrute de las vacaciones, que es precisamente lo que quiere evitar el art. 7 de la Directiva examinada. La sentencia del TJUE 22-05-2014, C-139/12 establece de modo rotundo en su parte dispositiva que cualquier disposición o práctica nacional, que excluya las comisiones de la retribución de las vacaciones se opone al art. 7.1 de la Directiva reiterada. - Dicha conclusión es extensible a cualquier otra retribución variable correspondiente a la jornada ordinaria, puesto que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho, en tanto en cuanto la obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo

colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo (sentencias Robinson-Steele y otros, EU: C- 2006/177, apartado 58 y Schultz-Hoff y otros, EU: C-2009, 18, apartado 60 y Lock C-539/12, apartado 17). Llegados aquí, debemos despejar si un convenio colectivo, subsumible necesariamente entre las disposiciones y prácticas nacionales, a tenor con lo dispuesto en el art. 3.1.b ET, puede, sin vulnerar lo dispuesto en el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE, excluir retribuciones variables devengadas durante la jornada ordinaria, a lo que anticipamos desde ahora una respuesta negativa. - Nuestra respuesta ha de ser necesariamente negativa, por cuanto el precepto comunitario, interpretado por el TJUE en los términos ya expuestos, ha de prevalecer necesariamente en virtud del principio de supremacía del derecho comunitario frente a las legislaciones o prácticas nacionales que lo contradigan y la sentencia TJUE 22-05-2014, C-539/12 no deja lugar a dudas sobre esa cuestión, cuando dispone que ninguna disposición o práctica nacional puede excluir las comisiones de la retribución de las vacaciones, lo cual ha de extenderse necesariamente a cualquier otra retribución variable que se devengue en jornada ordinaria. Así pues, si un convenio colectivo se opone a lo dispuesto en el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE, en los términos establecidos por la jurisprudencia comunitaria ya expuestos anteriormente, debe prevalecer lo dispuesto en el artículo mencionado, según la interpretación exigida por TJUE 22-05-2014, C-539/12, sobre el convenio colectivo, que ha de subsumirse necesariamente entre las disposiciones y prácticas nacionales, a tenor con lo dispuesto en el art. 3.1.b ET .

#### **Quinto.**

- El art. 28 del convenio colectivo aplicable a la empresa demandada establece que las vacaciones anuales se retribuirán en base a los conceptos de la tabla común y complementos adicionales de la tabla salarial relacionados en el Anexo I del propio convenio. Se ha probado que la empresa demandada retribuye durante las vacaciones los conceptos salariales, que incluyen la tabla común del Anexo I del convenio, que incluye salario base, plus de manutención, plus de transporte, plus vestuario y pagas extraordinarias, así como el complemento de disponibilidad, que es el único concepto que aparece en el Anexo I como complemento adicional, cumpliendo, de este modo, lo pactado en convenio. - No incluye los denominados complementos variables nivel definitivo, cuantificados también en el Anexo I del convenio: hora nocturna, hora festiva, hora domingos, fraccionamiento de jornada y plus de jornada partida. Dicha exclusión, como hemos razonado anteriormente, validada hasta ahora por la jurisprudencia y por la doctrina judicial española, se opone a lo dispuesto en el art. 7.1 Directiva 2003/1998/CE en la interpretación dada por la doctrina comunitaria, que nos vincula directamente, por lo que procede la estimación de la demanda, una vez reducido su objeto a los complementos variables excluidos efectivamente de la retribución de las 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**

Estimamos la demanda de conflicto colectivo, promovida por CCOO, a la que se adhieron UGT y USO, por lo que declaramos el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a percibir durante sus vacaciones anuales el promedio de las retribuciones variables nivel definitivo por hora nocturna, hora festiva, hora domingos, fraccionamiento de jornada y plus de jornada partida y condenamos consiguientemente a la empresa SWISSPORT SPAIN, SL a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos.

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 prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO 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 preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el n.º 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el n.º 2419 0000 00 0194 14; si es en efectivo en la cuenta n.º 2419 0000 00 0194 14, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen Recurso de Casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2014, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la

que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

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 contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.

RTSS. CEF