

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 995/2018, de 29 de noviembre de 2018

Sala de lo Social

Rec. n.º 167/2017

SUMARIO:

Conflicto colectivo. Sector de residencias privadas de tercera edad. Inclusión del plus de asistencia en la retribución de las vacaciones. Teniendo en cuenta que el trabajador debe percibir durante las vacaciones su retribución ordinaria, normal o media y que puede existir una zona de duda en función del concreto trabajo realizado, de forma que la calificación de determinada retribución como ordinaria o extraordinaria dependa de las circunstancias concurrentes (particularmente la habitualidad en su ejecución), corresponde a la negociación colectiva determinar la línea divisoria entre la ocasionalidad y la habitualidad. En el supuesto analizado, la estructura retributiva del convenio colectivo comprende determinados pluses, además del salario base –que, por virtud de dicha norma, lógicamente, integra la retribución de las vacaciones– y las gratificaciones extraordinarias. De entre ellos, el plus de asistencia tiene atribuido un carácter mensual y por los once meses del año, esto es, por todo el tiempo en que existe actividad laboral. Además, es un importe fijo y se abona en función de los concretos días en que se ha prestado servicios en cada mes. En estas circunstancias, es evidente que estamos ante un concepto retributivo que puede considerarse como ordinario, habitual y periódico y que, por consiguiente, debe figurar en el abono de las vacaciones. Y ello porque el propio convenio colectivo no lo excluye, como tampoco incluye ningún concepto específico, sino que, simplemente, quiere que la paga de vacaciones se retribuya con conceptos fijos y periódicos. Y tal condición la tiene el plus de asistencia en tanto que se abona durante todos los meses del año en que se prestan servicios y, por tanto, está vinculado a la actividad laboral, por lo que goza de la condición de habitual y no es esporádico, sin que el hecho de que ese abono lo sea en atención a los días de servicios efectivos venga a alterar aquel carácter porque, en definitiva, la retribución en vacaciones viene a comprender lo que ordinariamente percibe el trabajador por su actividad laboral y el plus de asistencia atiende a esa misma finalidad y, también, viene a justificar el periodo de descanso efectivo que persigue la figura de las vacaciones retribuidas.

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 38.1.

Resolución de 6 de noviembre de 2013 (Convenio colectivo del sector de residencias privadas de la tercera edad de la Comunidad Autónoma de Galicia para los años 2009-2015), arts. 30 y 33.

PONENTE:

Doña María Luz García Paredes.

CASACION núm.: 167/2017

Ponente: Excm. Sra. D.ª Maria Luz Garcia Paredes

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea
D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana
D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun
D. Sebastian Moralo Gallego
D^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 29 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado Sr. López de Castro Ruiz, en nombre y representación de la Confederación Intersindical Galega (CIG) al que se adhiere el Sindicato de Comisiones Obreras de Galicia (CC.OO.), contra la sentencia de 25 de abril de 2017 dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, en el procedimiento núm. 45/2016, seguido a instancia de los Sindicatos Confederación Intersindical Galega (CIG), Unión Xeral de Traballadores (UGT), y Sindicato de Comisiones Obreras de Galicia (CC.OO.), contra la Asociación de Residencias Gallegas de la Tercera Edad (AGARTE), y la la Asociación de Residencias e Centros de Ancians de Iniciativa Social (ACOLLE), sobre conflicto colectivo.

Han comparecido en concepto de recurridas, la Asociación de Residencias Gallegas de la Tercera Edad (AGARTE) y la Asociación de Residencias e Centros de Ancians de Iniciativa Social (ACOLLE), representadas respectivamente por los letrados Sr. Ríos González y Sr. Molina Schmid.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luz Garcia Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por la representación de los Sindicatos CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG), UNION XERAL DE TRABALLADORES (UGT) y el SINDICATO COMISIONS OBREIRAS (CC.OO.), se presento ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia demanda de conflicto colectivo frente a la ASOCIACIÓN DE RESIDENCIAS GALLEGAS DE LA TERCERA EDAD (AGARTE), y ASOCIACIÓN DE RESIDENCIAS E CENTROS DE ANCIANS DE INICIATIVA SOCIAL (ACOLLE), en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia estimatoria de la demanda de conformidad con lo pedido en la misma.

Segundo.

Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

Tercero.

El día 25 de abril de 2017, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que rechazando la excepción de inadecuación de procedimiento, desestimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por los Sindicatos demandantes CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG), UNION XERAL DE TRABALLADORES (UGT) y el SINDICATO COMISIONS OBREIRAS (CC.OO.). En consecuencia, absolvemos libremente a las demandadas ASOCIACIÓN DE

RESIDENCIAS GALLEGAS DE LA TERCERA EDAD (AGARTE), y ASOCIACIÓN DE RESIDENCIAS E CENTROS DE ANCIANS DE INICIATIVA SOCIAL (ACOLLE)".

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO. El presente Conflicto colectivo planteado por los Sindicatos demandantes CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), UNIÓN XERAL DE TRABALLADORES (UGT) y el SINDICATO COMISIONS OBREIRAS (CC.OO.), es de ámbito gallego y afecta al personal sometido al Convenio colectivo del sector de Residencias Privadas de la Tercera edad de Galicia, publicado en el DOG de 27 de noviembre de 2013.- SEGUNDO. El citado Convenio colectivo regula en su artículo 33 la estructura retributiva, y en su apartado c) establece un plus de asistencia en los siguientes términos: "todos/as los/las trabajadores/as percibirán un plus de asistencia mensual cuyo importe será fijado en las tablas salariales de cada año de vigencia del convenio. Este plus será abonado en 11 mensualidades".- TERCERO. La cuantía mensual del plus de asistencia viene fijada en las tablas salariales del Convenio en la cantidad de 71,47 € para 2015 y 2016, y en 72,61 € para el año 2017. En las hojas de salarios que se aportan por ambas partes el citado plus se abona por las empresas a cada trabajador en función de los días trabajados. No se abona en la retribución de las vacaciones.- CUARTO. En las negociaciones que se han venido llevando a cabo para la aprobación de un nuevo Convenio colectivo del sector de Residencias Privadas de la Tercera edad de Galicia -que sería el IV-, consta en el Acta de la reunión de la Comisión Negociadora celebrada el 2 de agosto de 2016, en relación con el plus de asistencia, que: "por la representación empresarial se propone su inclusión en el salario bruto anual, de manera que la cuantía anual del plus de asistencia no variaría pero ya no dependería de la asistencia del trabajador a su puesto de trabajo ".- En la reunión de dicha Comisión Negociadora, celebrada el 29 de septiembre de 2016, la representación sindical efectuó la siguiente propuesta: "Plus de asistencia: incluirlo en el salario base manteniendo el importe actual por 12 pagas".- En la reunión de la misma Comisión Negociadora, celebrada el 26 de octubre de 2016, las partes llegaron a un acuerdo sobre los puntos que mencionan " que quedan supeditados al acuerdo sobre la totalidad del Convenio ". Entre esos puntos de acuerdo se cita el plus de asistencia que: "Pasará a pagarse en el mes de vacaciones con efectos de 2017, de manera que se pagarán 12 mensualidades".- En la reunión de la Comisión Negociadora, celebrada el 14 de noviembre de 2016, la parte sindical manifestó de forma expresa que: "rechaza la propuesta empresarial efectuada por considerarla insuficiente, y que no satisface las pretensiones de la parte sindical, dando esta parte por suspendidas las negociaciones". La parte empresarial mantiene la propuesta efectuada en la última reunión de la Comisión Negociadora.- Aunque se celebraron dos reuniones más, la última el 24 de enero de 2017, por ahora no se ha producido acuerdo para la aprobación del IV Convenio colectivo.- QUINTO. El Convenio actual establece respecto a las vacaciones que: El período de vacaciones anuales será retribuido, entendiéndose comprendido en el importe de ellas el salario base, la antigüedad y cualquier otro concepto fijo o periódico.- SEXTO. Se presentó demanda de conflicto colectivo en 27 de diciembre de 2016, que fue admitida a trámite por Decreto de fecha 13 de enero de 2017".

Cuarto.

Por la representación de la Confederación Intersindical Galega (CIG) y por el Sindicato de Comisiones Obreras de Galicia (CC.OO.), se formaliza recurso de casación contra la anterior sentencia, en el que se formuló un único motivo de casación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 207e) LJS, al haber infringido la sentencia las siguientes normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia: art. 38.1 ET, art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT y art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE; SSTs 8 de junio de 2016 (rec. 112/2015 y 207/2015).

Quinto.

Personada la parte recurrida y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar improcedente el recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 20 de noviembre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, el 25 de abril de 2017, en proceso de conflicto colectivo seguido bajo el núm. 45/2016, ha desestimado la demanda en la que se reclama por las organizaciones sindicales demandantes, la declaración de nulidad de la práctica empresarial consistente en retribuir las vacaciones excluyendo el complemento de asistencia, con la correlativa declaración de abono de este en dicho periodo vacacional.

Frente a dicha resolución judicial se ha interpuesto por la parte actora recurso de casación en el que, como único motivo del recurso y al amparo del apartado e) del art. 207 de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 38.1 del ET, art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT y art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, así como la doctrina recogida en la STS de 8 de junio de 2015, R. 112/2015 y 207/2015.

Según la parte recurrente, y atendiendo a lo que dispone el art. 33 c) del Convenio Colectivo del Sector de Residencias Privadas de la Tercera Edad de Galicia y de que la cuantía del plus de asistencia es mensual, este concepto retributivo no viene definido en el Convenio, se cuantifica en una cantidad única, mensual y que se recoge en las tablas salariales de cada año, por lo es fijo y periódico. La única particularidad que presenta es que solo se abona en once meses del año y no en el único mes que no se trabaja, por ser el de vacaciones anuales. Por todo ello es por lo que, a su juicio, procede que sea incluido en la retribución del mes de vacaciones al responder a una retribución normal y habitual.

El Sindicato CCOO se ha adherido al recurso sin mayor manifestación al respecto.

Por otro lado, el recurso ha sido impugnado por la parte demanda AGARTE al entender que el plus de asistencia no puede ser incluido en la retribución de las vacaciones, tal y como ha resuelto la sentencia recurrida, partiendo de la doctrina del TJUE y la que, a su luz, ha elaborado esta Sala., con cita de la STS de 14 de febrero de 2017, R. 45/2016 y 30 de enero de 2017, R. 44/2016, ya que el concepto retributivo objeto de debate solo se abona cuando existe una prestación efectiva de trabajo, para resarcir la asistencia al mismo. Todo ello, además, partiendo de que el Convenio Colectivo ya establece el pago en once meses del citado plus. No es hasta la negociación del IV Convenio Colectivo cuando se trata de alcanzar un acuerdo de abonarlo en 12 meses, mediante su inclusión en el salario base, lo que no alcanzó éxito. En definitiva, el plus se abona por la asiduidad al puesto de trabajo y solo se percibe cuando se trabaja.

En el mismo sentido se pronuncia el escrito de impugnación de la codemandada ACOLLE que, en esencia, viene a negar que deban incluirse en la retribución de las vacaciones todos los conceptos retributivos que venga percibiendo el trabajador porque ello haría innecesaria la doctrina que se pretende aplicar de contrario. En conclusión, entiende que el plus en cuestión retribuye la efectiva asistencia al centro de trabajo y por ello no puede integrarse en la retribución de las vacaciones.

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que considera que el recurso es improcedente porque ni la STJUE, de 22 de mayo de 2014, C-139/12, ni la doctrina del TS que se invoca son aplicables al caso al atender a otras circunstancias ya que aquella doctrina se ampara en situaciones en las que de no existir la inactividad vacacional, el trabajador seguiría percibiendo la retribución que es habitual, lo que no se puede identificar con el plus de asistencia que, desde luego, no estaría presente en periodo de inactividad.

Segundo.

- El motivo debe ser estimado porque la sentencia recurrida ha incurrido en la infracción que se denuncia.

Según los hechos probados y lo que con tal valor se recogen en la fundamentación jurídica de la sentencia, el Convenio Colectivo del Sector de Residencias Privadas de la Tercera Edad de Galicia, publicado en el DOG de 27 de noviembre de 2013 regula, en su artículo 33, la estructura retributiva, y en su apartado c) establece un plus de asistencia en los siguientes términos: "todos/as los/las trabajadores/as percibirán un plus de asistencia mensual cuyo importe será fijado en las tablas salariales de cada año de vigencia del convenio. Este plus será abonado en 11 mensualidades". En la reunión de dicha Comisión Negociadora, celebrada el 29 de septiembre de 2016, la representación sindical efectuó la siguiente propuesta: "Plus de asistencia: incluirlo en el salario base manteniendo el importe actual por 12 pagas". En la reunión de la misma Comisión Negociadora, celebrada el 26 de octubre de 2016, las partes llegaron a un acuerdo sobre los puntos que mencionan " que quedan supeditados al acuerdo sobre la totalidad del Convenio". Entre esos puntos de acuerdo se cita el plus de asistencia que: "Pasará a pagarse en el mes de vacaciones con efectos de 2017, de manera que se pagarán 12 mensualidades". El Convenio actual establece respecto a las vacaciones que: El período de vacaciones anuales será retribuido, entendiéndose

comprendido en el importe de ellas el salario base, la antigüedad y cualquier otro concepto fijo o periódico. El plus de asistencia se abona en función de los días trabajados.

La sentencia recurrida, tras una razonada y extensa recopilación de la normativa y doctrina jurisprudencial en la materia, relativa a la retribución de las vacaciones, ha entendido que, a la vista de la regulación del Convenio, el plus de asistencia no es un concepto retributivo fijo o periódico, ni se encuentra vinculado a la ejecución de tareas relacionadas con el contrato de trabajo. El citado plus solo se percibe, según la Sala de suplicación, "cuando se trabaja, por lo que su pago no puede repercutir en la remuneración de las vacaciones. Y es que si no se percibe cuando no se asiste al trabajo, tampoco puede percibirse durante las citadas vacaciones ya que, en otro caso, se colocaría al trabajador en una situación que, desde el punto de vista del salario, no sería comparable a los períodos de trabajo", por lo que no puede integrar la retribución de las vacaciones.

Tercero.

- La regulación en la materia de la que hay que partir, aunque ya la indica la sentencia recurrida, es la siguiente.

El Convenio 132 OIT, dispone en su artículo 7.1 que, "Toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración 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".

En esta regulación se viene a establecer, según ha sido denominado por la jurisprudencia, el principio de equivalencia en el sentido de que en la retribución de las vacaciones deben ser computados los conceptos salariales que no tuvieran la condición de extraordinarios, pero prevaleciendo el criterio de que es el convenio colectivo el encargado de fijar el montante retributivo, siempre que respeto los mínimos de derecho necesario. Así lo recuerda la jurisprudencia, como la recogida en la STS de 3 de octubre de 2007 R. 2083/2006, entre otras.

Con la Directiva 2003/88 CE, regula en su art. 7 el derecho a las vacaciones se vendría a perfilar los criterios jurisprudenciales en la materia. Este precepto dispone que "los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que los trabajadores dispongan de un período de, al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad a las condiciones de obtención y concesión establecidas por la regulación nacional".

Pues bien, la jurisprudencia comunitaria, como la recogida en la STJUE, de 22 de mayo de 2014, caso Lock, TJCE 2014/191, asunto C-539/12, vino a ofrecer un criterio interpretativo del régimen normativo al indicar que durante las vacaciones el trabajador debe percibir la "retribución ordinaria" y "comparables a los periodos de trabajo". Ello vino a significar la necesidad de encajar el ámbito de regulación del convenio colectivo producto de la negociación colectiva, en aquellas directrices

En efecto, nuestra legislación parte del artículo 40.2 de la CE en el que se dice lo siguiente: "Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados"

Además, el artículo 38 .1, ET dispone que "El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales"

A la vista de todas estas regulaciones, la jurisprudencia ha elaborado la siguiente doctrina. Como recuerda la STS de 16 de mayo de 2018, R. 99/2017, el trabajador debe percibir durante las vacaciones su retribución ordinaria, normal o media, calculada en la forma en que pueda acordarse por la negociación colectiva. Así, hemos dicho que "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".

Lo anterior no implica que a la hora de interpretar lo acordado en negociación colectiva deba prescindirse de esas referencias a la remuneración normal o media que, en interpretación de la normativa anterior, se ha venido estableciendo por los criterios del TJUE. En ese sentido, la sentencia que hemos citado indica que: "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".

Es por ello que, a la hora de fijar una identificación de lo que se entiende por retribución normal o media, esta Sala considera que ha de acudirse al "núcleo" retributivo, como conjunto de elementos ciertos por constantes y definidos que configuran la retribución de cada trabajador, y a la zona adyacente retributiva que se identifica con otros elementos retributivos específicos, y en ese sentido se ha dicho que la negociación colectiva "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.

Lo anterior "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".

Más concretamente, y en relación con lo que podría entenderse como elemento de mayor complejidad a la hora de definir la retribución normal o media, se ha dicho por la Sala que lo que denomina como "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 aun 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.

- Centrándonos ya en el Convenio Colectivo sobre el que gira aquí el debate, tenemos que la regulación del III Convenio Colectivo del Sector de Residencias Privadas de la 3ª Edad de la Comunidad Autónoma de Galicia, DOG núm. 227, de 27 de noviembre de 2013, dispone lo siguiente:

"Artículo 30. Vacaciones

El período de vacaciones anuales será retribuido, entendiéndose comprendido en el importe de ellas el salario base, la antigüedad y cualquier otro concepto fijo o periódico. La duración será de 26 días laborables o de un mes natural. En aquellos casos donde no se hubiera completado el año de trabajo efectivo el/la trabajador/a tendrá derecho a parte proporcional de ellas.

Las vacaciones se disfrutarán preferentemente durante los meses de junio, julio, agosto y septiembre.

El período de disfrute puede ser en un período único o en dos períodos, respetándose siempre los siguientes criterios:.."

Por su parte, el Artículo 33, en relación con la "Estructura retributiva "

a) Salario base: es la parte de la retribución del/de la trabajador/a fijada por unidad de tiempo y en función de su grupo y categoría profesional, con independencia de la remuneración que corresponda por puesto de trabajo específico o cualquier otra circunstancia.

b) Gratificaciones extraordinarias: se abonarán dos pagas extraordinarias, con devengo semestral, equivalentes a una mensualidad de salario base, más la antigüedad, la primera con devengo del 1 de diciembre al 31 de mayo y pago el día 15 de junio y la segunda con devengo del 1 de junio al 30 de noviembre y pago el 15 de diciembre.

c) Plus de asistencia: todos/as los/las trabajadores/as percibirán un plus de asistencia mensual cuyo importe será fijado en las tablas salariales de cada año de vigencia del convenio.

Este plus será abonado en 11 mensualidades.

d) Plus de nocturnidad. Las horas trabajadas entre las 22.00 horas y las 7.00 horas tendrán una retribución específica que será la resultante de dividir el salario base anual de cada trabajador/a por la jornada anual establecida en el artículo 28, incrementada en un 25 %.

e) Plus de antigüedad. Todo el personal afectado por el presente convenio percibirá por este concepto un 3 % del salario base por cada tres años de servicios en la empresa. La fecha inicial del cómputo de la antigüedad será la del ingreso en la empresa.

El importe de cada trienio comenzará a devengarse desde el primer día del mes siguiente a su vencimiento.

En el caso de que los/las trabajadores/as con contrato en prácticas o de formación continuaran al servicio de la empresa al finalizar aquellos, se les computará el tiempo trabajado en virtud de tales contratos a efectos de antigüedad.

f) Plus de domingos: las jornadas realizadas en domingos tendrán una retribución adicional cuyo importe será fijado en las tablas salariales de cada año de vigencia del convenio.

Para el personal que preste servicios en turno nocturno, se considerará domingo trabajado si se inició la jornada laboral durante el domingo.

g) Días de especial significación: por su especial significado, el personal que preste sus servicios durante las noches de Navidad y/o Año Nuevo percibirá una gratificación económica cuyo importe será fijado en las tablas salariales de cada año de vigencia del convenio.

Esta gratificación la percibirá, desde la firma de este convenio, el personal que preste sus servicios durante los días de Navidad y/o Aninovo, desde el inicio del turno de noche del 24 al 25 de diciembre hasta su finalización en el turno de tarde del día 25; y desde el inicio del turno de noche del 31 de diciembre al 1 de enero y hasta su finalización en el turno de tarde del día 1 de enero".

En el IV Convenio Colectivo ya se recoge en su art. 30, en materia de Vacaciones, que "El período de vacaciones anuales será retribuido, entendiéndose comprendido en su importe el salario base, la antigüedad y cualquier otro concepto fijo o periódico. La duración será de 26 días laborables o de un mes natural. En aquellos casos en que no se hubiera completado el año de trabajo efectivo, el/la trabajador/a tendrá derecho a la parte

proporcional. Respecto del complemento de asistencia dice lo siguiente: "c) Complemento de asistencia: En el año 2017, todos/as los/las trabajadores/as percibirán un complemento de asistencia mensual cuyo importe consta en las tablas salariales del año 2017, que se adjuntan como anexo I. Este complemento será abonado en 11 mensualidades. A partir del año 2018, dicho complemento de asistencia se abonará en 12 mensualidades y pasará a formar parte del salario base, de conformidad con los importes que constan en las tablas salariales del año 2018 y 2019, que constan como anexos II y III.

A la vista de esta regulación convencional, es evidente que, en lo que al III Convenio Colectivo se refiere, se han incluido en el abono de las vacaciones todas las percepciones fijas y periódicas sin mayor precisión ni excepción. Por tanto, a la hora de poder obtener por medio de la negociación colectiva si estamos ante una retribución ocasional o habitual, es evidente que esa línea se ha establecido en la periodicidad o carácter fijo del concepto retributivo.

La estructura retributiva del convenio colectivo comprende determinados pluses, además del salario base - que, por virtud de dicha norma, lógicamente, integra la retribución de las vacaciones- y las gratificaciones extraordinarias. De entre ellos, el plus de asistencia tiene atribuido un carácter mensual y por los once meses del año, esto es, por todo el tiempo en que existe actividad laboral. Además, es un importe fijo y se abona en función de los concretos días en que se ha prestado servicios en cada mes.

En estas circunstancias, es evidente que estamos ante un concepto retributivo que puede considerarse como ordinario, habitual y periódico y que, por consiguiente, debe figurar en el abono de las vacaciones. Y ello porque, como hemos dicho anteriormente, el propio Convenio Colectivo no lo excluye, como tampoco incluye ningún concepto específico, sino que, simplemente, quiere que la paga de vacaciones se retribuya con conceptos fijos y periódicos. Y tal condición la tiene el plus de asistencia en tanto que se abona durante todos los meses del año en que se prestan servicios y, por tanto, está vinculado a la actividad laboral, por lo que goza de la condición de habitual y no es esporádico, sin que el hecho de que ese abono lo sea en atención a los días de servicios efectivos venga a alterar aquel carácter porque, en definitiva, la retribución en vacaciones viene a comprender lo que ordinariamente percibe el trabajador por su actividad laboral y el plus de asistencia atiende a esa misma finalidad y, también, viene a justificar el periodo de descanso efectivo que persigue la figura de las vacaciones retribuidas.

Además, y aunque el debate se ha suscitado en relación con el III Convenio Colectivo, es evidente que sirve de referencia a la hora de justificar lo anteriormente razonado, el hecho de que en el siguiente Convenio Colectivo se haya acordado que el referido plus sea abonado durante los 12 meses del año, lo que implica que en la voluntad de los negociadores estaba la de integrar ese concepto retributivo en las vacaciones, esto es, con el alcance que aquí se ha interpretado.

Por consiguiente, el plus de asistencia, en tanto que responde a la retribución normal del trabajador, debe integrar la paga de vacaciones por lo que debemos estimar el motivo y, en definitiva, el recurso.

Quinto.

Conforme a lo razonado y oído el Ministerio Fiscal, procede estimar en su integridad el recurso de casación de los demandantes, revocar la sentencia recurrida y, estimando la demanda, declarar el derecho que se demanda. Sin costas.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

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

1º) Estimar el recurso de casación interpuestos por la Confederación Intersindical Galega (CIG) y por el Sindicato de Comisiones Obreras de Galicia (CC.OO.), contra la sentencia dictada el 25 de abril de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en procedimiento de demanda de conflicto colectivo núm. 45/2016, seguido a instancia de los recurrentes contra Asociación de Residencias Gallegas de la Tercera Edad

(AGARTE) y la Asociación de Residencias e Centros de Ancianos de Iniciativa Social (ACOLLE), para revocar el fallo de la misma y, estimando la demanda, declarar que en la retribución de la paga de vacaciones del personal afectado por el conflicto colectivo debe incluirse lo abonado en concepto de plus de asistencia, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración.

2º) Sin 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.

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.