TRIBUNAL SUPREMO
Sentencia 394/2020, de 22 de mayo de 2020
Sala de lo Social
Rec. n.º 172/2018

SUMARIO:

Trabajo a tiempo parcial. Retribución de las vacaciones cuando durante el año ha habido ampliaciones de jornada. La retribución que tiene garantizada el trabajador para su periodo vacacional es la ordinaria o habitual, que en estos casos es la resultante de promediar la que hubiere recibido a lo largo de los once meses correspondientes a la anualidad de devengo vacacional retribuido, debiendo tenerse en cuenta en dicha retribución las ampliaciones de jornada que se hubieran realizado a lo largo del año aunque no subsistan en la fecha del disfrute de las vacaciones. Difícilmente podría cumplirse el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial si se admitiera que la retribución de las vacaciones de estos últimos se encuentra condicionada por la jornada realizada en el momento de su disfrute, teniendo garantizada, por el contrario, el personal a tiempo completo la retribución ordinaria o habitual percibida a lo largo del año. Para el trabajador a tiempo parcial, cuando durante el año celebra novaciones contractuales que amplían su jornada temporalmente, su retribución ordinaria es, precisamente, la que resulta de promediar lo percibido a lo largo del año, tal como hemos expuesto. [*Vid.* SAN, de 30 de mayo de 2018, núm. 88/2018 (NSJ059118), casada y anulada por esta sentencia].

PRECEPTOS:

Convenio n.º 132 de la OIT (Vacaciones), art. 7.

PONENTE:

Don Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Magistrados:

Doña MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Don ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER
Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO
Doña CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

CASACION núm.: 172/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 394/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

Dª. María Luisa Segoviano Astaburuaga
Dª. María Lourdes Arastey Sahún
D. Ángel Blasco Pellicer
D. Sebastián Moralo Gallego
Dª. Concepción Rosario Ureste García

En Madrid, a 22 de mayo de 2020.

RTSS.CEF

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Confederación General del Trabajo (CGT), representado y asistido por la letrada Dª. Silvia González Arribas, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 30 de mayo de 2018, dictada en autos número 72/2018, en virtud de demanda formulada por Confederación General del Trabajo (CGT), frente Transcom Worldwide Spain SLU (TRANSCOM); Confederación Sindical Comisiones Obreras; Unión General de Trabajadores; Unión Sindical Obrera; CSI-F; y Sindicato de Comisiones de Base (CO.BAS), sobre Conflicto Colectivo.

Han comparecido en concepto de parte recurrida, TRASCOM WORLDWIDE SPAIN SLU representado y asistido por el letrado D. Íñigo Olabarri Tamayo; CCOO representado y asistido por la letrada Dª. Sonia de Pablo Portillo; y FESMC-UGT representado y asistido por el letrado D. José Félix Pinilla Porlan.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por la representación de CGT, se interpuso demanda de Conflicto Colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia estimatoria por la que se declare:

"- El derecho de los trabajadores/as afectados por el presente conflicto colectivo a la retribución de las vacaciones que incluya las ampliaciones de jornada por necesidades del servicio que se realizan durante todo el año.
- Como consecuencia de lo anterior, se proceda a abonar a los trabajadores/as afectados las cuantías impagadas durante el año anterior a la presentación de esta solicitud de conciliación previa a la vía judicial.".

Segundo.

Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

Tercero.

Con fecha 30 de mayo de 2018 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"DESESTIMANDO LA demanda deducida por CGT frente a TRANSCOM WORLDWIDE SPAIN S.L.U a la que se han adherido USO, UGT, CCOO, CSIF Y COBAS absolvemos a la demanda de los pedimentos efectuados"

Cuarto.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO. La mercantil demandada se encuentra dentro del ámbito de aplicación del II Convenio Colectivo de ámbito estatal del Sector de Contact Center, antes Telemarketing. conforme-
SEGUNDO. CGT está legitimada para instar conflicto colectivo, pues así resulta de su implantación entre los afectados y de su ámbito de actuación, más amplio, incluso que el del conflicto."- conforme-.
TERCERO. A los trabajadores a tiempo parcial que han ampliado la jornada en determinados periodos del año la empresa, su retribución correspondiente a las vacaciones se computa de la forma siguiente:

- Si el periodo de vacaciones coincide con periodos de tiempo durante los cuales existe jornada ampliada, la retribución se computa con arreglo a dicha ampliación de jornada- descriptores 25 a 27, 33, 34 y 37-;
- Si el periodo de vacaciones con coincide con periodos en los que no existe ampliación de jornada, la retribución correspondiente a las vacaciones se computa en función de las horas contratadas en el contrato de trabajo, sin tener en cuenta las ampliaciones de jornada que puedan haberse desarrollado a lo largo del año- descriptores 44 a 67-.

CUARTO. En alguna ocasión la empresa a la hora de concertar las ampliaciones de jornada se ha interesado por las fechas en las que el trabajador en cuestión tenía intención de disfrutar de vacaciones - testifical de la actora-. QUINTO. - El día 22-2-2018 se celebró intento de mediación ante el SIMA, resultando sin avenencia. descriptor 3.

Se han cumplido las previsiones legales".

Quinto.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de CGT, en el que se alega los siguientes motivos:

"PRIMERO. Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios (art. 207. d) LRJS).

SEGUNDO MOTIVO. Infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia (art. 207 e) de la Ley 36/2011). Vulneración del artículo 7.1 del Convenio 132 de la OIT, Directiva 2003/88, STJUE 22 de julio de 2014, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2018."

El recurso fue impugnado por el letrado D. Iñigo Olabarri Tamayo, en representación de Transcom Worldwide Spain, SLU.

Por la letrada Dª. Sonia de Pablo Portillo, en representación de CCOO, se presentó escrito de adhesión al recurso.

Sexto.

Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar la improcedencia del recurso.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de abril de 2020.

De conformidad con lo previsto en el art. 19.3 y la Disposición transitoria primera 1 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, la deliberación que ha llevado a cabo la Sala para la decisión del presente recurso ha tenido lugar en régimen de presencia telemática.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación ordinario consiste en decidir cómo se retribuye el período de vacaciones de los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo (trabajadores a tiempo parcial) en aquéllos supuestos en los que, durante el año al que se refiere el período vacacional, tales trabajadores han tenido ampliaciones de jornada que no subsisten en la fecha del disfrute de aquéllas.

En concreto, se trata de decidir si la retribución de las vacaciones se computa en función de la jornada vigente en el momento del disfrute (tesis de la sentencia recurrida) o, por el contrario, en dicha retribución deben tenerse en cuenta las ampliaciones de jornada que se realizan a lo largo del año aunque no subsistan en la fecha del disfrute (tesis de la demanda y del presente recurso).

2. La demanda de conflicto colectivo origen de las presentes actuaciones formulada por Confederación General del Trabajo (CGT) -a la que se adhirieron Comisiones Obreras (CCOO) Unión General de Trabajadores (UGT), Unión Sindical Obrera (USO), Comisiones de Base (Co.BAS) y Confederación Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF)- terminaba suplicando que se reconociese "el derecho de los trabajadores/as afectados por el presente conflicto colectivo a la retribución de las vacaciones que incluya las ampliaciones de jornada por necesidades del servicio que se realizan durante todo el año". Y que, "como consecuencia de lo anterior, se proceda a abonar a los trabajadores/as afectados las cuantías impagadas durante el año anterior a la presentación de esta solicitud de conciliación previa a la vía judicial".

3. La sentencia, ahora recurrida, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestimó íntegramente la demanda; y, frente a la misma se ha interpuesto por CGT Recurso de casación, en el que ha comparecido y se

ha adherido CCOO. El recurso ha sido impugnado por la mercantil demandada Transcom Wolrdwide Spain, SLU (TWS) e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerarlo improcedente.

El recurso se articula en dos motivos: en el primero se solicita la revisión de los hechos probados; y, en el segundo, se denuncia infracción de diversas normas y de la jurisprudencia que cita.

Segundo.

1. Al amparo del artículo 207 d) LRJS, el recurrente pretende la modificación del hecho probado tercero de la sentencia recurrida, de suerte que en la propuesta formulada en el recurso tal hecho debería quedar de la forma siguiente: "La mayor parte de los trabajadores/as a tiempo parcial ha ampliado la jornada durante la mayoría de períodos del año, y a estos trabajadores, la empresa, retribuye sus períodos de vacaciones sin computar las ampliaciones de jornada realizada durante el año. Por otro lado, no se ha probado que existan trabajadores a los que se les retribuye las vacaciones computando las jornadas ampliadas"

2. Para analizar el motivo, conviene recordar la doctrina de la Sala sobre las exigencias de las revisiones fácticas en casación, tal como se recoge, entre muchas otras, en las SSTS 11 de febrero de 2014, Rec. 27/2013, 8 de noviembre de 2016 (Rec. 259/2015) y 17 de enero de 2017 (Rec. 2/2016). En estas sentencias se establece que para que pueda prosperar un error de hecho en casación es preciso que: 1º) la equivocación del juzgador se desprenda de forma directa de un elemento de la prueba documental obrante en las actuaciones que tenga formalmente el carácter de documento y la eficacia probatoria propia de este medio de prueba, 2º) se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que se propone, 3º) el error debe desprenderse de forma clara, directa e inequívoca del documento, sin necesidad de deducciones, conjeturas o suposiciones, 4º) el error debe ser trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida, 5º) Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas, ni mucho menos, que pueda utilizarse para introducir calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo.

De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas" (STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998). Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.

También se ha señalado que no puede prosperar una revisión de hechos que se funde en la alegación, sin más, de la inexistencia de prueba que respalde el relato judicial, sobre todo cuando consta que en el acto del juicio se practicó suficiente prueba para avalar la conclusión plasmada en la sentencia.

En definitiva, no puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011, con cita de otras muchas).

3. La aplicación de la expuesta doctrina al motivo que examinamos debe comportar, directamente, se desestimación; y, ello, por las siguientes razones: en primer lugar, resulta que la recurrente -con independencia de citar, para fundamentar la revisión, los descriptores 25-28, 31, 37, 44-48, 50-54, 56-60 y 62-66, a los que nos referiremos de inmediato, la mayor parte del motivo lo construye no sobre los documentos que figuran en los citados descriptores, sino sobre "la prueba documental", "la prueba aportada por ambas partes", "el conjunto de la prueba aportada por esta parte" y "la prueba aportada por los documentos aportados por ambas partes", incumpliendo, de esta forma, la exigencia de que se señale por la recurrente que pretende la revisión de un dato fáctico documento concreto del que, sin género de dudas, aparezca evidente el error del órgano juzgador. En segundo lugar, porque los únicos documentos que cita -incorporados en los anteriormente reseñados descriptores, son un conjunto de nóminas y los listados de ampliación de jornada de los que no puede extraerse el pretendido error y, mucho menos, la nueva redacción propuesta de forma clara, directa e inequívoca de los documentos citados, sin necesidad de deducciones, conjeturas o suposiciones. Y, en tercer lugar, porque la propuesta incluye un hecho negativo según el cual "no se ha probado que existan trabajadores a los que se les retribuye las

vacaciones computando las jornadas ampliadas", lo cual tampoco puede aceptarse habida cuenta de que la Sala ha señalado, reiteradamente, que no puede prosperar una revisión de hechos que se funde en la alegación, sin más, de la inexistencia de prueba que respalde el relato judicial, sobre todo cuando consta que en el acto del juicio se practicó suficiente prueba para avalar la conclusión plasmada en la sentencia.

Tercero.

1. En el segundo motivo del recurso, al amparo de lo dispuesto en el apartado e) del artículo 207 LRJS, se denuncia infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. En concreto, la recurrente denuncia vulneración del artículo 7.1 del Convenio 132 OIT, de la Directiva 2003/88 y de la STJUE de 22 de julio de 2014, así como de la sentencia de esta Sala de 28 de febrero de 2018 (Rec. 16/2017).

Básicamente la recurrente sostiene que la interpretación de la normativa vigente y de la jurisprudencia aplicable -que cita profusamente- efectuada por la sala de instancia infringe los reseñados preceptos y la doctrina contenida en las aludidas sentencias. En concreto, sostiene que de la directiva señalada y del Convenio 132 OIT se extrae el criterio de que durante las vacaciones el trabajador debe percibir la retribución ordinaria y comparable a los períodos de trabajo; retribución que debe ser la normal o media, que, en su opinión debe incluir, la retribución correspondiente a los períodos de ampliación de jornada.

2. Antes de abordar el motivo, una primera precisión resulta necesaria: la Sala no comparte el criterio del Ministerio Fiscal según el que, una vez desestimado el motivo de revisión fáctica, no puede examinarse el siguiente motivo de infracción jurídica ya que este está supeditado al éxito del primero. Entendemos que son motivos que, necesariamente ligados, son independientes, de suerte que, aunque no prospere el primero, es posible y, además, necesario examinar este motivo segundo en el que se plantea una cuestión estrictamente jurídica que no está condicionada -como se verá- con la redacción del hecho probado pretendida por la recurrente y que puede ser analizada, sin ninguna dificultad, dejando inalterados los hechos probados de la sentencia.

3. También quiere la Sala precisar que la cuestión planteada se refiere a la incidencia que sobre la retribución de las vacaciones puedan tener las diversas ampliaciones de jornada que puedan efectuarse, a lo largo del año, a los trabajadores a tiempo parcial. No se trata, por tanto, de la incidencia que pudieran tener sobre tal retribución las posibles horas complementarias, previstas en el artículo 12.5 ET, que se hubieran podido realizar. Tal cuestión no se ha planteado en el presente procedimiento. La demanda y el recurso versan sobre la incidencia que sobre la retribución del período vacacional pudieran tener eventuales ampliaciones de la jornada sobre la inicialmente pactada en el contrato a tiempo parcial. Tales ampliaciones constituyen novaciones modificativas del contrato, de carácter temporal según se desprende de las actuaciones, que suscriben ambas partes a requerimiento de la empresa y que permiten incrementar el número de horas al día, a la semana, al mes o al año, que constituyen el objeto del contrato a tiempo parcial, durante un determinado período de tiempo, a lo largo del año. Y, con independencia de su legalidad que aquí no se cuestiona, se trata de discernir si la retribución percibida por esas ampliaciones -que excede de la jornada pactada en el contrato inicial- debe o no ser tenida en cuenta en la retribución de las vacaciones.

Cuarto.

1. La Sala ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente y en reiteradas ocasiones sobre la retribución de las vacaciones (SSTS de 8 de junio de 2016 -pleno- Rec. 207/15 y Rec. 112/15 ; de 9 de junio de 2016, Rec. 146/15; de 16 de junio de 2016, Rec. 146/15; de 30 de junio de 2016 -pleno- Rec. 47/15; de 15 de septiembre de 2016, Rec. 258/15; de 29 de septiembre de 2016, Rec. 233/15; de 14 de febrero de 2017, Rec. 45/16; de 21 de marzo de 2017, Rec. 80/16; de 28 de febrero de 2018, Rec. 16/17 y de 9 de abril de 2018, Rec.73/17; entre otras. En ellas se ha construido una doctrina sobre la retribución de las vacaciones que puede resumirse en los siguientes puntos:

A. En primer lugar, resulta imprescindible incorporar los siguientes criterios en aplicación de la directiva 2003/88 y del Convenio 132 OIT:

1. Durante las vacaciones el trabajador debe percibir la "retribución ordinaria" y "comparable a los períodos de trabajo".

2. 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. Estas consideraciones nos llevan a entender que tanto la doctrina comunitaria, obligadamente interpretativa de nuestra legislación, como el propio Convenio 138 OIT, que forma parte de la normativa nacional

ex artículo 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 OIT, de todas formas se presente lo más ajustada posible tanto a la doctrina comunitaria que glosa la expresada Directiva 2003/88/CE cuanto a la referencia expresa que el art. 7.1 del citado Convenio 138 OIT 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:

1). 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...].

2). 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. 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 217 LEC.

2. Aunque la anterior doctrina ha sido elaborada a propósito de la inclusión o no en la retribución vacacional de determinados complementos salariales, en función o no de su carácter ordinario y, en la mayoría de supuestos, al hilo de su consideración por la negociación colectiva, también hace referencia a componentes habituales del salario (salario base, antigüedad, etc.), especialmente en lo que hemos dado en llamar "zona de certeza". Para el caso que examinamos resulta de trascendental interés la reiterada afirmación de nuestra jurisprudencia según la que el trabajador debe percibir en vacaciones la retribución ordinaria y comparable a los períodos de trabajo, lo cual debe ser interpretado cuando, como en el presente caso, se trata de salario en cuantía variable -en función de la duración de la jornada del contrato a tiempo parcial debido a las aludidas ampliaciones- como derecho a devengar, para el período vacacional la media que hubiera percibido el trabajador durante los once meses de la anualidad correspondiente a cada período vacacional retribuido, tal como sentó la STS de 21 de diciembre de 2017 (Rec. 275/2016).

3. A la afirmación anterior no se opone el que hayamos dicho que, a falta de negociación colectiva, la línea divisoria entre la ocasionalidad y la habitualidad ha de situarse en el percibo del plus en la mayoría de mensualidades del año de cuyo disfrute vacacional se trate; puesto que ello es predicable de los 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" (STS de 28 de febrero de 2018, Rec. 16/17).

Quinto.

1. De cuanto se lleva argumentado se desprende que, frente a la posición de la sentencia recurrida que mantiene que no resulta contraria a derecho que la retribución del período de vacaciones se efectúe en función de la jornada vigente en el momento del disfrute, esta Sala entiende que la retribución que tiene garantizada el trabajador para su período vacacional es la ordinaria o habitual que en estos casos es la resultante de promediar

la que hubiere recibido a lo largo de los once meses correspondientes a la anualidad de devengo vacacional retribuido, puesto que en dicha retribución deben tenerse en cuenta las ampliaciones de jornada que se realizan a lo largo del año aunque no subsistan en la fecha del disfrute de las vacaciones.

2. Esta conclusión viene, además avalada, tanto por el ordenamiento de la Unión Europea, como por el ordenamiento interno. En efecto, el artículo 4.1 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a tiempo parcial incorporado a la Directiva 97/81/CE de 15 de diciembre, dispone que "Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas". Y el artículo 19 del RD 2317/1993 de 29 de diciembre, por el que se desarrollan los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial, establece que "Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, salvo las peculiaridades que, en función del tiempo trabajado, estén establecidas por ley o puedan determinarse por la negociación colectiva".

Difícilmente podría cumplirse el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial si admitiésemos que la retribución de las vacaciones de estos últimos estuviese condicionada por la jornada que realicen en el momento del disfrute de las vacaciones, mientras que al personal a tiempo completo les garantizamos la retribución ordinaria o habitual percibida a lo largo del año, según hemos reiterado en las sentencias de esta Sala ya mencionadas. Para el trabajador a tiempo parcial, cuando a lo largo del año celebra novaciones contractuales que amplían su jornada temporalmente, su retribución ordinaria es, precisamente, la que resulta de promediar lo percibido a lo largo del año, tal como hemos expuesto.

3. Se impone , por tanto, oído el Ministerio Fiscal la estimación del recurso, que solicita que se declare el derecho de los trabajadores que amplían jornada a que se retribuyan sus vacaciones de acuerdo a la jornada y retribución habituales, computando en esta retribución las ampliaciones de jornada realizadas a lo largo del año, en el sentido expuesto en los precedentes fundamentos de derecho.

Sin costas por disposición del artículo 235.2 LRJS.

F A L L O

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

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por Confederación General del Trabajo (CGT), representado y asistido por la letrada Dª. Silvia González Arribas, al que se adhirió la representación letrada de CC.OO.
2. Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 30 de mayo de 2018, dictada en autos número 72/2018 sobre Conflicto Colectivo.
3. Estimar en parte la demanda formulada por Confederación General del Trabajo (CGT), a la que se adhirieron la Confederación Sindical Comisiones Obreras; Unión General de Trabajadores; Unión Sindical Obrera; CSI-F; y Sindicato de Comisiones de Base (CO.BAS), frente Transcom Worldwide Spain SLU y declarar el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto a que en la retribución de sus vacaciones se tengan en cuenta las ampliaciones de jornada que se realicen a lo largo del año aunque no subsistan en la fecha del disfrute vacacional, de forma que se promedie el salario percibido en los once meses correspondientes a la anualidad de cada período vacacional retribuido, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración.
4. No efectuar declaración sobre imposición de costas.

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.