

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia 223/2018, de 28 de febrero de 2018**Sala de lo Social**Rec. n.º 16/2017***SUMARIO:**

**Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals, SA. Empresa dedicada a la difusión de programas de televisión las 24 horas del día. Vacaciones. Retribución. Inclusión o no de complementos sobre los que existe duda y que son atribuibles a circunstancias relativas al concreto trabajo realizado (nocturnidad, turnicidad, etc.).** Su calificación como retribución ordinaria o extraordinaria a efectos de su posible cómputo o no, en la retribución de vacaciones, dependerá de las circunstancias concurrentes, particularmente la habitualidad en su ejecución, siendo este el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva. De esta forma, si de la retribución vacacional han de excluirse los complementos ocasionales, es claro que aquellos que, aun estando en la zona de duda, sin embargo resultan habituales en la empresa, en tanto que se corresponden con una actividad ordinaria en ella, han de figurar en el convenio colectivo como pluses computables en la paga de vacaciones. No obstante, el derecho a su cómputo no puede por ello atribuirse a todos los trabajadores, sino únicamente a aquellos que los hayan percibido con cierta habitualidad -no cuando ha sido meramente ocasional su devengo-, porque solo en tal supuesto se trataría de una retribución ordinaria -término contrapuesto a ocasional o esporádica-. Es aquí donde juega un papel decisivo la negociación colectiva, que bien pudiera determinar la línea divisoria entre la ocasionalidad y la habitualidad. En ausencia de dicha regulación, tan solo tienen derecho a percibir el promedio del complemento en cuestión quienes hubiesen sido retribuidos habitualmente con él, lo que debe entenderse que solo tiene lugar cuando se hubiese percibido en 6 meses o más de entre los 11 anteriores. En el caso analizado, son conceptos in genere computables en vacaciones los siguientes: nocturnidad, disponibilidad por días de guardia y flexibilidad. En cambio, debe rechazarse la incorporación en la nómina de vacaciones los siguientes: complemento por cambio horario, complemento por cambio de convocatoria, compensación por desplazamiento y el complemento de fin de semana y festivos intersemanales.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 38.

Directiva 2003/88/CE (Ordenación del tiempo de trabajo), art. 7.1.

**PONENTE:***Don Luis Fernando de Castro Fernández.***CASACION núm.: 16/2017**

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

## SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez  
D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana  
D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun  
D. Antonio V. Sempere Navarro  
D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 28 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto los recursos de casación interpuestos por los Letrados D. Francisco Carretero Palonares, actuando en nombre y representación de la Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals, S.A., y de otra, por D<sup>a</sup>. Teresa Blasi Cacho, en la representación que ostenta de D<sup>ña</sup>. Joaquina y D. Isidro contra la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2016, se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en actuaciones seguidas por D<sup>ña</sup>. Joaquina y D. Isidro frente a Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals, S.A., sobre CONFLICTO COLECTIVO.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

Por D<sup>a</sup>. Joaquina, en calidad de Presidenta del Comité de Empresa de los centros de trabajo de Catalunya, que están representados por un único Comité de Empresa en el medio Televisión (TV3) de la entidad Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals, S. A., y en representación del mismo, D. Isidro en su calidad de Delegado de personal del centro de trabajo de Madrid, que cuenta con menos de 30 trabajadores, del mismo medio Televisión (TV3) y misma empresa (Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals, S. A.) se formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sobre convenio colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia: «por la que se declare el derecho de los trabajadores y trabajadoras afectados por este conflicto a que les sean retribuidas las vacaciones conforme a su remuneración normal o media percibida en los once meses anteriores al pago y, por tanto, con inclusión de todos los conceptos que recogen el Hechos Tercero y Noveno de la demanda; condenando a la empresa al abono de las diferencias salariales que resulten de dicho reconocimiento, desde el año 2014 en adelante.- Las cantidades devengadas deberán ser incrementadas en el 10% de interés anual moratorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores ».

### 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 23 de noviembre de 2016, se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice: «Estimando parcialmente la demanda deducida por el COMITÉ DE EMPRESA y por el DELEGADO DE PERSONAL de Madrid de CCMA y estimando parcialmente la excepción de prescripción declaramos el derecho de los trabajadores y trabajadoras afectados por el presente conflicto a que se les retribuyan las vacaciones conforme a su remuneración normal o media conforme a la percibida en los once meses anteriores al pago incluyendo en la misma además del salario base y la antigüedad los siguientes conceptos;

- complemento de nocturnidad.
- complemento por disponibilidad en días de guardia.
- complemento de flexibilidad
- complemento especial matinal
- complemento especial por fraccionamiento de franjas, y condenamos a la demandada al abono de las diferencias salariales que resulten de dicho reconocimiento respecto de los periodos vacacionales disfrutados a partir del 31 de julio de 2014 en adelante»

#### Cuarto.

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « PRIMERO.- El ámbito territorial y funcional del presente conflicto colectivo se extiende a todos los trabajadores de la Corporación demandada, que tiene centros de trabajo ubicados en las Comunidades Autónomas de Cataluña - representados por un único Comité de Empresa- y Madrid- representados por un único delegado de personal.- SEGUNDO. - A dichos trabajadores, a partir del año 2.014 y bajo la vigencia de los XII (2009- 2014) y XIII ( 2015-2016) Convenios colectivos de la empresa demandada se les ha abonado en concepto de paga correspondiente a las vacaciones con la cantidad resultante de la suma su salario base correspondiente y el complemento de antigüedad.- el texto de los convenios obra en los descriptores 20 y 21- TERCERO.- El día 31 de julio de 2015 por parte de Teresa , actuando en su condición de Delegado LOLS de la Sección sindical de CGT de la CCMA, SA y en nombre e interés propio y en el todos los trabajadores representados por el órgano de representación sindical antes mencionado en el que se hacía constar que es práctica habitual de la empresa no retribuir durante el periodo vacacional los siguientes conceptos retributivos: - Art. 50 C.col complemento de nocturnidad. - - Art. 51 C.col complemento por disponibilidad en días de guardia.- - Art. 55 C. col complemento de flexibilidad.- - Art. 56 C. col complemento especial matinal.- - Art. 57 C. colectivo complemento especial por fraccionamiento de franjas.- Y considerando que dicha práctica vulneraba los arts. 7 del Convenio 132 OIT, 7 de la Directiva 2003/88 CE y 40.2 de la CE, en relación con la STJUE de 22-5-2.014 y resoluciones de esta Sala, terminaba reclamando, en síntesis: el reconocimiento del derecho de los trabajadores de CCMA, S.A a percibir su retribución salarial en el periodo vacacional con inclusión de los complementos variables mencionados en proporción a sus respectivos periodos de actividad inmediatamente anteriores a cada periodo vacacional; el consiguiente abono a cada trabajador/a de las diferencias salariales correspondientes al periodo vacacional 2014 sirviendo la presente a los efectos interruptivos de la prescripción - art. 1.973 Cc y 121.c del Código civil de Cataluña y normativa concordante; todo ello, sin perjuicio de interesar la convocatoria de una reunión con la dirección de la empresa como paso previo a la vía judicial.- descriptores 22 (petición formulada en catalán) y 23 ( traducción al castellano o español) cuyo contenido damos íntegramente por reproducido.- CUARTO.- El día 30 de junio de 2016 por parte de quién hoy acciona se interpuso papeleta de conciliación frente la demandada, celebrándose el acto de conciliación el día 12 de julio siguiente resultando sin avenencia.- descriptor 1, documental anexa a la demanda.- Se han cumplido las previsiones legales».

#### Quinto.

En los recursos de casación formalizados por los Letrados D. Francisco Carretero Palonares, actuando en nombre y representación de la Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals, S.A., y de otra, por D<sup>a</sup>. Teresa Blasi Cacho, en la representación que ostenta de D<sup>ña</sup>. Joaquina y D. Isidro se consignan los siguientes motivos:

El formalizado por el Letrado Sr. Carretero: Primero.- Al amparo de lo establecido en el artículo 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , por infracción del artículo 66 del Convenio colectivo aplicable, en relación con el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores .- Segundo.- Al amparo de lo establecido en el artículo 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , por infracción del artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores .- Tercero.- Al amparo de lo establecido en el artículo 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , infracción del artículo 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social (LRJS ), en relación con los artículos 153 a 162, que regulan la modalidad procesal del conflicto colectivo.

El formulado por la Letrada Sra. Blasi: PRIMERO.- Se postula la infracción, por incorrecta aplicación, del artículo 7 del Convenio 132 de la OIT, en relación con los artículos 7 de la Directiva 2003/88/CE y 40.2 de la

Constitución española , de conformidad con la jurisprudencia internacional y nacional que interpretan dicha normativa.- SEGUNDO.- Se postula la infracción, por incorrecta aplicación, del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 38 del mismo texto legal . -

#### **Sexto.**

Transcurrido el plazo concedido para impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar improcedente el recurso.

#### **Séptimo.**

Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 13 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

1.- Como se indica en «antecedentes», la SAN 23/Noviembre/16 [autos 292/16] acogió parcialmente el Conflicto Colectivo planteado por la RLT de la «Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals» y declaró el derecho de los trabajadores a percibir en vacaciones el promedio de diversos complementos [nocturnidad; disponibilidad; flexibilidad; especial matinal; y fraccionamiento de franjas] y condenó al abono de las diferencias resultantes.

2.- Decisión de la que discrepan tanto la empresa articulando tres motivos: a) infracción del art. 66 del Convenio Colectivo aplicable, en relación con el art. 38 ET y jurisprudencia aplicable, por considerar que la sentencia ha extendido indebidamente el importe retributivo de vacaciones a los referidos importes; b) infracción del art. 59.2 ET , por entender que la recurrida reconoce al derecho un alcance temporal superior al debido; c) vulneración del art. 230 LRJS , en relación con los arts. 153 a 162 de la misma Ley , por no haberse procedido a devolver el aval bancario presentado -sin que legalmente fuese exigible- cuando fue solicitada su devolución.

Por su parte, también la RTL formula casación y con dos motivos: a) en el primero de ellos la denuncia se concreta en infracción del art. 7 Convenio 132 OI y art. 7 de la Directiva 2003/88 y 40.2 CE , por haberse excluido de la retribución de vacaciones a los complementos de cambio de horario, cambio de convocatoria y desplazamientos; y en el segundo de los motivos se mantiene la incorrecta aplicación del art. 59 ET, en relación con el 38 del mismo texto legal , por -se mantiene- indebido cómputo del plazo de prescripción.

3.- Como es de observar, los motivos primero y segundo del recurso de la empresa tienen idéntico objeto -siquiera con pretensión opuesta- a los dos desarrollados en el recurso de la RLT, lo que justifica el examen conjunto de los coincidentes. Y el tercero de la empresa suscita una cuestión de índole procesal que por afectar al ámbito del recurso de casación nos parece preferible resolver en primer término.

#### **Segundo.**

Sobre esta última cuestión, relativa a la devolución del aval bancario, debemos recordar que los recursos únicamente se dan contra el fallo ( SSTS 15/06/15 -rco 164/14 -; SG 20/10/15 -rco 172/14 -; 20/04/16 -rco 228/15 - ), hasta el punto de que incluso «es reiterada la jurisprudencia en la que se establece que no cabe estimar el recurso o un motivo concreto cuando haya de mantenerse inalterado el pronunciamiento o fallo de la sentencia recurrida, aunque pudieran aplicarse otros fundamentos jurídicos a los que se tuvieron en cuenta por la sentencia impugnada» ( STS SG 21/05/15 -rco 257/14 -). Y el motivo de que tratamos no va dirigido a combatir aspecto alguno de la parte dispositiva, siquiera la misma se haga referencia "tipo" a que «... en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena... », sino que con el mismo se pretende impugnar la ausencia de resolución judicial sobre la solicitud de devolución de un aval bancario presentado de manera cautelar, lo que en modo alguno puede constituir objeto del presente recurso de casación, legalmente limitado -este es su posible objeto- a los términos de la sentencia.

Ello con independencia de que en esta resolución la Sala deba en todo caso hacer pronunciamiento expreso sobre el destino del referido aval bancario, como imperativa disposición del art. 235 LJS, pero como necesario pronunciamiento accesorio de la sentencia y no como respuesta a un motivo de casación improcedentemente articulado como tal. Ahora bien, como la cuestión tratada -destino del aval- hubiese justificado que la recurrente formulase oportunas e igualmente accesorias alegaciones, como tales hemos de considerar las contenidas en el motivo indebidamente formulado y a ellas daremos respuesta al final de esta fundamentación jurídica.

### Tercero.

Como previamente indicamos, los dos motivos -de empresa y RLT- destinados a la inclusión o exclusión de los diversos complementos en la retribución de vacaciones, al versar sobre la misma materia también han de tener una respuesta conjunta. Y en su justificación hemos de partir de nuestra más reciente doctrina de la Sala, que matizando o rectificando precedentes de la Sala puede resumirse en los siguientes puntos:

A.- 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».

B.- «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»»

C.- «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».

D.- La obligada consideración de la necesidad de hacer «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».

E.- Frente a la afirmación demandante de la regularidad o habitualidad en las percepciones mensuales aunque sus cuantías fueran variables, es a la empresa a la que corresponde la carga de la prueba de desmontar ese punto de partida de la reclamación y de que trata de percepciones excepcionales, al ser ella que dispone de «disponibilidad y facilidad probatoria» al respecto, conforme a las previsiones que en orden a la carga de la prueba dispone el art. 217 LECiv (con algunas variaciones en la redacción de los argumentos, SSTS SG 08/06/16 -rcv 207/15-, asunto «Telefónica Móviles España, SAU»; SG 08/06/16 -rcv 112/15 -, con la misma demandada «Asociación Española Contact Center»; 09/06/16 -rcv 235/15-, asunto «Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones »; 16/06/16 -rcv 146/15 -, para «Asociación de Contact Center»; SG 30/06/16 -rcv 47/15-, asunto «Swissport Spain, SL »; 15/09/16 -rcv 258/15-, asunto «FES »; 29/09/16 -rcv 233/15-, asunto «Alstom Transporte »; 14/02/17 -rcv 45/16 -, para «ACESA»; 21/03/17 -rcv 80/16-, asunto «ADIF »; y 20/07/17 -rcv 261/16-, para «FGC»).

#### Cuarto.

1.- Con carácter previo al examen de las concretas denuncias relativas a los diversos complementos y en justificación de la solución que adoptaremos, nos parece oportuno poner destacar que aunque la decisión recurrida parece en principio seguir fielmente nuestra doctrina, sin embargo en su conclusión se aparta de ello.

Nos explicamos: con arreglo a nuestros criterios -los expuestos en el precedente fundamento de derecho-, 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 ella, 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.

2.- Pues bien, la sentencia recurrida sigue adecuadamente nuestra doctrina cuando vincula el cómputo de los pluses en Convenio Colectivo a su habitualidad en la actividad ordinaria de la empresa, pues con ella se justifica la pretensión de que tales complementos puedan formar parte de la retribución «ordinaria» de los trabajadores, en tanto que colectivo. Ahora bien, la solución de la Audiencia Nacional se aparta de nuestro criterio cuando en la parte dispositiva declara el derecho de todos los trabajadores a que en la paga de vacaciones se le abone la remuneración media percibida por tales complementos, sin distinguir entre quienes ocasionalmente realizaron la actividad determinante del plus y quienes lo hicieron con habitualidad, siendo así que -conforme a nuestra jurisprudencia- la esporádica percepción de un determinado complemento por parte de un concreto trabajador no comporta su obligada inclusión en la retribución de vacaciones, en tanto que -hemos argumentado- el devengo ocasional del mismo es idea diversa de su percepción «ordinaria», que es -insistimos- la que ha de ser tenida en cuenta en la remuneración del descanso anual.

#### Quinto.

1.- Coincidimos con la decisión recurrida cuando sostiene la procedencia de incluir -como concepto «in genere» computable- en vacaciones los siguientes complementos previstos en el Convenio Colectivo y en este trámite cuestionados:

a).- Nocturnidad [art. 50].- Aceptamos su inclusión, porque tal complemento retribuye una actividad normal y ordinaria en la empresa, que consiste en la difusión de programas de televisión las 24 horas del día, y remunera la mayor penosidad que ocasiona el trabajo nocturno, sin que sea viable limitar esa retribución -como la recurrente sostiene- a los trabajadores que de forma permanente realicen más de cinco horas de la jornada diaria entre las 22:00 y las 6:00 horas, y se excluya a quienes no tengan esa jornada permanente; además tal conclusión -incluir su devengo en la retribución de vacaciones- cuenta con los precedentes que significan las SSTS 29/09/16 -rcv 233/15-, asunto «Alstom Transporte» y SG 30/06/16 -rcv 47/15-, asunto «Swissport Spain, SL».

b).- Disponibilidad por días de guardia [art. 51].- También es computable, siendo así que tal plus gratifica una situación -contar con trabajadores para atender necesidades imprevistas- que es usual e imprescindible para atender la normal actividad de la empresa, sin que tampoco sea de recibo el argumento de que no se trata de «una disponibilidad durante la jornada ordinaria, sino una vez finalizada su jornada de trabajo ordinaria», pues ni el argumento es correcto a la vista de la redacción del precepto [el art. 51 lo refiere al «personal que voluntariamente acepte estar de guardia en días de fiesta o de descanso, por si la empresa le requiere sus servicios...»], ni en todo caso comportaría su exclusión retributiva en vacaciones, sino que la corrección de la denuncia exigiría una referencia fáctica -inexistente- a un devengo esporádico que justificase su exclusión en el Convenio como concepto computable; también cuenta con el precedente de la citada STS 29/09/06 -rcv 233/15 - [guardia/disponibilidad].

c).- Flexibilidad [art. 55].- Fracasa la denuncia, desde el momento en que el recurso parte de una consideración que carece de apoyo fáctico, en tanto que ni consta en el relato de hechos ni se pretende una modificación «ad hoc», limitándose a afirmar que los «cambios en la planificación de los trabajadores ... se dan de forma esporádica», y haciendo una afirmación que en manera alguna podemos admitir, la de que sólo procede la repercusión del citado complemento en vacaciones cuando la flexibilidad sea «consolidada» con arreglo al Convenio Colectivo, esto es, «cuando el trabajador haya estado adscrito a horario flexible durante un tiempo igual o superior a 40 meses dentro de un periodo de 4 años». Afirmación que en absoluto es acorde a la doctrina de la Sala que hemos reproducido en el precedente fundado.

d).- Especial matinal [art. 56].- Igual suerte ha de correr, pues al estar referido el mismo a los trabajadores sujetos al régimen de turnos y determinado por tales especiales circunstancias a que está sometido el trabajo de los mismos está claro que no puede negarse su habitualidad y por ello situarlo en la zona de «certeza».

e).- Ruptura de franjas [art. 57].- Este complemento afecta al mismo colectivo de trabajadores en régimen de turnos y su misma habitualidad también comporta su cómputo en vacaciones, sin que pueda aceptarse el argumento recurrente de que «ya está calculado de forma que debería entenderse que está pagado en vacaciones, por cuanto que para su cálculo se toma el salario anual dividido por 11 (a diferencia del resto de complementos, que se calculan tomando el salario anual dividido por 12)».

No aceptamos tal planteamiento recurrente, porque conforme a nuestra reiterada doctrina -referida en el precedente fundamento jurídico-, aunque la fijación por la negociación colectiva de esa «retribución ordinaria» [Directiva 2003/88] o «remuneración normal o media» [art. 7.1 Convenio 132 OIT], «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, aunque se trate de un concepto jurídico indeterminado». Y qué duda cabe -así lo afirmamos en sentencia de esta misma fecha en el recurso 47/17 - que «conforme a elemental cálculo aritmético el "promedio" -diario, semanal o mensual- de unas determinadas percepciones periódicas no puede sino obtenerse a través de una división en la que el dividendo está constituido por la cantidad total entregada durante todo el periodo de cálculo y el divisor está determinado por el número de elementos temporales -días, semanas o meses- cuyo promedio perceptor se trata de calcular». Por lo que dividir los ingresos percibidos por complementos durante los 11 meses de actividad precisamente por este mismo periodo de tiempo -11 meses- lo que llevamos a cabo es precisamente la operación debida para obtener el "promedio" de tales complementos, con lo que -sin entrar a calificar el cálculo de los restantes complementos en forma diversa, porque no ha sido planteado-, esa fórmula utilizada por el art. 57 del Convenio en manera alguna implica que con ello haya de entenderse

retribuido el complemento durante las vacaciones, sino tan sólo la adecuada operación matemática para obtener la retribución promediada, ajustándola a elementales reglas de aritmética y sin incurrir en mermas -las de los restantes cálculos- cuya validez o nulidad no cumple examinar en los presentes autos.

2.- Ahora bien, tal como hemos indicado en el precedente fundamento de derecho, esta «habitualidad» de los referidos pluses en la actividad ordinaria de la empresa justifica su necesaria inclusión en el Convenio Colectivo como obligado factor de cálculo en la retribución de las vacaciones, pero ello no significa que proclamemos un derecho automático a su cómputo para todo trabajador que en alguna ocasión hubiera percibido el complemento en cuestión, sino que tan sólo tiene derecho a percibir su «promedio» quienes hubiesen sido retribuidos habitualmente con él, lo que -a falta de especificación convencional- hemos de entender que sólo tiene lugar cuando se hubiese percibido en seis o más meses de entre los once anteriores. Lo que supone que nuestra decisión será correctora en este punto, en el que la recurrida se desvió claramente de nuestra doctrina.

#### Sexto.

1.- Por su parte, el primer motivo del recurso de casación interpuesto por los accionantes versa sobre los siguientes complementos, cuya incorporación en la nómina de vacaciones rechazamos:

a).- Complemento por cambio horario [art. 52, en relación con el 24.2.2].- Se rechaza porque alude a un supuesto extraordinario de cambio de turno por la necesidad de suplir la baja de un trabajador por causas personales, y la propia redacción de su concepto evidencia el «carácter extraordinario o excepcional» que le atribuye la decisión recurrida y que justifica que no se le puede conceptuar como parte de la retribución ordinaria, resultando a todas luces gratuitas -por no constar con apoyo en el relato fáctico- las afirmaciones que hace el recurso de la RLT respecto de que «se abona de forma habitual y corriente» y que el cambio de turno «es una circunstancia propia de determinados puestos de trabajo como el de los operadores de imagen o el de los técnicos de explotación, entre otros».

b).- Complemento por cambio de convocatoria [art. 53, en relación con el art. 24.2.2 y 3 del Convenio].- Sirva para justificar su exclusión -y el rechazo de la infracción normativa que se denuncia- que se trata del precedente complemento, aplicable cuando se trata de las mismas situaciones pero sin preaviso con antelación mínima de 24 horas; diferencia temporal que acusa aún más la excepcionalidad de su devengo, sin que tenga apoyo alguno la afirmación recurrente que los cambios de convocatoria «son del todo corrientes en una empresa cuya actividad es la comunicación audiovisual...».

c).- Compensación por desplazamiento [art. 59, en relación con 45].- No puede prosperar la denuncia relativa a tal complemento, en tanto que su propia denominación como «compensación» denota -como argumenta la sentencia recurrida- naturaleza indemnizatoria y por lo mismo no repercutible como retribución «ordinaria» en vacaciones; aparte de que su razón de ser -viajes- excluye su cualidad retributiva «ordinaria».

d).- Complemento de fin de semana y festivos intersemanales [ sic ] [art. 60, en relación con los arts. 31.3 y 24.2.4].- A lo que entendemos, la regulación convencional de este complemento, lo sitúa en la zona de duda -el llamado «halo»- y lo somete a la escasa discrecionalidad que en la materia tiene la negociación colectiva, porque -efectivamente-: de un lado, la propia norma convencional habla de los trabajadores que «deban trabajar ocasionalmente el sábado, el domingo o los festivos intersemanales», contraponiéndolos a los que tengan «los horarios de fin de semana»; y de otra parte, como el complemento se abona al trabajador que «ocasionalmente» preste el indicado servicio y a la par no opte por los descansos compensatorios, puede decirse con la STS 30/06/16 [rco 47/15, asunto «Swissport Spain, SL »] que la «renuncia al descanso recuperatorio conlleva unas horas de trabajo extra que son retribuidas con un recargo que, especialmente, compensa por esa renuncia. Se trata, por tanto, de un trabajo extraordinario que es remunerado de forma extraordinaria, lo que, según nuestra doctrina tradicional, impide considerarlo retribución ordinaria». En todo caso, nos parece claro que la ambigüedad del supuesto aconseja aceptar la discrecionalidad en su regulación y la solución dada por los negociadores colectivos.

#### Séptimo.

1.- El motivo -también común- dirigido a denunciar infracción normativa en relación a la prescripción, por fuerza ha de partir de los HDP y de la propia resolución adoptada por la Audiencia Nacional:



a).- Se declara probado que en 31/07/15, el Delegado LOSS de la CGT «en nombre e interés propio y en el de todos los trabajadores representados por el órgano de representación sindical antes mencionado» reclamó la retribución en vacaciones de los cinco complementos cuyo cómputo que han sido reconocidos en sentencia [nocturnidad; disponibilidad; flexibilidad; especial matinal; fraccionamiento de franjas], para concluir reclamando «el reconocimiento de todos los trabajadores de CCMA, SA su percibir su retribución salarial en el periodo vacacional con inclusión de los complementos variables mencionados...» .

b).- La recurrida declara prescrita -para la generalidad de los trabajadores de la empresa- todos los créditos relativos a periodos vacacionales disfrutados con anterioridad al 31/07/2014.

**2.-** Rechazamos la denuncia efectuada al respecto por uno y otro recurso, la empresa pretendiendo que la interrupción de la prescripción por la actuación del Delegado sindical de la CGT únicamente alcance a sus afiliados, y la RTL sosteniendo que la interrupción alcanzaba a todas las diferencias salariales devengadas «por todo el año 2014 y relativas a los conceptos que la sentencia ahora recurrida estimó que debían incluirse...».

a).- Respecto de la pretensión de la empresa, porque: a) es hecho declarado probado que el Sindicato CGT tiene implantación suficiente en el ámbito del conflicto [FJ Octavo, con valor de HDP: recientes, SSTS 02/06/16 -rco 136/15 -; 22/06/16 -rco 250/15 -; y SG 26/10/16 -rcud 2913/14 -] y ello le otorga legitimación para «accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores»; b) aunque el encabezamiento de la reclamación de CGT parezca limitarse a sus afiliados, lo cierto es que en el cuerpo del escrito solicita el reconocimiento del derecho para «todos los trabajadores» y la trascendencia de esta solicitud para todos ellos no puede negarse, habida cuenta de su legitimación para hacerlo y porque la «al ser la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva» (recientes, SSTS 16/02/16 -rcud 1756/14 -; 08/04/16 -rco 285/14 -; y 01/02/17 -rco 78/16 -).

b).- En lo que se refiere a la pretensión de la RLT, su planteamiento no ofrece consistencia lógica, pues una cosa es que las vacaciones puedan disfrutarse en el curso del año y otra muy diversa es que la prescripción de una reclamación por diferencias en su retribución inicie su cómputo precisamente el día final del año, siendo así que - como es notorio- «el dies a quo para el transcurso de la prescripción se inicia el día en que la acción pudo ejercitarse, tal como inequívocamente refiere el art. 1969 CC » ( SSTS 25/05/92 -rcud 1160/91 -; 26/07/94 -rcud 290/93 -; 29/09/94 -rcud 2726/93 -; ... 21/10/10 -rcud 659/10 -; y 13/07/15 -rco 221/14 -), lo que en el presente caso conduce a la fecha en que tales vacaciones fueron disfrutadas y retribuidas, de forma que interrumpida la prescripción por la reclamación -citada- de la CGT en 31/07/15, es del todo ajustado a derecho proclamar -como la decisión recurrida hizo- que estaban prescritas las reclamaciones referidas a las vacaciones disfrutadas -y abonadas, lógicamente- antes de 31/07/14.

### **Octavo.**

**1.-** Todas estas consideraciones coinciden con la solución que informa el Ministerio Fiscal en su informe y -por ello- a desestimar en su integridad los recursos formulados, sin que proceda la imposición de costas a ninguna de las partes [art. 235.2 LJS].

**2.-** En todo caso, tal como avanzamos en el FJ Segundo, procede que la Sala efectúe pronunciamiento sobre la procedencia o improcedencia del aval bancario presentado cautelarmente por la empresa. Y al respecto hemos de indicar que en principio tal obligación de aseguramiento -consignación o aval- únicamente procede respecto de sentencia que «hubiere condenado al pago de cantidad» [art. 230.1 LJS] o que -tratándose de sentencia colectiva- el pronunciamiento sea susceptible de ejecución [art. 260.3 LJS], pero «... para que la declaración general que contiene normalmente la sentencia colectiva pueda transformarse en un pronunciamiento de condena ejecutable sería necesario que se precisaran los elementos necesarios que en plano subjetivo y objetivo determinan la existencia de una obligación exigible. Sólo cuando concurren esos elementos existe una condena que puede ser ejecutada» [ SSTS 28/05/02 -rco 1172/01 -; 11/10/11 -rco 187/10 -; 20/03/12 -rco 18/11 -; 28/03/12 -rco 48/11 -; 26/06/12 -rco 19/11 -; y 15/11/12 -rco 251/11 -]» ( SSTS 18/06/13 -rco 108/12 -; y 07/10/15 -rco 247/14 -), conforme a la prevención de que la demanda colectiva -para ser ejecutiva- «deberá contener, en su caso, la concreción de los

datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena y especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado» Y como en el caso de autos ni la condena contempla cantidad alguna, ni la demanda ni los HDP contienen datos precisos de los que derivar la ejecución de la sentencia, es claro que no era preciso presentar aval bancario para recurrir y procede ahora -como se solicita- acordar su devolución.

## FALLO

Por todo lo expuesto,

### EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación de la empresa «CORPORACIÓ CATALANA DE MITJANS AUDIOVISUALS, SA», y desestimar el formulado por el Comité de Empresa y el Delegado de Personal del centro de trabajo en Madrid.

2º.- Confirmar la procedencia de incluir como conceptos computables en el cálculo de la retribución de vacaciones -aparte de los conceptos ya recogidos en el Convenio Colectivo de aplicación- los complementos de nocturnidad, disponibilidad en días de guardia, flexibilidad, especial matinal y fraccionamiento de franjas.

3º.- Declarar el derecho de los trabajadores que hubiesen percibido tales complementos seis o más meses de entre los once precedentes -en la misma proporción si la prestación de servicios fuese inferior-, a que en la retribución de vacaciones se le abone el promedio satisfecho por tales conceptos.

4º.- Condenar a la empresa demandada a que les abone la diferencia salarial por el referido concepto respecto de los periodos vacacionales disfrutados a partir del 31/Julio/2014 en adelante.

5º.- Acordar la devolución del aval bancario presentado por la empresa y que declarar que no procede la imposición de costas a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

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.