



Roj: **SAN 4074/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:4074**

Id Cendoj: **28079240012018100163**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2018**

Nº de Recurso: **182/2018**

Nº de Resolución: **169/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAMON GALLO LLANOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL**

**MADRID**

SENTENCIA: 00169/2018

**AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Social**

**Letrado de la Administración de Justicia**

**D<sup>a</sup>. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO**

SENTENCIA Nº: 169/2018

Fecha de Juicio: 7/11/2018

Fecha Sentencia: 12/11/2018

Tipo y núm. Procedimiento: **CONFLICTOS COLECTIVOS 0000182 /2018**

Proc. Acumulados: 285/2018

Materia: **CONFLICTO COLECTIVO**

Ponente: **RAMÓN GALLO LLANOS**

Demandante/s: **CGT, UGT-FICA , INDUSTRIA COMISIONES OBRERAS**

Demandado/s: **COMPAÑIA LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.**

Resolución de la Sentencia: **ESTIMATORIA PARCIAL**

**AUD.NACION AL SALA DE LO SOCIAL**

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

NIG: 28079 24 4 2018 0000196

Modelo: ANS105 SENTENCIA

**CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000182 /2018**

Procedimiento de origen: /

Sobre: **CONFLICTO COLECTIVO**

Ponente Ilmo/a. Sr/a: **RAMÓN GALLO LLANOS**

**SENTENCIA 169/2018****ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE:**

D. RICARDO BODAS MARTÍN

**ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

D<sup>a</sup>. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a doce de noviembre de dos mil dieciocho.

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

**EN NOMBRE DEL REY**

Han dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS 0000182 /2018 seguido por demanda de CGT (letrado Miguel Ángel Garrido Palacios), UGT-FICA (letrado Bernardo García Rodríguez), INDUSTRIA COMISIONES OBRERAS (letrada Blanca Suárez Garrido), contra COMPAÑIA LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.(letrado José Manuel Sánchez- Cervera Valdés) sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. RAMÓN GALLO LLANOS.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** - Según consta en autos, el día 26 de junio de 2018 se presentó demanda por CCOO sobre conflicto colectivo, dicha demanda fue registrada bajo el número 182/2018,.

**Segundo .-** Por Decreto de fecha 29 de junio de 2018 se admitió a trámite la demanda y se fijó el día 19-9-2.018 para los actos de conciliación y juicio.

El día 11 de septiembre de 2018 se presentó escrito por CGT en el que se personaba en calidad de demandante.

**Tercero.** - Llegado el día de la vista las partes de mutuo acuerdo solicitaron la suspensión de la misma, fijándose como nueva fecha para la celebración de los actos de conciliación y juicio el día 7 de noviembre de 2018.

**Cuarto.** - El día 19 de octubre de 2018 se presentó demanda por UGT frente a la demandada, dicha demanda fue registrada con el número 285/2018.

Por Auto de 23 de octubre de 2018 se acordó acumular a la demanda registrada bajo el número 182/18 en materia de CONFLICTOS COLECTIVOS e instada por CCOO- INDUSTRIA la demanda registrada bajo el número 285/18 instada por UGT-FICA, manteniendo la fecha prevista para los actos de conciliación y juicio.

El día 29 de octubre de 2018 por parte de CCOO se presentó escrito de ampliación de la demanda.

**Quinto.-** Los actos de conciliación y juicio tuvieron lugar el día previsto para su celebración, no lográndose avenencia en la conciliación, se procedió a realizar el acto del juicio en el que:

-El letrado de la UGT tras afirmarse y ratificarse en su escrito de demanda solicitó se dictase sentencia en la que se declare el derecho de los trabajadores a percibir durante los periodos de vacaciones anuales la compensación adicional en comisión de servicio (art. 34.3 y 103.b) del Convenio), el complemento de nocturnidad (art.88 del convenio), el complemento por ejecución de trabajos de superior categoría ( art.89 del Convenio), la retribución por horas extraordinarias (art. 92 del convenio), el complemento de desplazamiento de jornada (art. 93 del convenio), el complemento por desplazamiento de descanso (art. 94 del Convenio), la compensación por trabajo en domingo y festivo ( art. 95 del Convenio), el plus de relevo (art.98 del Convenio), el complemento por comida ( art. 100 del convenio), la compensación por retén ( art. 105 del Convenio) y la compensación por carga y descarga en buques- tanque (art. 106 del convenio), en el periodo percibido en los once meses anteriores, siempre que se haya percibido al menos seis meses en dicho periodo; condenando a la empresa CLH a estar y pasar por dicha declaración.

En sustento de su petición defendió que los referidos complementos no se abonaban durante los periodos de descanso vacacional, y que todos ellos teniendo carácter salarial, formaban parte de la retribución normal o media de los trabajadores.



-La letrado de CCOO, tras afirmarse y ratificarse tanto en su escrito de demanda y en su ampliación solicitó se dictase sentencia en la que se condene a la empresa demandada a abonar como retribución de las vacaciones anuales, además de los conceptos computados actualmente por la empresa, el promedio de los complementos salariales siguientes: Desplazamiento descanso ( artículo 94 del convenio colectivo), Compensación trabajo domingos y festivos ( artículo 95 del Convenio), Complemento de Relevo ( artículo 98), el Complemento ayuda a comida ( artículo 100), Retenes ( artículo 105), Complemento de compensación en carga y descarga de buques- tanque: artículo 106 del Convenio, *Complemento a monitores (art. 90 del convenio)* y *por utilización de vehículo propio (art. 104 el convenio)*.

Tras adherirse a lo alegado por UGT respecto de los complementos comunes en una y otra demanda, defendió el carácter salarial y habitual de los dos complementos solicitados en su escrito de ampliación.

El letrado de CGT se adhirió a lo solicitado en las dos demandas.

El letrado de la empresa consideró que resultaba ajustado a derecho que se formasen parte de la retribución de vacaciones de cada trabajador si se habían devengado durante 6 meses en los 11 anteriores al descanso vacacional los siguientes complementos: plus descansos festivos, plus retén, complemento monitores, plus relevo complemento por trabajos de ejecución de trabajos de categoría superior.

En cuanto al complemento de nocturnidad admitió que formase parte de la retribución de vacaciones, excepto en el caso de que el trabajador ya cobrase el complemento de turnicidad, respecto del resto se opuso a que formasen parte de la retribución de vacaciones, bien por no ser habituales

Seguidamente, se procedió a la proposición y práctica de la prueba, proponiéndose y practicándose la documental y la testifical, tras lo cual las partes elevaron sus conclusiones a definitivas.

**Sexto.-** De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 85.6 LRJS* se precisa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes:

**Hechos controvertidos:-**La ayuda o comida no retribuye jornada partida, compensa gastos de comida que no se percibe los viernes ni en horario especial de verano y se paga por igual a todos los trabajadores. -El complemento adicional de comisiones de servicios se ha convenido que tiene naturaleza de dieta o gasto de locomoción y retribuye desplazamientos por más de 120 km , no es considerado como tiempo de trabajo efectivo. -El complemento carga y descarga es un gasto o suplido que compensa la anulación de llamadas predeterminadas. -El complemento de carga y descarga sólo 48 trabajadores lo han cobrado en el último año y no de manera regular. -Complemento de desplazamiento de jornada y descanso la empresa a principio de cada año publica el cuadrante anual y en supuestos excepcionales se retribuye cambios de turno sólo en casos se ha pagado regularmente en el último año. -El complemento nocturnidad se abona siempre en vacaciones. - Los supuestos de tres turnos se retribuye con nocturnidad que incorpora la nocturnidad y no es acumulable a ésta. -La empresa por convenio abona 300.000 euros para promocionar el disfrute de vacaciones.

**Hechos pacíficos.** -Es pacífico que en caso de que se devenguen periodos de 6 meses de horas extras, plus descansos festivos, plus retén, complemento monitores, plus relevo complemento por trabajos de ejecución de trabajos de categoría superior, se incluirían en las vacaciones. -El complemento de utilización de vehículo propio es excepcional, retribuye gasto o suplido por kilometraje..

**Séptimo.-** En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las formalidades legales.

Resultado y así se declaran, los siguientes

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** El presente conflicto afecta a la totalidad de los trabajadores de CLH.- conforme-

**SEGUNDO.-** Las relaciones laborales en el ámbito de la empresa se rigen por el Convenio Colectivo de CLH SA 2010-2015, firmado el 5 de mayo de 2011 (BOE 146 de 20 de junio 2011), modificado por el Acuerdo parcial de modificación del Convenio colectivo de la Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, SA suscrito por la dirección de la empresa y UGT, CCOO Y CGT el día 10-1-2018 (BOE 52 de 28 de febrero de 2.018). - conforme-

**TERCERO,-** Los trabajadores afectados prestan servicios en centros de trabajo que tiene la entidad y que están en un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma.- conforme-

**CUARTO.** - No consta que la demandada incluya en la retribución de vacaciones ninguno de los conceptos reclamados en la demanda.

**QUINTO.** - Damos por reproducido el programa de vacaciones y campamentos 2018 de CLH obrante en el descriptor 71.



**SEXTO.-** Damos por reproducidas las actas del SIMA de 13-12-2016, 6 -9- 2018 y 5-11-2018, que acreditan la celebración de intentos de mediación sin avenencia- descriptores 2, 19 y 64-.

Se han cumplido las previsiones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** -.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso de conformidad con lo dispuesto en los *artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial*, en relación con lo establecido en los *artículos 8.1 y 2 g) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social*.

**SEGUNDO.** - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, la redacción de la resultancia fáctica de la presente resolución descansa bien en hechos conformes, bien en las fuentes de prueba que en cada uno entre paréntesis se refiere.

No se puede otorgar valor probatorio a los documentos aportados por CLH obrantes a los descriptores 37 y 38 por cuanto que no han sido reconocidos de contrario, habiendo sido confeccionados por el propio representante en juicio de la demandada.

**TERCERO.** - Por CCOO se pretende de dicte sentencia en la que se incluyan en la retribución vacacional de los trabajadores de la empresa demandada los siguientes conceptos retributivos en cuantía proporcional a su percepción en los 11 meses anteriores al descanso vacacional: desplazamiento descanso ( artículo 94 del convenio colectivo), Compensación trabajo domingos y festivos ( artículo 95 del Convenio), Complemento de Relevos ( artículo 98), el Complemento ayuda a comida ( artículo 100), Retenes ( artículo 105), Complemento de compensación en carga y descarga de buques- tanque: artículo 106 del Convenio, *Complemento a monitores (art. 90 del convenio) y por utilización de vehículo propio (art. 104 el convenio)*.

Por UGT se formula similar pretensión respecto de los siguientes complementos la compensación adicional en comisión de servicio (art. 34.3 y 103.b) del Convenio), el complemento de nocturnidad (art.88 del convenio), el complemento por ejecución de trabajos de superior categoría ( art.89 del Convenio), la retribución por horas extraordinarias (art. 92 del convenio), el complemento de desplazamiento de jornada (art. 93 del convenio), el complemento por desplazamiento de descanso (art. 94 del Convenio), la compensación por trabajo en domingo y festivo ( art. 95 del Convenio), el plus de relevos (art.98 del Convenio), el complemento por comida ( art. 100 del convenio), la compensación por retén ( art. 105 del Convenio) y la compensación por carga y descarga en buques- tanque (art. 106 del convenio), si bien matiza que su abono debe estar condicionado a que cada complemento se haya percibido por el trabajador en cuestión al menos seis meses en dicho periodo.

CGT se ha adherido a las dos demandas.

Por la empresa se admite que en los términos de la demanda de UGT deben incluirse en la retribución correspondiente al periodo vacacional los siguientes conceptos: horas extras (art. 92 del Convenio), plus descansos festivos ( art. 93), plus retén (art. 105 ), complemento monitores (art.90 del Convenio), plus relevos complemento por trabajos de ejecución de trabajos de categoría superior (art. 89 del Convenio), respecto del complemento de nocturnidad admite que se retribuya en vacaciones, excepto en el caso de los trabajadores que perciban normalmente turnicidad (del art. 87).

Por tanto, las cuestiones que resultan controvertidas, se circunscriben a lo siguiente:

a.- determinar si los complementos que se solicitan por las actoras han de formar parte de la retribución correspondiente a las vacaciones;

b- determinar si el promedio de los percibido por estos conceptos por cada trabajador en concreto en los once meses precedentes al descanso vacacional ha de formar parte de la correspondiente retribución de vacaciones o si, por el contrario, únicamente procede su abono en caso de que la percepción del complemento en cuestión por el trabajador haya tenido lugar al menos en seis meses dentro de los once a que se ha hecho referencia anteriormente.

**CUARTO.-** El derecho que tiene todo trabajador de por cuenta ajena a disfrutar de un periodo de vacaciones retribuidas es un derecho subjetivo reconocido en el Derecho interna- art. 40.2 CE, y art. 38 del E.T- en el Derecho de la Unión Europea- art. 31.2 de la CDFUE y 7 de la Directiva 2003/88., y en tratados internacionales suscritos por España- arts. 3.1 y 7 del Tratado 132 de la OIT.

A la hora de determinar cuál ha de ser la retribución durante dicho periodo, las normas internas resultan imprecisas por cuanto que se limitan a señalar que las vacaciones han de ser "retribuidas" sin especificar cuál ha de ser la cuantía de las retribuciones durante dicho periodo. En los mismos términos se expresan las



normas de la UE, pues el art. 31.2 de la CDDF de la UE señala que las mismas han de ser "retribuidas" y el art. 7.1 de la Directiva referida dispone que ha de ser "retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales ". El art. 7 del Convenio 132 de la OIT, por su parte, si resulta ofrece un parámetro a la hora de determinar los parámetros que han de ser tenidos en cuenta a la hora de determinar el "quantum de la retribución vacacional", cuál es de la "retribución normal o media", al señalar que se "percibirá ... por lo menos su remuneración normal o media ... calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado".

Partiendo de esta regulación, la Sala IV del TS, a la hora de determinar los conceptos que debían de integrar la retribución de un trabajador durante el periodo de vacaciones, venía distinguiendo entre dos situaciones diferentes:

1ª.- Que el Convenio colectivo que resultase aplicable al trabajador o colectivo de trabajadores afectados no estableciese regulación alguna a la hora de determinar la retribución correspondiente, en cuyo caso, esta vendría determinada por el promedio las retribuciones salariales percibidas durante los periodos de prestación de trabajo efectivo, "a fin de cumplir el objeto perseguido por la institución de proporcionar descanso pleno al trabajador, que podría verse afectado si mediara una discriminación en los ingresos económicos, si bien, constituyen excepción al principio general aquellos conceptos salariales de carácter excepcional establecidos para compensar actividades también extraordinarias ( SSTS 14/02/94 -rcud 1880/93 -; 17/12/1996 -rcud 1321/96 -; 21/10/94 -rco 3149/93 -; 06/03/12 -rco 80/11 -; y 30/11/15 -rco 48/15 ).

2ª.- Que, por el contrario, el Convenio aplicable sí regulase los conceptos que debían integrar la retribución durante el periodo vacacional, en cuyo caso, debería estarse a la regulación convencional, siempre que se respetasen los mínimos indisponibles de derecho necesario, pues "como toda norma jurídica integrada en el ordenamiento español, el Convenio OIT 132 debe ser interpretado "según los preceptos y principios constitucionales" [ art. 5.1 LOPJ ], atendiendo fundamentalmente a "su espíritu y finalidad", y teniendo en cuenta "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" [ art. 3.1 Código Civil ]. De acuerdo con estos cánones interpretativos ... el convenio colectivo puede apartarse de tal regla de remuneración normal o media del periodo de vacaciones, siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario" (doctrina expuesta por la STS 20/01/92 -rec. 792/91 -, y reproducida -en mayor o menor medida- por las SSTS 25/04/06 -rcud 16/05 -; ... 26/07/10 -rco 199/09 -; y 06/03/12 -rco 80/11 -).

El día 22 de mayo de 2014 el TJUE dictó la sentencia resolutoria de la Cuestión Prejudicial , C-539/2012, ( asunto Lock), en cuya fundamentación se refiere:

1.- que el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104, Directiva ésa que ha sido codificada por la Directiva 2003/88, tratándose de un derecho está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados;

2.- que la Directiva 2003/88 considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho de forma que la obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los periodos de trabajo;

3.- que toda disminución de la retribución de un trabajador correspondiente a sus vacaciones anuales retribuidas, que pueda disuadirle de ejercer efectivamente su derecho a disfrutar de esas vacaciones, es contraria al objetivo perseguido por el artículo 7 de la Directiva 2003/88, careciendo de pertinencia el hecho de que esa disminución de la retribución se sufra, como en el asunto principal, después del período de vacaciones anuales.

Dichas consideraciones fueron objeto de acogida en resoluciones de esta Sala en concreto y por citar las dos primeras cabe referir:

1.- La SAN de 21-7-2014 (proc. 128/2014) -Telefónica de España SAU- en que se la Sala se pronuncia respecto de la retribución de vacacional del personal fuera de Convenio, establecida en práctica empresarial, en concreto sobre la retribución por diversos incentivos, en la que , se defiende que no resulta ajustada la decisión de la empresa de aumentar el importe de los incentivos que se devengan normalmente en compensación con su no abono durante el periodo de vacacional.

2.- La SAN de 17-9-2014 (proc. 194/2014)- SWISSPORT SPAIN, SL- en la que el pronunciamiento de la Sala se refiere a determinados complementos salariales de carácter variable cuyo abono durante el mes





correspondiente a vacaciones no estaba previsto en el Convenio Colectivo de aplicación que, admite, aplicando de forma rotunda la Doctrina Locke, que determinados complementos salariales que el Convenio no contemplaba que fuesen abonados en vacaciones- lo que en principio y con arreglo a la doctrina que hasta el momento mantenía la Sala IV del TS, justificaría su exclusión de la retribución vacacional-, deben integrarse en la misma, afirmando concluyentemente: "*Llegados aquí, debemos despejar si un convenio colectivo, subsumible necesariamente entre las disposiciones y prácticas nacionales, a tenor con lo dispuesto en el art. 3.1.b ET, puede, sin vulnerar lo dispuesto en el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE, excluir retribuciones variables devengadas durante la jornada ordinaria, a lo que anticipamos desde ahora una respuesta negativa.- Nuestra respuesta ha de ser necesariamente negativa, por cuanto el precepto comunitario, interpretado por el TJUE en los términos ya expuestos, ha de prevalecer necesariamente en virtud del principio de supremacía del derecho comunitario frente a las legislaciones o prácticas nacionales que lo contradigan y la sentencia TJUE 22-05-2014, C-539/12 no deja lugar a dudas sobre esa cuestión, cuando dispone que ninguna disposición o práctica nacional puede excluir las comisiones de la retribución de las vacaciones, lo cual ha de extenderse necesariamente a cualquier otra retribución variable que se devengue en jornada ordinaria. Así pues, si un convenio colectivo se opone a lo dispuesto en el art. 7.1 Directiva 2003/88/CE, en los términos establecidos por la jurisprudencia comunitaria ya expuestos anteriormente, debe prevalecer lo dispuesto en el artículo mencionado, según la interpretación exigida por TJUE 22-05-2014, C-539/12 sobre el convenio colectivo, que ha de subsumirse necesariamente entre las disposiciones y prácticas nacionales, a tenor con lo dispuesto en el art. 3.1.b ET.*"

La Sala IV del TS, conociendo en casación ordinaria del recurso interpuesto contra la SAN de 20-3-2015 (TELFÓNICA MÓVILES), en la STS de 8-6-2016 - rco. 207/2015-, ha matizado la Doctrina tradicional que al inicio de este artículo exponíamos en los siguientes términos:

"*si bien hasta la fecha hemos mantenido que el Convenio Colectivo puede válidamente limitar los elementos salariales de la jornada "ordinaria" que hayan de retribuirse en vacaciones, apartándose así de la "remuneración normal o media", siempre -se decía- que en cómputo anual se respetasen los mínimos indisponibles de Derecho necesario [FJ Sexto], de todas formas tal criterio ha de ser rectificado -y se rectifica por esta sentencia-, atendiendo a que tanto la doctrina del TJUE -elemento interpretativo de nuestro régimen normativo y convencional-, como el art. 7.1 Convenio 132 atienden a la "remuneración normal o media", si bien -art. 7.1 citado- "calculada en la forma" que pudiera acordar -entre otras posibilidades- la negociación colectiva.*

*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.*

*Planteamiento, que 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."*

Dicha doctrina ha sido reiterada en posteriores resoluciones de la Sala IV, resultando de especial trascendencia clarificadora a la hora de precisar cuándo un concepto un concepto retributivo forma parte de la retribución normal o media resulta la STS de 28-2-2018 (rco 16/2017) que marca la pauta a la hora de distinguir entre complementos retributivos de percepción ocasional (que no formarían parte de la retribución vacacional) y habitual ( que estarían comprendidos dentro de la retribución normal) de la forma siguiente: "*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 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, 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", concluyendo que son habituales aquellos que se hayan percibido durante al menos 6 mensualidades en las 11 precedentes al inicio del descanso vacacional.*

**QUINTO.-** La aplicación de las anteriores consideraciones al caso que nos ocupa, nos ha de llevar a una primera conclusión de cara a resolver las cuestiones que han de decidirse, y es que, de conformidad con lo expuesto, para que un concepto retributivo no previsto en el Convenio forme parte de la retribución vacacional de un trabajador en concreto este deberá haber percibido el mismo al menos durante seis meses en los once precedentes al descanso vacacional, como se sostuvo por UGT y por la empresa, y ello de conformidad con la doctrina que expone la referida STS de 27-2-2018.

Y expuesto lo anterior, debe analizarse si cada uno de los conceptos respecto de los que la empresa se niega a incluir en la retribución correspondiente al periodo vacacional, forman parte de la retribución normal o media:

1.- Complemento de nocturnidad , el cual aparece regulado en el artículo 88 del convenio colectivo de la forma siguiente:

"I. El personal que trabaje en turno de noche cuyo horario de trabajo quede comprendido, íntegramente, entre las 21 horas y las 8 horas del día siguiente, bien sea en forma fija bien sea en forma rotativa regular, pero siempre de modo permanente, percibirá un complemento diario, exclusivamente durante el período de tiempo en que su horario de trabajo coincida dentro de los límites horarios antes citados, con arreglo a las siguientes condiciones:

a) El trabajador adscrito permanentemente de forma fija al turno de noche percibirá este complemento los días en que trabaje efectivamente durante la noche, los días de descanso reglamentarios y durante el período de vacaciones.

b) El trabajador adscrito permanentemente a los tres turnos de forma rotativa regular percibirá el complemento de Nocturnidad, expresamente, los días de trabajo efectivo en turno de noche, así como los días de descanso reglamentarios que correspondan al citado período de trabajo nocturno.

II. En aquellos casos en que no se den alguno de los requisitos condicionantes establecidos en el epígrafe I de este artículo (singularmente, trabajo permanente, en forma fija o rotativa regular, en turno de noche y con horarios íntegramente comprendido entre las 21 horas a las 8 horas del día siguiente), pero existan horas trabajadas durante el período de tiempo comprendido entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana. Dichas horas se satisfarán incrementadas en los valores que, para los diferentes niveles retributivos, se relacionan para los años 2010 y 2011 en los Anexo 1B.1 y 1A.1 respectivamente.

III. Este complemento se percibirá, asimismo, en los supuestos y en las condiciones siguientes:

En casos de ausencia por accidente de trabajo, enfermedad profesional y maternidad desde el día de la baja, así como en casos de enfermedad común y accidente no laboral que requiera hospitalización.

En casos de ausencia por enfermedad común y accidente no laboral, desde el cuarto día de la baja."

La empresa se opone a la inclusión del previsto en el punto b) del precepto alegando que en vacaciones ya viene abonando al personal sujeto a turnos rotativos el complemento de turnicidad que resulta incompatible con el de nocturnidad, de conformidad con el art. 87 del Convenio.

Este precepto dispone en su párrafo 1 que:



*"El personal que esté adscrito, en forma rotativa regular de modo habitual y continuado, a los tres turnos de mañana, tarde y noche, tendrá derecho al percibo de un complemento de turnicidad diario, en los días que trabaje efectivamente en el turno de mañana o en el de tarde, así como en los días de descansos reglamentarios que correspondan y en período de vacaciones. Este complemento es compatible pero no acumulable con el complemento de Nocturnidad por lo que los días en que se trabaje en turno de noche se tendrá derecho solamente a percibir el correspondiente complemento de Nocturnidad, dentro de las condiciones señaladas en el epígrafe I del artículo siguiente, que trata de este último.*

*Dicho complemento de Turnicidad se percibirá exclusivamente en cada una de las doce mensualidades ordinarias del año".*

En primer lugar, hemos de señalar que el complemento regulado en todos los supuestos del art. 88 es un complemento de naturaleza salarial que retribuye las especiales condiciones de orden temporal en el que se desarrolla la prestación de servicios.

En segundo lugar, y respecto del que percibe el personal sujeto a turnos rotatorios, debemos señalar que forma parte de la retribución del trabajador sujeto a dichos turnos, pues la propia especialidad de su prestación de servicios, contempla que la prestación de servicios en horas nocturnas sea habitual en su régimen horario,

Por ello, consideramos que no existe motivo para excluirlo del concepto de retribución normal o media, debiendo en su caso, ponderarse a la hora de cuantificar el importe de lo abonado en la retribución de vacaciones en concepto de nocturnidad a la hora de fijar lo que debe abonarse en concepto de turnicidad, de conformidad con la proscripción acumulación establecida en el art. 87, máxime cuando su abono se determina por unidades diarias.

2.- Por ser de similar naturaleza serán objeto de examen los complementos denominados por desplazamiento de descansos y por desplazamiento de jornadas, que aparecen regulados en los arts. 93 y 94 del Convenio, los cuales reproduciremos a continuación.

#### *Artículo 93. Complemento por desplazamiento de jornada*

*En los casos de desplazamiento de jornada previstos en el artículo 27 del presente Convenio, el personal afectado tendrá derecho a la compensación económica que se regula para cada nivel retributivo en los Anexos 1B.1 y 1A.1, respectivamente, para los años 2010 y 2011, con los distintos valores que se indican dependiendo de si el desplazamiento se produce a horario diurno o nocturno.*

*A estos efectos, se considerará jornada nocturna aquella que se realice en más de su mitad entre las 21 y 7 horas. Las restantes se considerarán diurnas.*

*Esta compensación no se aplicará a las horas extraordinarias que en estos casos, además, pudieran efectuarse, las cuales se cobrarán exclusivamente con los recargos que procedan a tenor de las normas generales del artículo anterior y será incompatible con el percibo del complemento de Nocturnidad.*

#### *Artículo 94. Complemento por desplazamiento de descanso.*

*En los casos de desplazamiento de descanso, regulados en el artículo 28, el personal afectado tendrá derecho a una compensación de 85,35 euros durante el año 2016, por día de descanso desplazado.*

*No obstante, cuando el descanso desplazado coincida con domingo o día festivo, la citada compensación será de 100,76 euros, y de 123,15 euros cuando el desplazamiento de descanso se produzca a cualquiera de los siguientes días considerados festivos especiales: 1 y 6 de enero, Viernes Santo, 1 de mayo, 15 de agosto, 12 de octubre, 1 de noviembre y 6, 8 y 25 de diciembre. Esta última compensación será de 145,39 euros a partir de la firma del acuerdo parcial de convenio.*

*Dicho complemento es incompatible con el percibo del complemento por trabajo en domingo o festivo y con el percibo de horas extras si la jornada realizada no supera la jornada ordinaria así como con el de Desplazamiento de jornada."*

A la hora de determinar si el percibo de estos complementos obedece a situaciones ordinarias del funcionamiento de la empresa, consideramos necesario reproducir los arts. 27 y 28 del convenio que regulan cuándo proceden los denominados desplazamientos de jornada y de descanso.

#### *Artículo 27. Desplazamiento de jornada.*

*Se podrá desplazar la jornada de trabajo establecida a otro horario fijado en el Cuadro-horario para el mismo día, siempre que esta se desplace totalmente y se trate de los supuestos de ausencias al trabajo por I.T., asistencia a cursos de formación, utilización de horas sindicales o de crédito horario de los representantes de los trabajadores, bajas de empleados en la plantilla (durante un periodo máximo de dos semanas en este caso),*





*ausencias de carácter imprevisto y licencias reglamentarias. Asimismo, se podrá efectuar este desplazamiento para realizar trabajos de carga y descarga de BB/TT o suministro a buques.*

*El personal afectado por estas situaciones percibirá la compensación económica que se regula en el artículo 93.*

*Artículo 28. Desplazamiento de descanso.*

*En los supuestos concretos en que se trate de atender servicios de carga y descarga de buques-tanque y suministro a buques o los que sean propios de puestos de carácter unipersonal para suplir licencias o ausencias por I.T., asistencia a cursos de formación, utilización de horas sindicales o de crédito horario de los representantes de los trabajadores, y bajas de empleados en la plantilla (durante un periodo máximo de dos semanas en este caso), se podrá desplazar la jornada a uno de los días de descanso, percibiendo la compensación económica que se regula en el artículo 94.*

*Cuando se produzcan estos desplazamientos, el descanso compensatorio se otorgará, preferentemente, en la misma semana o, en su defecto, en la semana siguiente.*

*También tendrá la consideración de desplazamiento de descanso, el que se produzca como consecuencia de la realización de un viaje para asistir a un curso de formación, siempre que el inicio del viaje sea anterior a las 22 horas, devengándose en este supuesto el derecho a percibir la compensación mencionada anteriormente, en lugar de la compensación adicional en comisión de servicio. Idéntico tratamiento, si coincide con un día de descanso del trabajador, se aplicará al viaje de retorno una vez finalizado el curso de formación, si aquél tiene que efectuarse al día siguiente por no haber podido emprender y concluir el viaje el mismo día en que finaliza el curso, por no disponer de medio de transporte de entre los autorizados en el convenio colectivo.*

*Cuando se produzcan estos desplazamientos, el descanso compensatorio se otorgará, dentro de las dos semanas siguientes.*

*No tendrá la consideración de desplazamiento de descanso, el que coincida con una jornada lectiva de un curso de formación, devengándose en este caso el derecho a percibir la compensación por horas de formación y a disfrutar del descanso compensatorio en los términos y condiciones reguladas en el artículo 24 del convenio colectivo."*

De la literalidad de los arts. 27 y 28 del Convenio se deduce que el hecho causante que motiva tanto el desplazamiento de jornada, como el descanso es un suceso imprevisto a la hora de confeccionar los horarios y turnos de los trabajadores de la empresa - para el de jornada: *ausencias al trabajo por I.T., asistencia a cursos de formación, utilización de horas sindicales o de crédito horario de los representantes de los trabajadores, bajas de empleados en la plantilla (durante un periodo máximo de dos semanas en este caso), ausencias de carácter imprevisto y licencias reglamentarias ..y también para realizar trabajos de carga y descarga de BB/TT o suministro a buques, y para el descanso atender servicios de carga y descarga de buques-tanque y suministro a buques o los que sean propios de puestos de carácter unipersonal para suplir licencias o ausencias por I.T., asistencia a cursos de formación, utilización de horas sindicales o de crédito horario de los representantes de los trabajadores, y bajas de empleados en la plantilla*-. Y dicho carácter imprevisto del suceso determina el carácter extraordinario de las situaciones que lo motivan, lo que ha de excluir su inclusión en la retribución vacacional, y que dicha exclusión no produzca el pernicioso efecto disuasorio del que habla la doctrina del TJUE.

En este sentido hemos de señalar que la ya citada STS de 27-2-2018 descartó la inclusión en la retribución vacacional un complemento de similar naturaleza cual era el "desplazamiento de franjas" del Convenio de la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales.

3.- Complemento ayuda a comida.

Dicho complemento aparece regulado en el art. 100 del Convenio con arreglo a lo siguiente:

*Artículo 100. Complemento por comida*

*A las personas en régimen de jornada partida, y que no tengan ninguna otra compensación específica por este motivo, se les abonará, por cada jornada partida realizada, la cantidad de 10,41 euros durante 2010 y de 10,58 euros durante 2011.*

Hemos de destacar que el "complemento", aun cuando sea calificado como tal en el Convenio, no puede tener consideración de salario ex art. 26.2 del E.T, ya que la literalidad del precepto evidencia su carácter compensatorio y no remuneratorio, siendo la manifiesta finalidad de dicho precepto, indemnizar el trastorno que implica la realización de la jornada que exige, bien desplazarse al domicilio y volver del mismo para realizar una comida principal, o bien realizar la misma fuera del domicilio con el consiguiente sobrecoste que supone efectuar la comida en un bar, restaurante o cafetería. Y el carácter extra-salarial del concepto determinará su



exclusión de la retribución vacacional. En este sentido ya nos hemos pronunciado en la SAN de 26-4-2018 (proced. 49/2018).

4.- Complemento de compensación en carga y descarga de buques. Dicho complemento se regula en el art. 106 que dispone:

*Artículo 106. Compensación en carga y descarga de buques-tanque*

*El personal designado en día de descanso para atender servicios de carga y descarga de buques que no se incorpore al correspondiente turno de trabajo por decisión de la Empresa basada en razones operativas, percibirá, por la anulación mencionada, una compensación de 79,13 euros durante 2010, y de 80,40 euros durante 2011, computándose el mencionado día como de descanso a todos los efectos.*

*En todo caso, la Compañía deberá comunicar la anulación de cada turno con una antelación de ocho horas a la iniciación del turno correspondiente.*

Y a la vista de la redacción del precepto es claro que no puede ser incluido en la retribución de vacaciones, ya que, de un lado, se devenga en situaciones anormales pues requiere de una previa decisión empresarial motivada en razones operativas, y, por otro lado, se trata de un concepto retributivo que no tiene naturaleza salarial, pues no retribuye trabajo efectivamente prestado (art. 26.1 E.T), sino que por el contrario compensa la limitación que ordena a planificar su descanso padece el trabajador por haber sido designado para acudir a realizar una tarea y finalmente no desarrollarla.

5.- Compensación comisión de servicios del art. 103 b). Este concepto aparece regulado en el Convenio de la forma siguiente:

*Artículo 103. Por comisión de servicio*

*De conformidad con lo regulado en el artículo 51, el personal desplazado en comisión de servicio percibirá dietas compensatorias y suplidos por gastos de locomoción, a cuyo fin se le extenderá, y el trabajador desplazado deberá liquidar, una "Cuenta de Viaje", conforme a las siguientes condiciones y con las cuantías que se especifican a continuación:*

*b) Compensación adicional en comisión de servicio.*

*La compensación adicional, a percibir conforme a lo estipulado en el artículo 34.3 del presente convenio colectivo, tendrá la cuantía unitaria y alzada de 34,19 euros durante 2010 y de 34,74 durante 2011.*

Consideramos necesario para esclarecer el carácter del concepto retributivo reproducir los dos primeros apartados del art. 51 del Convenio que disponen:

*"1. La Compañía podrá disponer la realización de comisiones de servicio, a cuyo fin podrá ordenar al personal su desplazamiento temporal, hasta el límite de un año por cada período de tres años, para realizar funciones propias de su grupo profesional o puesto de trabajo en lugar o Centro de trabajo distinto de aquel al que se encuentra adscrito con carácter permanente, cuando existan razones técnicas, organizativas o de producción.*

*2. Cuando el lugar o centro de trabajo a que haya de desplazarse el trabajador en comisión de servicio, es decir, por orden expresa de la Compañía, se encuentre situado en localidad o población distinta de su residencia habitual, la Compañía abonará, además de los salarios, las dietas compensatorias que se señalan en el artículo 103 y suplirá los gastos de viaje o locomoción a que pueda haber lugar, todo ello de conformidad con las condiciones que se especifican en el citado artículo 103."*

De la interpretación literal y conjunta de ambos preceptos, se deduce claramente el concepto de "dieta" del concepto reclamado, lo que determina su carácter extra-salarial- art. 26.2 E.T- y, por ende, que no deba ser incluido en la retribución de vacaciones.

6.- Compensación por utilización de vehículo propio. Este concepto se establece en el art. 104 del Convenio de la forma siguiente:

*Artículo 104. Por utilización de vehículo propio*

*La compensación a percibir como consecuencia de la utilización de vehículo propio en los desplazamientos en que se autorice este medio de locomoción, se establece en la cifra de 0,34 euros por kilómetro durante 2010 y de 0,35 euros durante 2011.*

*Podrá utilizarse vehículo propio en los casos siguientes:*

*Cuando la comisión de servicio comience y termine en el mismo día.*

*Cuando la comisión de servicio sea itinerante y se realice en distintas localidades y centros de trabajo.*



*Cuando no exista la posibilidad de utilizar servicios públicos y sea de suma urgencia.*

*Para la utilización de vehículo propio será preceptiva la previa autorización de la Jefatura correspondiente, en cualquier caso.*

*La misma compensación se percibirá por el personal que tenga que desplazarse a las Instalaciones de Oleoductos de Rota, El Arahál, Adamuz, Puertollano, Almodóvar, Poblete, Loeches, La Muela, Pobla de Mafumet y San Roque, teniéndose en cuenta lo regulado en la Disposición Adicional Cuarta."*

De la literalidad del precepto se deduce con claridad manifiesta el carácter extra-salarial del concepto ya que es denominado "compensación", siendo su evidente finalidad indemnizar al trabajador que utiliza su propio vehículo por el gasto de combustible y mantenimiento que supone la utilización de su propio vehículo para desplazarse a causa del trabajo.

**SEXTO.-** Con arreglo a lo razonado en los anteriores fundamentos de derecho procede estimar parcialmente las demandas deducidas declarando el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto a percibir todos aquellos complementos que la empresa se ha mostrado proclive a su inclusión en la retribución vacacional y además el de nocturnidad, siempre que concurra la necesaria habitualidad expresada en los términos que determina la doctrina jurisprudencial.

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

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

## FALLAMOS

Estimando PARCIALMENTE LAS DEMANDAS deducidas por CCOO y UGT, a las que se adherido CGT, frente a CLH, declaramos el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto percibir durante los periodos de vacaciones, el complemento de nocturnidad (art.88 del convenio), el complemento por ejecución de trabajos de superior categoría ( art.89 del Convenio), la retribución por horas extraordinarias (art. 92 del convenio), , la compensación por trabajo en domingo y festivo ( art. 95 del Convenio), el plus de relevo (art.98 del Convenio),, la compensación por retén ( art. 105 del Convenio) y el *Complemento a monitores (art. 90 del convenio)* en el periodo percibido en los once meses anteriores, siempre que se haya percibido al menos seis meses en dicho periodo; condenando a la empresa CLH a estar y pasar por dicha declaración y absolvemos a la demandada del resto de pedimentos efectuados.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de los Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia Gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0182 18; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0182 18, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

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

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.