



Roj: **STS 2113/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2113**

Id Cendoj: **28079140012020100443**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/06/2020**

Nº de Recurso: **33/2019**

Nº de Resolución: **468/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACION núm.: 33/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 468/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D<sup>a</sup>. María Luz García Paredes

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 18 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por SISTEMA DE EMERGENCIAS MÉDICAS, S.A. (SEMSA), representado y asistido por el letrado D. Pedro Sánchez Serrano, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 14 de noviembre de 2018 (proc. 27/2018), en actuaciones seguidas por la Federación de Empleadas y Empleados de Servicios Públicos de la UGT-Cataluña (FeSP-UGT) y por la Agrupación de Médicos y Enfermeras de Cataluña (AMIC), contra dicho recurrente, sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida la Federación de Empleadas y Empleados de Servicios Públicos de la UGT-Cataluña (FeSP-UGT), representada y asistida por la letrada Dña. Inmaculada Vivar Ruiz y por la Agrupación de Médicos y Enfermeras de Cataluña (AMIC), representada y asistida por el letrado D. Jesús Carlos García Reig.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Federación de Empleadas y Empleados de Servicios Públicos de la UGT-Cataluña (FeSP-UGT) y la Agrupación de Médicos y Enfermeras de Cataluña (AMIC), formularon demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare: el derecho de todos los trabajadores y trabajadoras afectados por el ámbito de este conflicto a que su



retribución de vacaciones incluya el promedio anual de todas sus retribuciones debiendo incluir los siguientes conceptos, transcritos en el hecho sexto, en su remuneración media anual:

1. Salario base - art.32
2. Complemento personal de antigüedad (trienios) -art. 32
3. Complementos de puesto de trabajo -art. 33.
4. Complementos de mando y/o responsabilidad. Complemento del Jefe de guardia y del Coordinador técnico -art. 34
5. Complemento de compensación por encargo de funciones -art. 35
6. Complemento de mayor presencia -art. 42
7. Complemento personal de convenio - art. 36
8. Complemento de dedicación específica (jornada completa) - art. 37
9. Plus domingos y festivos intersemanales de la Generalidad de Cataluña -art. 38
10. Plus sábado -art. 38
11. Plus festivo especial -art. 38
12. Plus festivo de especial consideración -art. 38
13. Plus nocturnidad -art. 39
14. Plus jornada partida - art. 40
15. Pagas extraordinarias (junio, navidad y asistencia) -art. 44
16. Retribución de las tutorías al personal formador de prácticas -art. 45
17. Horas extraordinarias -art 43
18. Nivel de carrera profesional -art. 46
19. Nivel de incentivación profesional -art. 47
20. Complemento de atención continuada -art. 22
21. Plus actividad.
22. Además del Plus transporte regulado en un acuerdo alcanzado en sede de Tribunal Laboral de Cataluña y del Complemento de Atención continuada del art. 22 (regulado en acta de paritaria núm 1)
23. Plus de transporte por traslados TLC, Acta 1ª Paritaria del VI Convenio SEMSA.
24. Complemento personal regulado de reclasificación del personal administrativo, acta 1ª paritaria del VI Convenio SEMSA.
25. Guardia localizable.

Y, en consecuencia, se condene a SEMSA a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

**TERCERO.-** Con fecha 14 de noviembre de 2018, se dictó sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuya parte dispositiva dice: "FALLAMOS: Que estimando como estimamos la demanda presentada por la Federació de Empleades y Empleats des Serveis Publics de U.G.T. de Catalunya y por la Agrupació de Metges i Infermeres de Catalunya contra la empresa Sistema de Emergencias Médicas S.A. debemos declarar y declaramos el derecho de los trabajadores/as de la empresa a que, y en su retribución de vacaciones, se incluya el promedio anual de todas sus retribuciones debiendo, en concreto, ser incluidos los siguientes conceptos: salario base, complemento personal de antigüedad, complementos de puesto de trabajo, complementos de mando y/o responsabilidad y complemento del Jefe de guardia y del Coordinador técnico, complemento de compensación por encargo de funciones, complemento de mayor presencia, complemento personal de convenio, complemento de dedicación específica (jornada completa), plus domingos y festivos intersemanales de la Generalitat de Catalunya, plus sábado, plus festivo especial, plus festivo de especial consideración, plus nocturnidad, plus jornada partida, pagas extraordinarias (junio, navidad y asistencia), retribución de las tutorías al personal formador de prácticas, horas extraordinarias, nivel de carrera profesional, nivel de



incentivación profesional, complemento de atención continuada, plus transporte, complemento personal regulado de reclasificación del personal administrativo y guardia o semana localizable del personal TIC y condenar a la demandada SEMSA a estar y pasar por la declaración citada. Sin costas".

**CUARTO.**- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- En la demanda de conflicto colectivo presentada por la Federació de Empleades y Empleats des Serveis Públics de U.G.T. de Catalunya (en adelante U.G.T.) y por la Agrupació de Metges i Infermeres de Catalunya (en adelante AMIC) contra la empresa Sistema de Emergencias Médicas S.A. (en adelante SEMSA) se interesará, recordemos, la declaración del "derecho de todos los trabajadores y trabajadoras afectados por el ámbito de este conflicto a que su retribución de vacaciones incluya el promedio anual de todas sus retribuciones debiendo incluir los siguientes conceptos, transcritos en el hecho sexto, en su remuneración media total:

1. Salario base - art.32; 2. Complemento personal de antigüedad (trienios) -art. 32; 3. Complementos de puesto de trabajo -art. 33; 4. Complementos de mando y/o responsabilidad. Complemento del Jefe de guardia y del Coordinador técnico -art. 34; 5. Complemento de compensación por encargo de funciones -art. 35; 6. Complemento de mayor presencia -art. 42; 7. Complemento personal de convenio - art. 36; 8. Complemento de dedicación específica (jornada completa) - art. 37; 9. Plus domingos y festivos intersemanales de la Generalidad de Cataluña -art. 38; 10. Plus sábado -art. 38; 11. Plus festivo especial -art. 38; 12. Plus festivo de especial consideración -art. 38; 13. Plus nocturnidad -art. 39; 14. Plus jornada partida - art. 40; 15. Pagas extraordinarias (junio, navidad y asistencia) - art. 44; 16. Retribución de las tutorías al personal formador de prácticas -art. 45; 17. Horas extraordinarias -art 43; 18. Nivel de carrera profesional -art. 46; 19. Nivel de incentivación profesional -art. 47; 20. Complemento de atención continuada -art. 22; 21. Además del Plus transporte regulado en un acuerdo alcanzado en sede de Tribunal Laboral de Cataluña y del Complemento de Atención continuada del art. 22 (regulado en acta paritaria nº. 1); 23. Plus de transporte por traslados TLC, Acta 1ª Paritaria del VI Convenio SEMSA; 24. Complemento personal regulado de reclasificación del personal administrativo, acta 1ª paritaria del VI Convenio SEMSA; 25. Guardia localizable... y, en consecuencia, se condena a SEMSA a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos...". En el acto de juicio las dos demandantes corrigieron dicha petición para descartar de la misma la integración en la paga de vacaciones del "plus de actividad" y para concretar que la reclamación de los denominados "plus de transporte" que se mencionan con los "conceptos" nº. 21 y 22 es única, es decir, que la referencia lo es a un mismo "concepto".

SEGUNDO. - La empresa SEMSA fue creada en virtud de Acuerdo del Gobierno de la Generalidad de Cataluña de 14/12/1992 (DOGC 30/12/1992) en el que se autorizó al Servei Català de la Salut a crear dicha empresa pública con el objetivo de prestar servicios de atención médica en situaciones de emergencias médicas unificando de esta manera todo el servicio público para la atención de las emergencias y urgencias extrahospitalarias en Cataluña.

TERCERO. - La relación laboral de los trabajadores de SEMSA está regida por Convenio colectivo de empresa, en concreto y en la actualidad, por el Convenio colectivo de la empresa pública Sistema d' Emergencies Mèdiques S.A. para los años 2015-2017 (DOGC 30/9/2016) y al que se hará referencia en adelante como VI Convenio SEMSA.

CUARTO. - SEMSA cuenta con una plantilla compuesta en la actualidad por, aproximadamente, 900 trabajadores que están distribuidos por todo el territorio de la Comunidad autónoma.

QUINTO. - El art. 50 del IV Convenio SEMSA regula la retribución de los trabajadores de la misma disponiendo que la misma contendrá "el salario base, la antigüedad, complemento de mayor presencia, complemento de dedicación específica, la nocturnidad, complemento personal de convenio, carrera profesional o nivel de incentivación, complemento de mando y/o responsabilidad además del complemento de puesto de Trabajo y, si sucede, el complemento por encargo de funciones". En todo caso, y como se ha reconocido por ambas partes, la empresa abona en la paga de vacaciones los siguientes conceptos: salario base - art.32; complemento personal de antigüedad (trienios) -art. 32; complementos de puesto de trabajo -art. 33; complementos de mando y/o responsabilidad. Complemento del Jefe de guardia y del Coordinador técnico - art. 34; complemento de compensación por encargo de funciones -art. 35; complemento de mayor presencia -art. 42; complemento personal de convenio -art. 36; complemento de dedicación específica (jornada completa) - art. 37; plus nocturnidad - art. 39; nivel de incentivación profesional - art. 47; plus de jornada partida; complemento personal regulado de reclasificación del personal administrativo, acta 1ª paritaria del VI Convenio SEMSA".

SEXTO. - La estructura salarial aplicable en la empresa demandada está determinada actualmente en el Capítulo 3 del IV Convenio SEMSA (arts. 31 y ss) indicando al efecto, en el art. 31.2, que "las retribuciones del personal comprendido en el ámbito de aplicación de este Convenio están integrados por los conceptos



siguientes: Retribuciones básicas 1. Salario base - art.32; 2. Complemento personal de antigüedad (trienios) - art. 32. Otros complementos 3. Complementos de puesto de trabajo -art. 33; 4. Complementos de mando y/o responsabilidad. Complemento del Jefe de guardia y del Coordinador técnico -art. 34; 5. Complemento de compensación por encargo de funciones -art. 35; 6. Complemento de mayor presencia -art. 42; 7. Complemento personal de convenio -art. 36; 8. Complemento de dedicación específica (jornada completa) -art. 37; 9. Plus domingo y festivos intersemanales de la Generalidad de Cataluña -art. 38; 10. Plus sábado -art. 38; 11. Plus festivo especial - art. 38; 12. Plus festivo de especial consideración -art. 38; 13. Plus nocturnidad -art. 39; 14. Plus jornada partida -art. 40; 15. Pagas extraordinarias (junio, navidad y asistencia) -art. 44; 16. Retribución de las tutorías al personal formador de prácticas -art. 45; 17. Horas extraordinarias -art 43; 18. Nivel de carrera profesional -art. 46; 19. Nivel de incentiación profesional -art. 47; 20. Complemento de atención continuada - art. 22; 21. Plus actividad. Las retribuciones básicas y los complementos salariales se abonan mensualmente". Cabe añadir, en cuanto ahora interesa a los efectos de determinar dicha estructura, una declaración contenida en el propio Convenio, dentro de su Anexo III dedicado a las distintas tablas salariales de aplicación en la empresa y por lo que se refiere al personal no asistencia, esto es, al denominado personal TIC, que se dispone el "mantenimiento del sistema actual de abono de 450 € por semana localizable".

SÉPTIMO. - Por acuerdo adoptado en fecha 28/9/2015 por la Comisión paritaria del VI Convenio se dispuso "...incorporar al texto del convenio los acuerdos de consolidación del plus de transporte alcanzados en el TLC..." (v. Acta de la reunión de dicha Comisión obrante en folios 166 a 168 de las actuaciones). Acuerdo alcanzado ante el Tribunal Laboral de Cataluña en fecha 6/9/2006 en el que se dispuso que "la empresa Semsas abonará un plus de transporte de 120 €/mes durante 11 meses/año a todos los trabajadores que presten servicios para Semsas con una dedicación de cinco días de trabajo efectivo, en media semanal y se hayan de trasladar para prestar sus servicios en la sede citada... (que) se abonará únicamente mientras la sede de la empresa esté fuera de la localidad de Barcelona... (y que) en el momento en que Semsas pueda ofrecer de forma gratuita servicio de parking y un servicio de bus alternativo desde puestos de la ciudad que permitan garantizar la cobertura a cargo de Semsas de la asistencia a la nueva empresa, la percepción del importe del citado Plus de Transporte será renegociada entre las partes..." (v. acta levantada del acto de conciliación celebrado ante el citado Tribunal Laboral de Cataluña celebrado en fecha 6/9/2006 y obrante en folios 169 y 170 de las actuaciones).

OCTAVO. - En los años 2016, 2017 así como en la parte del 2018 transcurrida hasta la fecha de celebración del acto de juicio del presente procedimiento del presente año, la demandada no ha hecho abono de cantidad alguna en concepto de horas extraordinarias.

NOVENO. - En fecha 17/7/2018 se celebró acto de conciliación entre las partes del procedimiento; acto que concluyó con el resultado de "sin acuerdo" (v. documento obrante en folios nº. 12 y 13 de las actuaciones)".

**QUINTO.**- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Sistema de Emergencias Médicas S.A., siendo admitido a trámite por esta Sala.

**SEXTO.**- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar que estima parcialmente procedente el recurso respecto de los submotivos que se dirán, e improcedente para el resto. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos.

**SÉPTIMO.**- Por Providencia de fecha 27 de abril de 2020 y por necesidades del servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 16 de junio de 2020.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. - Cuestión planteada y hechos relevantes

1.- La cuestión planteada en el presente recurso de casación consiste en determinar si los conceptos y complementos controvertidos deben formar parte o no de la retribución de las vacaciones de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo.

2.- De los hechos probados relacionados más arriba de la sentencia recurrida, interesa mencionar especialmente los siguientes:

a) La Federació de Empleades y Empleats des Serveis Públics de UGT de Catalunya (en adelante, UGT) y la Agrupació de Metges i Infermeres de Catalunya (en adelante, AMIC) interpusieron demanda de conflicto colectivo contra la empresa Sistema D' Emergencies Mèdiques, S.A. (en adelante, SEMSA o la empresa), interesando que se reconociera el derecho de todos los trabajadores y trabajadoras afectados por el ámbito



del conflicto a que la retribución de vacaciones incluyera el promedio anual de todas sus retribuciones y, en concreto, los conceptos a los que más adelante se hará referencia.

**b)** La empresa SEMSA es una empresa pública que presta servicios de atención médica en situaciones de emergencias médicas, uniéndose todo el servicio público para la atención de las emergencias y urgencias extrahospitalarias en Cataluña.

**c)** La relación laboral de los trabajadores de SEMSA se rige por el convenio colectivo de la empresa, siendo el aplicable al caso, en concreto, el VI convenio colectivo publicado en el DOGC de 30 de septiembre de 2016.

**d)** La estructura salarial en la empresa se regula en los artículos 31 y siguientes del VI convenio colectivo y el artículo 50 del VI convenio colectivo regula la retribución de las vacaciones de los trabajadores. Por su parte, en un anexo del VI convenio colectivo se hace referencia a la "semana localizable".

Por acuerdo de 28 de septiembre de 2015, la comisión paritaria del VI convenio colectivo dispuso la incorporación al texto del VI convenio colectivo del siguiente acuerdo de consolidación del plus de transporte alcanzado en el Tribunal Laboral de Cataluña:

"La empresa Semsas abonará un plus de transporte de 120 €/mes durante 11 meses/año a todos los trabajadores que presten servicios para Semsas con una dedicación de cinco días de trabajo efectivo, en media semanal y se hayan de trasladar para prestar sus servicios en la sede citada... (que) se abonará únicamente mientras la sede de la empresa esté fuera de la localidad de Barcelona... (y que) en el momento en que Semsas pueda ofrecer de forma gratuita servicio de parking y un servicio de bus alternativo desde puestos de la ciudad que permitan garantizar la cobertura a cargo de Semsas de la asistencia a la nueva empresa, la percepción del importe del citado Plus de Transporte será renegociada entre las partes...".

**e)** "En los años 2016, 2017, así como en la parte del 2018 transcurrida hasta la fecha de celebración del acto de(l) juicio" de la demanda de conflicto colectivo, la empresa "no ha hecho abono de cantidad alguna en concepto de horas extraordinarias".

## **SEGUNDO. - La sentencia recurrida**

**1.-** La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de noviembre de 2018 (d. 27/2018) estimó la demanda y declaró el derecho de los trabajadores y trabajadoras de la empresa a que "en su retribución de vacaciones, se incluya el promedio anual de todas sus retribuciones debiendo, en concreto, ser incluidos los siguientes conceptos":

"salario base, complemento personal de antigüedad, complementos de puesto de trabajo, complementos de mando y/o responsabilidad y complemento del Jefe de guardia y del Coordinador técnico, complemento de compensación por encargo de funciones, complemento de mayor presencia, complemento personal de convenio, complemento de dedicación específica (jornada completa), plus domingos y festivos intersemanales de la Generalitat de Catalunya, plus sábado, plus festivo especial, plus festivo de especial consideración, plus nocturnidad, plus jornada partida, pagas extraordinarias (junio, navidad y asistencia), retribución de las tutorías al personal formador de prácticas, horas extraordinarias, nivel de carrera profesional, nivel de incentivación profesional, complemento de atención continuada, plus transporte, complemento personal regulado de reclasificación del personal administrativo y guardia o semana localizable del personal TIC".

La sentencia condenó a la empresa a estar y pasar por la declaración citada.

**2.-** La sentencia del TSJ de Cataluña se funda y menciona la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, el artículo 7 del Convenio núm. 132 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre las vacaciones anuales pagadas (revisado) y las siguientes sentencias de la Sala de lo Social de este Tribunal: 8 de junio de 2016 (rec. 207/2015); 8 de junio de 2016 (rec. 112/2015); 9 de junio de 2016 (rec. 235/2015) 15 de septiembre de 2016 (rec. 258/2015); 29 de septiembre de 2016 (rec. 233/2015); 21 de marzo de 2017 (rec. 80/2016); 20 de julio de 2017 (rec. 261/2016); 20 de diciembre de 2017 (rec. 238/2016); 21 de diciembre de 2017 (rec. 276/2016); 15 de febrero de 2018 (rec. 47/2017); 28 de febrero de 2018 (rec. 16/2017) y 16 de mayo de 2018 (rec. 99/2017).

**3.-** La sentencia del TSJ de Cataluña se detiene especialmente en los siguientes conceptos para determinar su inclusión en la retribución de las vacaciones: paga extraordinaria de asistencia; plus transporte; complemento de atención continuada; retribución de tutorías; horas extraordinarias; pluses por trabajo en festivos o días de especial consideración; y cantidades por semanas localizables.

## **TERCERO. - El recurso de casación, sus impugnaciones y el informe del Ministerio Fiscal**



1.- La empresa ha recurrido en casación la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de noviembre de 2018 (d. 27/2018).

Al amparo del artículo 207 e) LRJS, el recurso denuncia la interpretación errónea del artículo 7 del Convenio núm. 132 de la OIT y de la Directiva 2003/88/CE, así como de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ( TJUE) dictadas en los asuntos C-155/12 y 539/12 y de las sentencias de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que han abordado el asunto.

2.- El recurso de casación alega que los siguientes conceptos no deben incluirse en la retribución de las vacaciones:

**a) Plus de transporte**

El recurso razona que se trata de "un importe vinculado al desplazamiento efectivo que no se abona en vacaciones y que dejará de abonarse si se vuelve a (a prestar servicios) en Barcelona o si se pone un autobús desde Barcelona", siendo -se concluye- "un concepto extrasalarial excluido de la retribución vacacional".

**b) Pagas extraordinarias (junio, Navidad y asistencia)**

Partiendo de que las pagas extras de junio y Navidad son de devengo anual y se abonan íntegramente antes del 20 de junio y antes del 22 de diciembre, el recurso alega que su abono en vacaciones supondría un enriquecimiento injusto por parte del trabajador y que el resultado práctico que tiene al respecto la sentencia recurrida es el cómputo doble del concepto de paga extraordinaria.

Por su parte, la paga extraordinaria de asistencia es -afirma el recurso- un incentivo de carácter anual que se abona una sola vez junto con la nómina de abril y que ya tiene en cuenta el tiempo de vacaciones al computarse por docenas partes, por lo que no cabe incluirlo de nuevo en vacaciones; una persona que no disfrutara de las vacaciones anuales "lo percibiría en el mismo importe que quien hiciera vacaciones".

**c) Retribución de las tutorías al personal de formación en prácticas**

El recurso alega que se trata de un importe que no es fijo y que está condicionado, al percibirse únicamente si la empresa recibe un importe de la empresa y/o institución que envía a los alumnos. La retribución -se afirma- se abona en un solo importe una vez que la empresa ha cobrado de las diversas instituciones y el 50 por ciento de lo así percibido se distribuye proporcionalmente entre los tutores en función del número de tutorías impartidas; si se incluyera además en las vacaciones -se concluye- se superaría el 50 por ciento de lo percibido por la empresa y el pago dejaría de ser único al pasarse a dos pagos.

**d) Horas extraordinarias**

El recurso defiende la aplicación al concepto de la doctrina de la STS 379/2018, de 9 de abril, sobre la zona de certeza de una retribución especial y de percepción excepcional, constando probado en el caso que no se ha hecho abono alguno de horas extraordinarias, porque -se concluye- "tales horas no se hacen" en la empresa.

**e) Guardia o semana localizable**

El recurso razona que dicho concepto no aparece en el convenio colectivo como concepto retribuido, haciéndose una referencia solo en el anexo salarial, lo que "acredita su carácter excepcional".

**f) Plus festivo especial y plus festivo especial consideración**

El recurso sostiene que el concepto, que retribuye el trabajo realizado en Navidad, Reyes, Pascua y fin de año, no debe integrar la retribución de vacaciones al retribuir supuestos extraordinarios - festividades de relevancia social- y de forma no habitual.

**g) Complemento de atención continuada**

El recurso razona que el concepto retribuye prolongaciones de jornada voluntarias y expresamente autorizadas por lo que no corresponde su inclusión en la retribución de vacaciones.

**h) Plus domingo, plus festivo intersemanal y plus sábado**

El recurso alega que el concepto, que retribuye el trabajo en fin de semana o en festivo intersemanal, no es, en consecuencia, un concepto fijo y habitual y su exclusión de la retribución de las vacaciones entra dentro del margen de disponibilidad que tienen las partes negociadoras de un convenio colectivo.

El recurso de casación solicita que se revoque la sentencia recurrida y se declare que no corresponde la inclusión en la retribución de las vacaciones de los conceptos que se han ido mencionando más arriba.

2.- El sindicato AMIC ha impugnado el recurso de casación.



La impugnación rechaza que los conceptos controvertidos sean excepcionales, afirmando que el recurso proyecta sesgadamente sobre ellos la doctrina de la "zona de certeza" y de la "zona de duda", con olvido de la concreta actividad desarrollada por los trabajadores de la empresa, que realiza -el personal asistencial- turnos de doce o veinticuatro horas y da servicio veinticuatro horas diarias los trescientos sesenta y cinco días del año.

Respecto del plus sábado, plus domingo y festivo intersemanal, plus festivo especial y especial consideración, la impugnación afirma que los festivos especiales no son dos días excepcionales al año, sino que son unos días de servicio (unos doce al año) "que se prestan ordinariamente en la empresa y que, al igual que los sábados, domingos y festivos intersemanales, deben computarse dentro de lo ordinario y normal en la retribución".

Por lo que se refiere al complemento por horas extras, la impugnación de AMIC afirma, apoyándose en la STS 532/2018, de 16 de mayo, que en las emergencias médicas (ambulancias) resulta esencial la continuidad asistencial y la no interrupción del servicio. Prosigue razonando AMIC que el concepto de hora extra (artículo 43 del VI convenio colectivo) no se pueda desconectar de la jornada complementaria de atención continuada del artículo 22 del VI convenio colectivo, identificando así el propio convenio colectivo "una situación de alargamiento estructural de jornada que siempre tendrá la consideración de hora extra".

Por su parte, el complemento de atención continuada es -para la impugnación del recurso- un concepto ordinario de la nómina de los profesionales asistenciales (médicos, enfermeros y técnicos).

Respecto al resto de complementos, la impugnación de AMIC se remite al criterio de la sentencia recurrida en casación.

La impugnación de AMIC solicita la confirmación de la sentencia de instancia recurrida.

**3.-** El sindicato UGT ha impugnado el recurso de casación.

La impugnación sostiene que todos los conceptos controvertidos "obedecen a retribución ordinaria y en ningún caso constituyen indemnización o suplidos, tratándose de conceptos retributivos que son percibidos por los trabajadores en el desempeño de su actividad asistencial habitual", por lo que deben ser abonados durante las vacaciones.

La impugnación de UGT solicita la desestimación íntegra del recurso de casación.

**4.-** El informe del Ministerio Fiscal, compartiendo la doctrina de la sentencia recurrida en casación, considera, sin embargo, que "la sentencia tendría que haber entrado en el estudio de los distintos conceptos reclamados".

Partiendo de lo anterior, y siguiendo el esquema del recurso, el Ministerio Fiscal entiende que:

**a)** El plus de transporte es, por su propia naturaleza, un concepto extrasalarial, que no retribuye actividad laboral y obedece al "resarcimiento" que supuso el cambio de sede del centro de trabajo, por lo que para el Ministerio Fiscal no debe ser incluido ya que en periodo vacacional no existe tal molestia.

**b)** Las pagas extras, atendiendo a su propia naturaleza, han de ser asimismo excluidas, pues de otra forma se produciría un doble cómputo.

También debe excluirse, según el Ministerio Fiscal, la paga extraordinaria de asistencia, al computarse por docenas partes; no hacerlo así, produciría el aludido doble cómputo.

**c)** El Ministerio Fiscal entiende, por el contrario, que la retribución de tutorías debe incluirse en la retribución de las vacaciones, al retribuir una actividad laboral y en la medida en que se cumpla el requisito de la habitualidad.

**d)** Lo mismo entiende el Ministerio Fiscal que debe ocurrir con las horas extraordinarias. En la medida en que se cumpla el criterio de habitualidad, deben incluirse en la retribución de las vacaciones.

**e)** Lo anterior es igualmente aplicable, para el Ministerio Fiscal, a la guardia o semana localizable.

**f)** Por el contrario, el plus festivo especial y el plus festivo especial consideración, dada su propia y especialísima naturaleza, que impide su habitualidad, deberían excluirse -razona el Ministerio Fiscal- de la retribución de las vacaciones.

**g)** Para el Ministerio Fiscal, el complemento de atención continuada debe estar incluido siempre que se dé el requisito de habitualidad al tiempo de la retribución de las vacaciones, no siendo óbice su voluntariedad y estructura semestral.

**h)** Por último, el Ministerio Fiscal entiende que el plus domingo, el plus sábado y el plus festivos deben incluirse en la retribución de vacaciones en la medida en que exista habitualidad.

**CUARTO. - La relevancia de las vacaciones retribuidas en la Constitución, en el derecho de la Unión Europea y en la legislación internacional**



1.- La Constitución Española menciona las vacaciones periódicas "retribuidas" en su artículo 40.2, expresando así la importancia que constitucionalmente se le atribuyen al formar parte del "núcleo irrenunciable de los derechos propios de un Estado social" ( STC 324/2006, de 20 de noviembre).

2. a) Expresando asimismo la relevancia que el Derecho de la Unión le otorga, el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclama el derecho de todo trabajador a un periodo de vacaciones anuales "retribuidas", interpretando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que aquel precepto tiene el llamado efecto directo horizontal, al reconocer un derecho incondicionado que no requiere necesariamente de normas de desarrollo.

En efecto, como han señalado las SSTJUE (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2018 ( C-569/16 y 570/16, y C-684/16), de un lado, el derecho a las vacaciones anuales retribuidas "no solo tiene una importancia especial por su condición de principio del Derecho social de la Unión, sino que también 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"; y, de otro, "el derecho a un período de vacaciones anuales retribuidas que el artículo 31, apartado 2, de la Carta reconoce a todo trabajador se caracteriza porque su existencia ha sido establecida de forma imperativa y a la vez incondicional por cuanto, efectivamente, no requiere ser concretado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional,... De ello se sigue que dicha disposición es suficiente por sí sola para conferir a los trabajadores un derecho que puede ser invocado como tal en un litigio con su empresario relativo a una situación cubierta por el Derecho de la Unión y comprendida, por tanto, en el ámbito de aplicación de la Carta".

Además de calificarlo de derecho "fundamental" (por ejemplo, la propia STJUE, Gran Sala, 6 de noviembre de 2018, C-569/16 y 570/16), la jurisprudencia del TJUE ha insistido en que "el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en este concepto constituyen dos vertientes de un único derecho" (por todas, STJUE 13 de diciembre de 2018, C-385/17, y las por ella citadas).

b) El Derecho de la Unión también cuenta con derecho derivado en materia de vacaciones. Se trata del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y cuyo apartado 1 menciona asimismo las vacaciones anuales "retribuidas".

De conformidad con la jurisprudencia del TJUE, el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE tiene el llamado efecto directo vertical, pues no está sujeto a condición alguna y es suficientemente preciso, de manera que los particulares están legitimados para invocarlo ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado (incluyendo en el concepto al empleador público). Pero, al contrario de lo que hemos visto sucede con el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y como recordamos en nuestra STS 497/2016, 8 de junio de 2016 (rec. 207/2015, FD 11), no tiene ni puede tener efecto directo horizontal, al estar incluido en una directiva, toda vez que "ni siquiera una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares puede aplicarse como tal en el marco de un litigio entablado exclusivamente entre particulares" (así lo señalan, entre muchas, las propias SSTJUE, Gran Sala, de 6 de noviembre de 2018, C-569/16 y 570/16, y C-684/16).

A los efectos del presente recurso de casación, es relevante mencionar que la jurisprudencia del TJUE sobre la retribución de las vacaciones ha insistido en que "la expresión "vacaciones anuales retribuidas" utilizada por el legislador de la Unión, en particular, en el artículo 7 de la Directiva 2003/88 significa que, mientras duren las vacaciones anuales en el sentido de ese artículo, debe mantenerse la retribución del trabajador. En otras palabras, que este debe percibir la retribución ordinaria durante dicho período de descanso y ocio" (SSTJUE, Gran Sala, de 6 de noviembre de 2018, C- 569/16 y 570/16, y C-684/16; también hay que citar la STJUE, Gran Sala, 6 de noviembre de 2018, C-619/16 y las SSTJUE 22 de mayo de 2014, C-539/12, 12 de junio de 2014, C-118/13, 11 de noviembre de 2015, C-219/14, y 13 de diciembre de 2018, C-385/17). A la "retribución ordinaria media" hace referencia esta última sentencia. En los términos de la STS 1065/2017, de 21 de diciembre de 2017 (rec. 276/2016), se trata de garantizar la "indemnidad retributiva" durante el período de vacaciones.

El mantenimiento durante las vacaciones de la retribución "ordinaria", "ordinaria media", "normal", "comparable a los periodos de trabajo", con "condiciones económicas comparables", y sin que se deba realizar al respecto una interpretación "restrictiva", se ha enfatizado, así, por la jurisprudencia del TJUE. Y debemos recordar que esta jurisprudencia del TJUE y, en particular, las SSTJUE 22 de mayo de 2014 (C-539/12) y 12 de junio de 2014 (C-118/13), están en el origen de la rectificación que, a partir de las SSTS 496/2016, 8 de junio de 2016, y 497/2016, 8 de junio de 2016 (rec. 112/2015 y 207/2015, respectivamente), hicimos de nuestra anterior jurisprudencia sobre el papel de los convenios colectivos a la hora de determinar la retribución de las vacaciones.



c) Es obligado hacer referencia, finalmente, al artículo 7.2 del Convenio núm. 132 de la OIT sobre las vacaciones anuales pagadas (revisado) de 1970, ratificado por España el 16 junio 1972 y publicado en el BOE el 5 julio 1974.

El artículo 7.2 del Convenio núm. 132 de la OIT establece que las vacaciones deben retribuirse conforme a la "remuneración normal o media".

También el artículo 7.2 del Convenio núm. 132 de la OIT ha sido reiteradamente aplicado por nuestra jurisprudencia, a partir de las ya citadas SSTs 496/2016, 8 de junio de 2016, y 497/2016, 8 de junio de 2016 (rec. 112/2015 y 207/2015, respectivamente).

#### **QUINTO. - La jurisprudencia de la Sala: criterios de la habitualidad, devengo anual y otros**

1.- En el presente supuesto, la sentencia recurrida ha declarado el derecho de los trabajadores a que determinados conceptos se incluyan en la retribución de sus vacaciones, condenando a la empresa a estar y pasar por esa declaración.

El recurso de casación afirma que la sentencia recurrida realiza una interpretación errónea del artículo 7 del Convenio núm. 132 de la OIT y de la Directiva 2003/88/CE, así como de la STJUE 22 de mayo de 2014 (C-539/12) y de las sentencias de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que han abordado el asunto.

Procede, por tanto, recordar la jurisprudencia de la Sala sobre retribución de vacaciones que aplica el artículo 7 del Convenio núm. 132 de la OIT y -en los términos que ya se han expuesto con cita de la STS 497/2016, 8 de junio de 2016 (Pleno, rec. 207/2015)- el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE y que fue rectificada como consecuencia, precisamente, de la STJUE 22 de mayo de 2014 (C-539/12). Por citar de las relativamente recientes, nuestras STS 170/2020, 25 de febrero de 2020 (rec. 177/2018) y 198/2020, 3 de marzo de 2020 (rec. 115/2018), mencionan las ya numerosas sentencias dictadas por la Sala sobre retribución de vacaciones.

2.- A la hora de determinar la retribución "normal o media" de las vacaciones, la negociación colectiva tiene capacidad reguladora y un "grado de discrecionalidad" -incluso "protagonismo" ( STS 532/2018, 16 de mayo de 2018, rec. 99/2017)-, pero no puede llegar a la "distorsión" del concepto haciéndolo "irreconocible" ( STS 497/2016, 8 de junio de 2016, Pleno, rec. 207/2015).

El concepto de retribución normal o media es un "concepto jurídico indeterminado y como tal ofrece" ( STS 497/2016, 8 de junio de 2016, Pleno, rec. 207/2015):

"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" ( STS 497/2016, 8 de junio de 2016, Pleno, rec. 207/2015).

a) La "habitualidad" ( SSTs 496/2016, 8 de junio de 2016 y 497/2016, 8 de junio de 2016, Pleno, rec. 112/2015 y 207/2015, respectivamente) en la realización del trabajo al que corresponde el concepto o complemento cuya inclusión en la retribución de las vacaciones se reclama, será, en consecuencia, un criterio determinante para resolver las dudas que se planteen en el obligado "examen casuístico" ( SSTs 497/2016, 8 de junio de 2016, Pleno, rec. 207/2015 y 789/2016, 29 de septiembre de 2016, rec. 233/2015) y análisis "específico" a realizar ( STJUE 22 de mayo de 2014, C-539/14). Y es también en esta zona de duda donde la negociación colectiva está llamada a ejercer su papel regulador adaptado a las específicas circunstancias concurrentes en el sector o en la empresa. Indicativo de la habitualidad es que el concepto se perciba mensualmente de forma reiterada.

b) Junto a la habitualidad, un segundo criterio será si el abono de un determinado concepto en la retribución de las vacaciones podría suponer una duplicidad o reiteración (un doble pago), lo que bien puede ocurrir en



los conceptos de devengo anual que "ya retribuye(n) de por sí las vacaciones" ( STS 497/2016, 8 de junio de 2016, Pleno, rec. 207/2015) y, por tanto, "ya se hubiera percibido la retribución de todo el año" ( STS 496/2016, 8 de junio de 2016, Pleno, rec. 112/2015).

**c)** El tercer criterio que aquí procede recordar de nuestra ya extensa jurisprudencia sobre la retribución de vacaciones, es que los conceptos en cada supuesto controvertidos se habrán de incluir en la retribución de las vacaciones, en su caso, únicamente respecto de los trabajadores que los perciban de forma habitual y no ocasional, ocasionalidad que, a falta de la deseable especificación en la negociación colectiva, la hemos cifrado en si se ha percibido en menos de seis meses de los once anteriores ( SSTS 223/2018, 28 febrero 2018, rec. 16/2017, y 320/2019, rec. 62/2018).

**d)** Los últimos criterios que conviene recordar son, de un lado, el de la mayor facilidad y accesibilidad probatoria empresarial ( SSTS 497/2016, 8 de junio de 2016, Pleno, rec. 207/2015, 789/2016, 29 de septiembre de 2016, rec. 233/2015, 223/2018, 28 de febrero de 2018, rec. 16/2017, y 217/2019, de 14 de marzo, rec. 111/2018). Y, de otro, que sobre esta materia la jurisprudencia del TJUE que se ha citado afirma que no deben realizarse interpretaciones "restrictiva(s)", en orden a no disuadir el ejercicio efectivo del derecho a las vacaciones, y ello aunque no está de más recordar que, entre nosotros, el derecho a las vacaciones retribuidas es un derecho indisponible, "no sustituible por compensación económica" ( artículo 38.1 ET) - excepto en caso de terminación de la relación laboral ( artículo 7.2 Directiva 2003/88/CE)- y que se prohíbe expresamente la sanción consistente en "la reducción de la duración de las vacaciones" ( artículo 58.3 ET).

## **SEXTO. - Los conceptos controvertidos en el caso**

### **1.- Los conceptos controvertidos**

Como se ha recogido en el fundamento de derecho tercero, apartado 2, el recurso de casación alega que los conceptos que no deben incluirse en la retribución de las vacaciones son los siguientes: plus de transporte; pagas extraordinarias (junio, Navidad y asistencia); retribución de las tutorías al personal de formación en prácticas; horas extraordinarias; guardia o semana localizable; plus festivo especial y plus festivo especial consideración; complemento de atención continuada; y plus domingo, plus festivo intersemanal y plus sábado.

Hay que examinar, por tanto, la regulación de estos conceptos en el convenio colectivo de aplicación (el VI convenio colectivo empresarial publicado en el DOGC de 30 de septiembre de 2016) y los demás datos disponibles.

### **2.- Plus transporte**

Respecto del plus de transporte, como recogen los hechos probados de la sentencia recurrida y se ha recordado en el fundamento de derecho primero, apartado 2, letra d), la comisión paritaria del VI convenio colectivo dispuso la incorporación al texto del convenio del siguiente acuerdo de consolidación del plus de transporte alcanzado en el Tribunal Laboral de Cataluña:

"La empresa Semsá abonará un plus de transporte de 120 €/mes durante 11 meses/año a todos los trabajadores que presten servicios para Semsá con una dedicación de cinco días de trabajo efectivo, en media semanal y se hayan de trasladar para prestar sus servicios en la sede citada... (que) se abonará únicamente mientras la sede de la empresa esté fuera de la localidad de Barcelona... (y que) en el momento en que Semsá pueda ofrecer de forma gratuita servicio de parking y un servicio de bus alternativo desde puestos de la ciudad que permitan garantizar la cobertura a cargo de Semsá de la asistencia a la nueva empresa, la percepción del importe del citado Plus de Transporte será renegociada entre las partes..."

Como puede advertirse, el plus abona el traslado ("se hayan de trasladar") a la sede de la empresa, situada ahora fuera de Barcelona y antes en Barcelona. Como señala el Ministerio Fiscal, el concepto obedece al "resarcimiento" que supuso el cambio del centro de trabajo a fuera de Barcelona, con los mayores gastos de desplazamiento que ello lógicamente comporta.

El concepto de plus de transporte del presente caso guarda cierta semejanza con el concepto de transporte examinado por nuestra STS 871/2019, 17 diciembre 2019 (rec. 127/2018), fundamento de derecho séptimo, apartado 3. También entendemos que, en el presente supuesto, se trata de compensar un mayor gasto, incardinándose el llamado plus de transporte, así, a los efectos que ahora importan, en el artículo 26.2 ET y no en el artículo 26.1 ET. Al igual que sucedía en la citada STS 871/2019, 17 diciembre 2019 (rec. 127/2018), el "iter negociador" es revelador de lo que quiso acordar y efectivamente se acordó. Y es igualmente revelador el hecho de que el plus se perciba durante once (y no doce) meses al año, es decir, en los meses en los que se realiza la efectiva prestación de servicios. También es elocuente del hecho de que se trata de hacer frente a los mayores gastos que supone el desplazamiento al centro de trabajo situado ahora fuera de Barcelona que en



el acuerdo se prevea expresamente la renegociación del plus de transporte en el momento en que la empresa pueda ofrecer servicio de aparcamiento de forma "gratuita" y un "servicio de bus".

Es de interés reseñar, finalmente la afirmación de la reiteradamente mencionada STJUE 22 de mayo de 2014 (C-539/12), con cita de la previa STJUE 11 de septiembre de 2011 (C-155/10), en el sentido de que "los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales (véase la sentencia Williams y otros, EU:C:2011:588, apartado 25)".

De conformidad con lo razonado y de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal, se estima en este extremo el recurso de casación.

### **3.- Pagas extras (junio, Navidad y asistencia)**

Las pagas extraordinarias de junio y diciembre se regulan en el artículo 41 del VI convenio colectivo, que establece que dichas pagas se devengan semestralmente y que se reciben con las nóminas de junio y diciembre de cada año.

El devengo semestral, y no mensual, de estas pagas extraordinarias pone de manifiesto que, si se incluyeran adicionalmente en la retribución de vacaciones, se incurriría en el doble cómputo al que se ha hecho referencia en el fundamento de derecho quinto, letra b) y sobre el que advierte el informe del Ministerio Fiscal. Como hemos recordado asimismo en ese fundamento de derecho, los conceptos de devengo anual (aquí semestral) "ya retribuye(n) de por sí las vacaciones" ( STS 497/2016, 8 de junio de 2016, Pleno, rec. 207/2015).

De conformidad con lo razonado y de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal, ha de estimarse en este extremo el recurso de casación.

Lo mismo ha de suceder con la llamada paga extraordinaria de asistencia, regulada en el artículo 44 del VI convenio colectivo.

Esta paga, que incentiva la asistencia y el cumplimiento horario, "se abona con carácter anual junto con la nómina de abril y se computa por docenas partes, cada una de las cuales, cada una de las cuales corresponde a la asistencia y el cumplimiento horario de un mes" (artículo 44.2 VI convenio colectivo). Este devengo anual y el cómputo por "docenas partes", además de diferenciar el supuesto del examinado por nuestra STS 995/2018, 29 de noviembre de 2018 (rec. 167/2017), en el que la atribución era mensual y por once meses al año, revela que, si en el presente caso la paga extraordinaria de asistencia se incluyera adicionalmente en la retribución de vacaciones, se incurriría en el doble cómputo al que se ha hecho referencia en el fundamento de derecho quinto, letra b) y sobre el que advierte el informe del Ministerio Fiscal.

De conformidad con lo razonado y de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal, ha de estimarse en este extremo el recurso de casación.

### **4.- Retribución de las tutorías al personal formador de prácticas**

El artículo 45 del VI convenio colectivo regula la "retribución de las tutorías al personal que forma al personal en prácticas". La retribución se percibe "únicamente" si la empresa "recibe un importe de la empresa y/o institución que envía a los alumnos" y una vez que la empresa "ha cobrado de las diversas instituciones" (artículo 45.4 VI convenio colectivo).

Atendiendo a nuestra jurisprudencia, si la retribución de las tutorías se percibe de forma habitual o normal, ha de incluirse en la retribución de vacaciones.

En consecuencia, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, ha de desestimarse en este extremo el recurso de casación. Ahora bien, la inclusión del concepto de retribución de las tutorías al personal formador de prácticas en la retribución de las vacaciones debe realizarse únicamente respecto de los trabajadores que realicen esas tutorías de forma habitual y no ocasional, habitualidad que, al no especificar nada al respecto el convenio colectivo aplicable, ha de entenderse producida si se ha percibido en seis o más meses de los once anteriores.

### **5.- Horas extraordinarias**

De conformidad con nuestra jurisprudencia, como se ha recogido en el apartado 2 del fundamento de derecho anterior, las horas extraordinarias no han de incluirse con carácter general en la retribución de las vacaciones (forman parte de la faceta "negativa" de la "zona de certeza"), si bien pasarían a formar parte de la "zona de duda" si estuvieran dotadas de "una cierta reiteración" y "habitualidad en su ejecución". Además de a la STS



497/2016, 8 junio 2016 (rec. 207/2015), remitimos a nuestras SSTs 379/2018, 9 de abril de 2018 (rec. 73/2017) y 535/2019, 4 de julio de 2019 (rec. 89/2018).

En esta misma línea de razonamiento, la STJUE 13 de diciembre de 2018 (C-385/17) afirma que "la retribución percibida por las horas extraordinarias realizadas no forma parte, en principio, de la retribución ordinaria a la que el trabajador tiene derecho para las vacaciones anuales retribuidas establecidas en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88" y que solo deberá incluirse si las horas extraordinarias tienen carácter "habitual" y su retribución constituye "un importante elemento de la retribución total que el trabajador percibe".

En el presente supuesto se ha declarado probado, como se ha recogido en el fundamento de derecho primero, que "en los años 2016, 2017, así como en la parte del 2018 transcurrida hasta la fecha de celebración del acto de(l) juicio" de la demanda de conflicto colectivo, la empresa "no ha hecho abono de cantidad alguna en concepto de horas extraordinarias". El recurso de casación afirma que ello es así, sencillamente porque en la empresa "no se hacen" horas extraordinarias. Por su parte, la impugnación del sindicato AMIC entiende que el concepto de hora extraordinaria (artículo 43 del VI convenio colectivo) no se puede desligar de la jornada complementaria de atención continuada (artículo 22 del VI convenio colectivo), pero en ningún momento afirma -sin entrar ahora en los efectos que esa afirmación tendría a efectos casacionales- que, aunque la empresa no haya abonado cantidad alguna en concepto de horas extraordinarias, tales horas sí se han realizado por los trabajadores. En todo caso, la atención continuada tiene su propio complemento (artículo 22 y anexo 4 del VI convenio colectivo), sobre el que se pronuncia la sentencia recurrida y se alega en el recurso de casación, según se verá más adelante.

Las circunstancias descritas son, así, bien distintas de las concurrentes en la STS 532/2018, 16 de mayo de 2018 (rec. 99/2017) -tenida en cuenta por la sentencia recurrida y citada asimismo por AMIC en la impugnación del recurso-, en las que era notoria la habitualidad de las horas extras.

En tales circunstancias, no procede incluir en el presente supuesto en la retribución de las vacaciones la retribución de horas extraordinarias, constando en los hechos probados de la sentencia recurrida que dicha retribución no se ha producido. Distinto sería que en el futuro las horas extraordinarias pasaran a ser habituales.

En consecuencia, de conformidad con lo razonado y oído el Ministerio Fiscal, ha de estimarse en este extremo el recurso de casación.

#### **6.- Guardia o semana localizable del personal TIC**

El recurso de casación alega que el concepto de guardia o semana localizable no aparece en el VI convenio colectivo como concepto retribuido, haciéndose una referencia solo en el anexo salarial, lo que acreditaría su "carácter excepcional".

Pero esta afirmación del recurso no es suficiente para acreditar ese afirmado carácter excepcional, debiéndose recordar, de un lado, lo expuesto en el fundamento de derecho anterior sobre la mayor facilidad y accesibilidad probatoria empresarial, y, de otro, la interpretación no restrictiva que el TJUE reclama en la materia de la retribución de las vacaciones y que asimismo hemos mencionado en el fundamento de derecho cuarto.

En consecuencia, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede desestimar en este extremo el recurso de casación. Ahora bien, la inclusión del concepto de guardia o semana localizable en la retribución de las vacaciones debe realizarse únicamente respecto de los trabajadores que perciban ese concepto de forma habitual y no ocasional, habitualidad que, al no especificar nada al respecto el convenio colectivo aplicable, ha de entenderse producida si se ha percibido en seis o más meses de los once anteriores.

#### **7.- Plus festivo especial y plus festivo especial consideración**

Los "festivos especiales" son, de conformidad con el artículo 38 del VI convenio colectivo, los siguientes: noche 25 de diciembre (turno noche); 26 de diciembre (turno día); noche 5 de enero (turno noche); 6 de enero (turno día); noche jueves santo (turno noche); viernes santo (turno día); noche sábado santo (turno noche); y domingo de pascua (turno día). Los trabajadores a los que "toque" trabajar en estos días y turnos perciben el importe/hora que se especifica en el anexo 3 del VI convenio colectivo.

Por su parte y de acuerdo asimismo con el artículo 38 del VI convenio colectivo, son "festivos especial consideración" los siguientes: 24 de diciembre (turno noche); 25 de diciembre (turno día); 31 de diciembre (turno noche); 1 de enero (turno día); y 23 de junio (turno noche). Estos festivos se abonan con el 150 % del plus festivo especial.

A estos festivos especiales y festivos de especial consideración les es plenamente aplicable lo declarado en nuestra STS 535/2019, 4 de julio de 2019 (FD 7º, rec. 89/2018), en el sentido de que "el reducido número de días a los que afecta y la aleatoriedad de los trabajadores que pueden verse comprometidos en su desempeño no



permiten atribuir al complemento reclamado la característica de retribución "normal o habitual" que facultaría su conexión con el mandato del artículo 7 del Convenio 132 de la OIT".

En consecuencia, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede estimar en este extremo el recurso de casación.

#### **8.- Complemento de atención continuada**

La atención continuada se contempla y regula en el artículo 22.2.3 del VI convenio colectivo y da derecho a las percepciones a que hace referencia el anexo 4 del convenio.

Atendiendo a lo que se viene razonando y a nuestra jurisprudencia, es claro que el complemento de atención continuada, si se percibe de forma normal o habitual, ha de incluirse en la retribución de las vacaciones. Remitimos también aquí a nuestra STS 535/2019, 4 de julio de 2019 (FD 5º, rec. 89/2018).

En consecuencia, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede desestimar en este extremo el recurso de casación. Ahora bien, también aquí hay que precisar que la inclusión del complemento de atención continuada en la retribución de las vacaciones debe realizarse únicamente respecto de los trabajadores que perciban ese concepto de forma habitual y no ocasional, habitualidad que, al no especificar nada al respecto el convenio colectivo aplicable, ha de entenderse producida si se ha percibido en seis o más meses de los once anteriores.

#### **9.- Plus domingo, plus sábado y plus festivos**

Estos pluses se establecen en el artículo 38 del VI convenio colectivo. Y también respecto de ellos debemos señalar que, atendiendo a lo que se viene razonando y a nuestra jurisprudencia, es claro que estos pluses, si se perciben de forma normal o habitual, han de incluirse en la retribución de las vacaciones. Remitimos asimismo a nuestra mencionada STS 535/2019, 4 de julio de 2019 (FD 6º, rec. 89/2018).

En consecuencia, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede desestimar en este extremo el recurso de casación. Ahora bien, también aquí hay que precisar que la inclusión del plus domingo, plus sábado y plus festivos en la retribución de las vacaciones debe realizarse únicamente respecto de los trabajadores que perciban esos pluses de forma habitual y no ocasional, habitualidad que, al no especificar nada al respecto el convenio colectivo aplicable, ha de entenderse producida si se han percibido en seis o más meses de los once anteriores.

#### **SÉPTIMO. - La estimación parcial del recurso de casación**

1.- De acuerdo con lo todo lo anteriormente razonado, y en los términos expuestos, procede:

- a) Estimar parcialmente el recurso de casación.
- b) Casar y anular parcialmente la sentencia recurrida, en los pronunciamientos en que dispone la inclusión en la retribución de vacaciones de los conceptos de plus de transporte, pagas extraordinarias (junio, Navidad y asistencia), horas extraordinarias y plus festivo especial y plus festivo especial consideración.
- c) Confirmar la procedencia de incluir como conceptos computables en el cálculo de la retribución de vacaciones los conceptos de retribución de las tutorías al personal formador de prácticas, guardia o semana localizable, atención continuada y plus domingo, plus sábado y plus festivos.
- d) Declarar el derecho de quienes perciban los anteriores conceptos y complementos seis o más meses de entre los once precedentes (en la misma proporción si la prestación de servicios fuese inferior), a que en la retribución de vacaciones se le abone el promedio satisfecho por tales conceptos.

2.- De acuerdo con el artículo 235.2 LRJS, cada parte se hará cargo de sus costas.

3.- De conformidad con el artículo 216.3 LRJS, se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.

#### **FALLO**

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

1.- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por SISTEMA D' EMERGENCIAS MÉDICAS, S.A., representada y asistida por el letrado don Pedro Sánchez Serrano, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de noviembre de 2018 (d. 27/2018).



**2.-** Casar y anular parcialmente la sentencia recurrida, en los pronunciamientos en que dispone la inclusión en la retribución de vacaciones de los conceptos de plus de transporte, pagas extraordinarias (junio, Navidad y asistencia), horas extraordinarias y plus festivo especial y plus festivo especial consideración, manteniendo el resto de sus pronunciamientos.

**3.-** Declarar el derecho de quienes perciban los conceptos y complementos no casados ni anulados seis o más meses de entre los once precedentes (en la misma proporción si la prestación de servicios fuese inferior), a que en la retribución de vacaciones se le abone el promedio satisfecho por tales conceptos.

**4.-** Cada parte asumirá sus costas ( artículo 235.2 LRJS).

**5.-** Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir ( artículo 216.3 LRJS).

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ