



6BAN-SAU-47/16

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA
SALA SOCIAL

Passeig Lluís Companys s/n
Barcelona
934866175

24 FEB. 2017

ABOGADO: BEGOÑA PEREZ CRESPO
Via LAIETANA, (GABINET JURID. CCOO)
Nº 16, 6º.
BARCELONA 08003 Barcelona

LETRADA DE LA ADM. DE JUSTICIA DE SALA D/DÑA. MERCEDES INIESTA
GARCIA. (nr0122)

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN DE SENTENCIA

En DEMANDAS **42/2016**, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha dictado la providencia de votación y fallo y, con fecha 02/02/2017, la sentencia que por copias autorizadas se acompañan a la presente.

Dicha sentencia no es firme y contra la misma puede interponerse recurso de casación con los requisitos y advertencias legales que constan en la sentencia que se notifica.

Y para que sirva de notificación en forma a la persona/Centro Oficial que se indica, libro la presente que firmo en Barcelona a veinte de febrero de dos mil diecisiete

LA LETRADA DE LA ADM. DE JUSTICIA





TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA
SALA SOCIAL

JSP

ILMO. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER
ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT
ILMA. SRA. JUANA VERA MARTINEZ

En Barcelona a 2 de febrero de 2017

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmo/as. Sr/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 1/2017

En la demanda nº 42/2016, ha actuado como Ponente el Ilmo Sr. José De Quintana Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Con fecha 7 de octubre de 2016 tuvo entrada en la Secretaría de esta Sala la demanda conflicto colectivo en la que interviene como parte demandante CONFEDERACIÓ SINDICAL DE LA COMISSIÓ OBRERA NACIONAL DE CATALUNYA (Sindicato CCOO), UNIO GENERAL DE TREBALLADORS DE CATALUNYA y SINDICATO DE ENFERMERIA (SATSE) y como parte demandada SINDICATO METGES DE CATALUNYA, UNIO CATALANA D'HOSPITALS, CONSORCI ASSOCIACIÓ PATRONAL SANITÀRIA I SOCIAL (CAPSS) y ASSOCIACIÓ CATALANA D' ENTITATS DE LA SALUT (ACES). Admitida la misma a trámite, se ha celebrado el correspondiente acto de la vista el pasado día **11 de enero de 2017** . Finalizado dicho acto, se elevaron las conclusiones a definitivas quedando las actuaciones concluidas para dictar sentencia.





HECHOS PROBADOS

Primero.- El I Convenio Colectivo de Trabajo de los Hospitales de Agudos, Centros de Atención Primaria, Centros Socio Sanitarios y de Salud Mental concertados con el Servei Català de la Salut fue firmado por la parte empresarial compuesta por Unió Catalana d'Hospitals, Consorcio Associació Patronal Sanitaria i Social (CAPSS) y Associació Catalana d'Entitats de la Salut (ACES) y por la parte social por el Sindicato de Enfermería (STSE), Unió General de Teballadors de Catalunya, Confederació Sindical de la Comissió Obrera Nacional de Catalunya (Sindicato CC:OO.), el día 28 de Abril de 2015.

Segundo.- El artículo 22 del convenio mencionado regula el descanso periódico anual (vacaciones) de los grupos 4, 5, 6 y 7. respecto a la normativa aplicable a los grupos 1, 2 y 3 el artículo 20 remite al Estatuto Marco del Personal Estatutario.

El artículo 22-3 del aludido convenio dispone que las vacaciones se retribuirán incluyendo salario base y todos los complementos salariales que corresponden a la jornada ordinaria y que según tablas se establezcan como mínimo en 12 pagas. Las condiciones retributivas del personal vienen reguladas principalmente en el capítulo 4 del convenio colectivo, principalmente de los artículos 25 a 36 ambos incluidos y cuyo contenido damos aquí por reproducido.

Tercero.- Los conceptos retributivos que integran la paga de vacaciones que se vienen satisfaciendo a los trabajadores de las empresas pertenecientes a las asociaciones patronales codemandadas son los siguientes:

Salario base plus convenio

Plus vinculación

Plus nocturnidad

Plus responsabilidad

Retribución anual complementaria grupo 1 y 2 (artículo 33): complemento para la atención programada y complemento de adscripción al SIPDP.

Nivel de SIPDP. (artículo 75), así como, anexos 13, 14 y 15 del convenio

Retribución complementaria específica de los grupos 1 y 2 de los centros de primaria (artículo 27) que se remite a los artículos 78 a 80 del convenio así como al anexo 16.

Por el contrario no se incluyen en este momento en la retribución de las vacaciones anuales los complementos salariales siguientes:

Pluses de sábado, domingo, festivo y plus festivo especial (artículo 32)

El complemento de atención continuada (artículo 33)

Las horas extraordinarias (artículo 34)

Las guardias o retribución de la jornada complementaria de atención continuada (artículo 36)





La retribución variable por objetivos (artículo 36)

Cuarto.- El objeto de la controversia que plantea la demanda de conflicto colectivo presentada por el Sindicato de Enfermería (STSE), Unió General de Treballadors de Catalunya, Confederació Sindical de la Comissió Obrera Nacional de Catalunya (Sindicato CC:OO) contra las Asociaciones Patronales antes señaladas y a la que se adhirió el Sindicato de Metges de Catalunya es la interpretación del artículo 22 del Convenio Colectivo mencionado en relación con el artículo 7 del Convenio nº 132 de la OIT ratificado por España y de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que concretamente en su artículo 7 establece la regulación de las vacaciones anuales, y también en relación con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta cuestión y con la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, para determinar si los conceptos retributivos que en el anterior hemos mencionado como no integrantes en la actualidad de la paga de vacaciones de los trabajadores, deben incluirse también en la misma.

Quinto.- El conflicto afecta a todos los trabajadores y trabajadoras que presten sus servicios en los centros o instituciones a las cuales les sea de aplicación que son a los que se refiere el artículo 1.2 de la norma convencional al regular su ámbito funcional.

Sexto.- El 25 de julio de 2016 se celebró intento de conciliación ante el Tribunal laboral de Catalunya con el resultados de sin avenencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Frente a la pretensión planteada por los sindicatos demandantes a los que se adhirió el Sindicato de Metges de Catalunya se oponen las tres asociaciones patronales codemandadas. Trataremos dicha oposición como única toda vez que los letrados de las referidas patronales en el acto del juicio oral coincidieron prácticamente en los argumentos que expusieron para oponerse a la demanda, difiriendo en su intervención sólo en cuestiones de índole menor pero sin que en ningún caso sus alegaciones fueran contradictorias entre sí sino que al contrario la exposición de cada uno de los tres letrados supuso una reafirmación de los argumentos de oposición empleados por el letrado que le precedió en el uso de la palabra. En definitiva existe un bloque de oposición por parte de las demandadas con argumentos similares e incluso idénticos y como tal será tratado en la sentencia.

De un modo algo confuso se planteó la excepción de inadecuación de procedimiento en relación al de conflicto colectivo utilizado por los demandantes.

Se argumenta que en el suplico de la demanda se incluyen conceptos que integran ya la paga de vacaciones de los trabajadores afectados por el convenio colectivo de





referencia de suerte que la pretensión hecha valer sería incongruente y nos hallaríamos ante un conflicto de intereses y no ante un conflicto colectivo.

Por otra parte también se argumentó especialmente por la representación de la ACES que no puede pretenderse de la Sala una interpretación del artículo 22-3 del Convenio, toda vez que los términos de dicho precepto son tan claros que lo que se pide al Tribunal no es propiamente una interpretación, lo que sí se acomodaría a la naturaleza propia del procedimiento de conflicto colectivo sino la creación de una nueva norma al margen de la convencional lo que no es admisible en ningún caso.

Según lo dispuesto por el artículo 153.1 de la LRJS *"Se tramitarán a través (del proceso de conflicto colectivo) las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del art. 40, el apartado 2 del art. 41...o de una práctica de empresa..."*.

Conforme a una ya consolidada hermenéutica jurisprudencial de dicho precepto (manifestada, entre otras coincidentes, por las SSTS de 10 de diciembre de 2012 y 24 de septiembre de 2013) son dos los requisitos que conforman este especial procedimiento: 1) Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiéndose por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad", y 2) Otro objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como *"un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros"*. El texto vigente de la Norma introduce una nueva modalidad de conflicto colectivo, que viabiliza las pretensiones de condena, en cuyo caso el colectivo genérico, afectado por el conflicto de condena, deberá ser susceptible de determinación individual, puesto que esa precisión permitirá su identificación en el fallo en las sentencias de condena, que podrán ser ejecutadas colectivamente, en función de lo previsto en su artículo 157.1 a).

En aplicación de aquel primer precepto la doctrina jurisprudencial (SSTS de 31 de enero y 20 de marzo de 2012) ha venido descartando la posibilidad de acometer por el procedimiento de conflicto colectivo los conflictos plurales, entendiéndose como tales aquellos en los que no exista un interés común e indivisible para el colectivo de trabajadores afectados. Así, sobre cual haya de ser el objeto propio del proceso de conflicto colectivo que regulaba el art. 151 LPL (actualmente art. 153 LRJS), la STS de 17 de Enero de 2011 (rco 246/2009; con cita de los pronunciamientos del mismo Tribunal de 25 de junio de 1992 y 7 de noviembre de 2008) viene a reiterar la necesidad de que nos encontremos ante un *"conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad"*; al que se añade la necesidad de que el "interés" sea indivisible y corresponda *"al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros"*. En el bien entendido de que una eventual





divisibilidad del interés habrá de manifestarse *"de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general"*. En este sentido se pronunciaba la primera de las sentencias citadas (de 1 de junio de 1992) al advertir que *" el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que -advierte el Alto Tribunal- el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores"*; de tal manera que *" el problema no consiste tanto en esa potencial afectación plural que puede derivarse de una sentencia colectiva, sino en la dimensión en que ha de plantearse la controversia, que no puede consistir en la solicitud del reconocimiento de una situación individualizada de uno o varios trabajadores, sino en una declaración general que se corresponda con el propio carácter genérico del grupo de los trabajadores incluidos en el conflicto "*.

En este caso no cabe duda de que la interpretación que haya de darse a los preceptos del convenio colectivo en relación a la paga de vacaciones y en particular al art. 22 del mismo ha de ser no solo a la luz de la literalidad de los preceptos convencionales sino también de las Directivas comunitarias y de la doctrina y jurisprudencia de los Tribunales, tanto de la del TJUE como de la Sala IV del TS .

Así pues no cabe duda de que la pretensión de que se determinen cuáles han de ser los conceptos retributivos contemplados en el Convenio Colectivo de Trabajo de los Hospitales de Agudos, Centros de Atención Primaria, Centros Socio Sanitarios y de Salud Mental concertados con el Servei Català de la Salut, han de incluirse en la paga de vacaciones, refiriéndose concretamente a cinco que actualmente no están contemplados en la misma, supone plantear un debate que afecta a los intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, que son todos los afectados por dicho convenio y en modo alguno implica traer a colación una demanda que afecte sólo a un interés particular o individual de cada uno de ellos .

En cuanto a la alegación de la parte demandada relativa a que el suplico de la demanda se ha formulado de modo incorrecto no puede acogerse toda vez que aparecen en el contenido de la misma, perfectamente diferenciados e identificados, los conceptos retributivos que actualmente ya se incluyen en la paga de vacaciones y los que por el contrario no están comprendidos en ella a pesar de que, como se ha dicho, son conceptos retributivos que si están contemplados en la norma convencional. Así pues lo que se reclama aparece con meridiana claridad, pues lo que se pretende no es otra cosa que la de que se integren todos en el contenido de la referida retribución y ello no significa que se pretenda algo que ya se disfruta pues existen cinco conceptos que no están integrados en la paga de vacaciones actualmente .En cualquier caso ya se dicho que el procedimiento de conflicto colectivo planteado por los demandantes es el adecuado para dirimir la cuestión discutida.

Por otra parte lo que se solicita y lo que la Sala debe llevar a cabo no es sólo la interpretación del artículo 22 del convenio colectivo, sino que ha de tenerse también





cuenta el artículo 7 del Convenio nº 132 de la OIT ratificado por España así como de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y que concretamente en su artículo 7 establece la regulación de las vacaciones anuales, y todo ello en relación con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, en cuyas últimas sentencias, posteriores a la firma del Convenio que se examina, se han introducido cambios en la del tradicional doctrina del Alto Tribunal sobre esta cuestión .

En definitiva el debate sobre cuáles han de ser los conceptos retributivos a tener en cuenta para la paga de vacaciones en el ámbito del Convenio Colectivo de Trabajo de los Hospitales de Agudos, Centros de Atención Primaria, Centros Socio Sanitarios y de Salud Mental concertados con el Servei Català de la Salut, es materia que corresponde al procedimiento de conflicto colectivo y para cuyo enjuiciamiento es competente la Sala sin que pueda pretenderse que ésta se limite exclusivamente a seguir literalmente el texto del artículo 22 de del referido convenio sin tomar en cuenta la doctrina y jurisprudencias mencionadas .

Segundo.- Entrando el fondo de la cuestión debatida que consiste en determinar si los conceptos retributivos que la parte actora señala deben integrar, junto a los que ya forman parte de ella, la paga de vacaciones hemos de señalar que en nuestra sentencia de 9 de junio de 2016 realizábamos ya un examen de los criterios doctrinales y jurisprudenciales que se han pronunciado sobre el contenido de la retribución de vacaciones con cita expresa de la sentencia de la AN de 10 de Noviembre de 2015 . Así hemos indicado que el Convenio de la OIT 132, de 24 de junio de 1970 (ratificado por Instrumento de 16 de junio 1972), relativo a las vacaciones anuales pagadas, señala en su art. 7.1 : "*Toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones , por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado*".

El precepto de la norma internacional ha sido objeto de múltiples pronunciamientos de la Sala IV, cuya doctrina puede resumirse del modo siguiente. La retribución de las vacaciones anuales se rige por la regla general de la retribución habitual o promedio de todos los emolumentos de la jornada ordinaria. Ello supone que han de excluirse los conceptos que remuneran actividades extraordinarias.

Por su parte la sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Sala 1ª, S 22-5-2014, nº C-539/2012, nos recuerda, en primer lugar, que según reiterada jurisprudencia, 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 ésta que ha sido codificada por la Directiva 2003/88 (véase la sentencia KHS, C-214/10, EU:C:2011:761 , apartado 23 y la jurisprudencia citada). Además, ese 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.

En este contexto, procede interpretar el artículo 7 de la Directiva 2003/88 a la luz de su tenor y del objetivo que persigue. Ahora bien, aunque el tenor del artículo 7 de la Directiva 2003/88 no da ninguna indicación explícita por lo que se refiere a la retribución a la que el trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que la expresión " *vacaciones anuales retribuidas*" que figura en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 significa que, mientras duren las " vacaciones anuales" en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución y, en otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso (véanse las sentencias Robinson- Steele y otros, C-131/04 y C-257/04 , EU:C:2006:177 , apartado 50, y Schultz-Hoff y otros, C-350/06 y C-520/06, EU:C:2009:18, apartado 58).

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. 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 períodos de trabajo (véanse las sentencias Robinson-Steele y otros, EU: C: 2006:177 , apartado 58, y Schultz- Hoff y otros, EU: C: 2009:18 , apartado 60).

También se ha dicho que una 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 (en este sentido, en particular, la sentencia Williams y otros, C-155/10 , EU: C: 2011:588 , apartado 21).

A este respecto, carece de pertinencia el hecho de que esa disminución de la retribución se sufra, después del período de vacaciones anuales.

La jurisprudencia comunitaria ha indicado que *"El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a las disposiciones y a las prácticas nacionales en virtud de las cuales un trabajador cuya retribución está compuesta, por un lado, por un salario base y, por otro, por una comisión cuyo importe se fija en función de los contratos celebrados por el empresario gracias a las ventas obtenidas por ese trabajador, sólo tiene derecho, en concepto de vacaciones anuales retribuidas, a una retribución formada exclusivamente por su salario base ."* y que en principio la retribución de las vacaciones debe calcularse de manera que corresponda a la retribución normal del trabajador (véase la sentencia Williams y otros, EU: C: 2011:588 , apartado 21).





Ahora bien, cuando la retribución percibida por el trabajador está compuesta por varios elementos, la determinación de esta retribución ordinaria, y, por tanto, del importe al que dicho trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, necesita un análisis específico (véase la sentencia Williams y otros, EU:C:2011:588 apartado 22).

En el marco de un análisis específico, en el sentido de la jurisprudencia citada, se ha estimado que los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales (véase la sentencia Williams y otros, EU:C:2011:588 , apartado 24).

Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales (véanse, en este sentido, las sentencias Parviainen, C-471/08 , EU: C: 2010:391, apartado 73, y Williams y otros, EU: C: 2011:588 , apartado 27).

En cambio, según esa misma jurisprudencia, 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).".

A su vez el TS en su sentencia de 30 de Noviembre de 2015 recuerda que "*nuestra referida sentencia de 26/07/10 señala que acreditado que en este caso no existe convenio colectivo que determine los conceptos retributivos que han de abonarse en período vacacional, rige la regla general de que las vacaciones han de retribuirse "de acuerdo con la remuneración normal o media obtenida por el trabajador en la época de actividad, lo cual es acorde con su finalidad: garantizar el disfrute efectivo del derecho a vacaciones mediante la continuidad de la percepción de la renta del trabajo habitual "*.

Y que por tanto la retribución por vacaciones " ha de comprender todos los conceptos salariales en su promedio, no incluyéndose en ellos y siendo excepción los conceptos salariales de carácter extraordinarios establecidos para remunerar también actividades extraordinarias. Así, pues, para que un concepto salarial sea excluido de la retribución de las vacaciones no basta que este concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado,

Finalmente la jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la manera en la que han de retribuirse las vacaciones se contiene en





la Sentencia de la Sala IV de 29-9-2016, nº 789/2016, rec. 233/2015 y en las sentencias de Pleno nº 497/2016 y 591/2016, de 8 y 30 de junio de 2016 (recursos 207/2015 y 45/2015). En ellas se lleva a cabo un extenso estudio del alcance del artículo 7 del Convenio 132 OIT, en relación con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE, y de la STJUE 22/07/2014, asunto Lock, doctrina contenida en ésta sobre la que esas sentencias afirman que no resuelve todos los problemas que puedan plantearse en relación con el asunto discutido, ante la no eficacia horizontal directa de la Directiva.

Por ello, en el fundamento de derecho decimotercero de la segunda de las sentencias citadas, se viene a establecer la nueva doctrina jurisprudencial, en la que se dice que *"... 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."*

Argumenta la STS de 29 de septiembre de 2016 antes citada: "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 que 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 .".

Tercero.- Pasando a continuación a la aplicación concreta dado Trigger jurisprudencia expuestas, hay que esperar que el convenio colectivo, en este caso, en su artículo 22-3 concreta exactamente cuáles son los conceptos retributivos que deben integrar la paga de vacaciones o se limita a decir *"las vacaciones se retribuirán incluyendo salario base y todos los complementos salariales que corresponden a la jornada ordinaria y que según tablas se establezcan como mínimo en 12 pagas."* Ahora bien hemos dicho que Tribunal Supremo en sus últimas sentencias ha dejado bien claro 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 de concepto jurídico indeterminado. Por consiguiente deberemos acudir al examen de las características propias de la actividad de los trabajadores incluidos en el ámbito del convenio colectivo. Esta se desarrolla en el campo médico- sanitario, que muestra unas particularidades ocasionadas por la naturaleza propia del servicio de atención a los pacientes el cual implica entre otras cosas la necesidad de atención a los mismos prácticamente todos los días del año y a su vez comporta la existencia de una estructura tanto por lo que se refiere a la jornada realizada y tiempo de trabajo efectivo como a su retribución de carácter muy peculiar y propio de las funciones realizadas lo que hace especialmente complejo determinar cuál es su retribución normal o media más allá de la denominación que reciba cada uno de los complementos recogidos en la norma convencional.

Es por tanto aquí absolutamente necesario realizar, como exige la doctrina jurisprudencial, un examen casuístico que en cada supuesto lleve a una conclusión que sea respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, y que satisfaga aquello que para el Alto Tribunal es lo mas importante, la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas.

Los conceptos retributivos que pide expresamente en la demanda que se pide que pasen a integrar la retribución de vacaciones, junto a los que ya se abonan actualmente son:

Pluses de sábado, domingo, festivo y plus festivo especial, el complemento de atención continuada, las horas extraordinarias, las guardias o retribución de la jornada complementaria de atención continuada y la retribución variable por objetivos.





Examinaremos en primer lugar el de GUARDIAS O RETRIBUCIÓN de la JORNADA COMPLEMENTARIA de ATENCIÓN CONTINUADA. En el artículo 35 del convenio colectivo este se refiere a las “*guardias presenciales y guardias localizables*”.

Hemos aludido ya anteriormente a las especiales características de la actividad que llevan a cabo los profesionales del ámbito médico sanitario. En el mismo la realización de guardias presenciales y de localización y festividad se aprecia como una actuación normal y ordinaria toda vez que el llevarlas a cabo es algo que se encuentra previamente programado y constituye una obligación para todos los profesionales hasta el punto de que sólo están exonerados, como medida de prevención, de efectuarlas, las trabajadoras en situación de riesgo de embarazo y el personal al que su realización sea contraindicada por razones de salud, exigiéndose incluso, en este último caso, un dictamen médico favorable, permitiéndose también la voluntaria exoneración los trabajadores mayores de 50 años pero con un necesario preaviso de tres meses (artículo 66 del convenio colectivo). Todo ello significa que la actividad de guardias de presencia y disponibilidad se fija y establece con antelación y lo programado ha de cumplirse por los trabajadores afectados por la distribución de la misma por el centro en el que prestan sus servicios con sólo las excepciones antes indicadas y sólo por razones de prevención.

Lo dicho acredita en definitiva que las guardias generan una retribución que ha de considerarse dentro de la normal o media de los trabajadores demandantes y que corresponde a una actuación continuada y habitual derivada de las circunstancias propias de la actividad empresarial a que se refiere el ámbito del convenio por lo que debe entenderse que se halla en el denominado “*núcleo o zona de certeza*”, a la que se refiere la doctrina jurisprudencial. Es más dicha retribución consiste en una parte importante de lo que perciben los profesionales y si no se tuviera en cuenta de la paga de vacaciones podría ocasionar el efecto indeseado de disuadir al trabajador de ejercer su derecho a disfrutar las vacaciones anuales ante la existencia de una disminución de la retribución percibida durante las mismas (artículo 7 de la Directiva 2003/88).

Lo expuesto determina pues la obligada inclusión del concepto retributivo discutido en la paga de vacaciones.

Por lo que se refiere al COMPLEMENTO de ATENCIÓN CONTINUADA, los argumentos en favor de su inclusión en la retribución de vacaciones son similares aunque no idénticos a los que hemos expuesto para las guardias médicas.

En primer lugar, a dicho complemento se refiere el artículo 33 del convenio colectivo que alude a la retribución complementaria distinguiendo dentro de ella tres complementos, de los cuales dos están incluidos en la paga de vacaciones pero no el complemento de atención continuada lo que de por sí parece de difícil justificación.

Señala dicho artículo que el complemento lo percibirá proporcionalmente aquel personal facultativo que además de su jornada ordinaria, realice una jornada





complementaria de atención continuada (guardias de presencia física) superior al 75% de la máxima jornada de atención complementaria exigible.

La STS de 26 de abril de 2016 al tratar del complemento de atención continuada dice que “ el fin pretendido por el complemento es el de compensar la mayor seguridad que supone para la empleadora contar con un mayor periodo de tiempo adicional del mismo trabajador. Propiamente no es un plus que remunere la exclusividad o la disponibilidad, sino el que así haya sucedido de manera efectiva, puesto que solo se devenga en función de lo que ha sucedido en el pasado.

En consecuencia, el complemento se separa de la material prestación de cada hora extra; no puede asimilarse al régimen aplicado por realizar la guardia por la noche, en festivo, o con otras circunstancias que la tornen más gravosa; retribuye un mayor esfuerzo y dedicación en la prestación del servicio de guardia presencial por parte de los facultativos médicos , cual es realizar el 75% o más de la máxima jornada complementaria de atención continuada de 499 horas anuales La peculiar naturaleza del complemento , en suma, conduce a establecer para el mismo el ámbito que le es propio, el de acompañar a elementos básicos, como es el percibo del exceso de jornada en función del tiempo de prestación de servicios.”. También como en el caso de las guardias la actuación que da lugar a percibir el complemento de atención continuada es percibido como una parte de la retribución normal o media de los trabajadores por la actividad que hace posible su cobro, también está previamente planificada por los centros hospitalarios en los que prestan servicio y es obligatoria para estos por lo que al tratarse de un complemento de los que acompañan al salario base por una actividad que en la práctica deviene continuada ha de incluirse también en la zona de certeza que menciona la doctrina jurisprudencial.

Por lo que se refiere al PLUS DOMINGO, PLUS SÁBADO y PLUS FESTIVO que remuneran los trastornos que puede provocar en el trabajador el hecho de prestar servicios en estos días, lo que además, por especiales características de la actividad empresarial de los centros que se dedican a la atención médico sanitaria, el trabajo que en esas fechas se desarrolla está previamente establecido y es de obligado cumplimiento para los trabajadores, por lo que también ha de integrarse dentro de la llamada zona de certeza que ha construido la doctrina jurisprudencial. Así lo expresa la sentencia de 30 de junio de 2016 de la Sala IV del TS que excluye expresamente los pluses de trabajo en domingo y festivo de la condición de extraordinarios, recogiendo en particular la doctrina sentada anteriormente por el propio alto tribunal en su sentencia de 26 de julio de 2010 cuando señala que para que un costo salarial sea excluido de la retribución de vacaciones no basta que este concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado sino que es preciso que el trabajo mismo que se remunera sea también extraordinario”.

Cuestión distinta es la referida a los pluses contemplados en los artículos 32-4 y 32-5 que se refieren a supuestos especiales en los que el trabajo efectuado no sólo no es habitual sino que obedece a supuestos extraordinarios. En el caso del artículo 32-5 su propio nombre de PLUS FESTIVO ESPECIAL lo acredita por sí solo. Así pues estos dos últimos supuestos y sólo ellos han de excluirse de la retribución de vacaciones y en cambio la demanda ha de acogerse respecto a los pluses regulados





en los artículos 32-1, 32-2 y 32-3 del convenio colectivo que venimos examinando.

Se pretende también que se integre en la paga de vacaciones el concepto referido a HORAS EXTRAORDINARIAS . El artículo 34-1 del convenio colectivo señala que *“en los centros del ámbito de este convenio, las horas extraordinarias se realizarán para la cobertura de eventualidades extraordinarias”, el artículo 34-2 indica “Son horas extraordinarias las que sobrepasen la jornada anual pactada en este convenio y se retribuirán a razón de las cantidades a tanto alzados brutos que se pactan en el anexo 8.”*

De ello ha de concluirse que son concebidas no como algo que integra la retribución normal o común de los trabajadores sino como algo que retribuye un trabajo excepcional.

No se ha acreditado que la realización de las horas extraordinarias en el sentido en que las retribuye este plus y tal como viene definido en el convenio, sean establecidas de modo corriente y obligatorio en la actividad de las empresas del sector a que se refiere el ámbito del convenio.

El Tribunal Supremo en la sentencia de Pleno de 8 de junio de 2016 incluye en el denominado núcleo o zonas de certeza pero en su faceta activa, entre otros conceptos, a las horas extraordinarias y si bien más tarde al referirse al halo o zona de duda menciona las horas extraordinarias dotadas de cierta reiteración, en este caso ni del modo en que son descritas por la norma convencional en el precepto que antes hemos transcrito ni de la prueba practicada en el acto del juicio se deduce esta reiteración o continuidad que pudiera permitir su inclusión en la retribución de la paga de vacaciones. Es por ello que la pretensión planteada en la demanda respecto a las mismas no puede estimarse.

Finalmente debemos ocuparnos de la llamada RETRIBUCIÓN VARIABLE en FUNCIÓN de OBJETIVOS. DPO.

El artículo 36-1 del convenio analizado señala bajo el epígrafe *“Retribución variable en función de los objetivos por los profesionales de los grupos 1, 2 y 3 nivel II”. Consiste en un sistema de retribución variable para el colectivo de profesionales indicado, vinculado al cumplimiento de objetivos como un instrumento de gestión, incentivación, y motivación continua dentro de las organizaciones. “ En el párrafo siguiente se manifiesta que se basa “en la explicitación de los objetivos y la evaluación continuada de su cumplimiento, pretendiendo que cada profesional oriente su actividad a los objetivos estratégicos de la organización, así como desarrollar una cultura organizativa orientada hacia la mejora de los procesos y de los resultados”.*

Se trata en definitiva de una suerte de incentivo, conceptos retributivos que la doctrina jurisprudencial incluye en esas más recientes sentencias que hemos mencionado y a las que reiteradamente venimos aludiendo, en el núcleo o zona de certeza pero con un carácter negativo, es decir negando su inclusión en la retribución de vacaciones, excepto en el caso de que su percepción fuera debida





circunstancias singulares que aquí en modo alguno aprecia esta Sala. No se ha justificado por la parte actora a través de la correspondiente actividad probatoria que estos objetivos retribuidos de forma variable sean fijados o determinados como algo común o normal en la actividad de los trabajadores a los que afecta el convenio y en consecuencia procede también en relación a este concepto retributivo la desestimación de la pretensión de que sea incluido en la retribución de vacaciones.

Lo expuesto y razonado supone la estimación en parte de la demanda y en consecuencia la determinación de que deben integrar la retribución de las vacaciones anuales de los trabajadores a los que afecta el Convenio Colectivo de Trabajo de los Hospitales de Agudos, Centros de Atención primaria, centros socio sanitarios y de salud mental concertados con el Servei Català de la Salut, además de los que ya se tienen en cuenta en la actualidad, los siguientes: COMPLEMENTO de ATENCIÓN CONTINUADA (artículo 33) , Las GUARDIAS o RETRIBUCIÓN de la JORNADA COMPLEMENTARIA de ATENCIÓN CONTINUADA y los PLUSES de SÁBADO, DOMINGO, FESTIVO (artículos 32-1, 32-2 y 32-3) y resolver que no deben integrar la retribución de las vacaciones anuales de dichos trabajadores afectados por el convenio mencionado los PLUSES del artículo 32.4 y el plus festivos especial del artículo 32-5. Tampoco deben integrar esa retribución de vacaciones las HORAS EXTRAORDINARIAS (artículo 34) y la RETRIBUCIÓN VARIABLE por OBJETIVOS (artículo 36).

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos en parte la demanda de conflicto colectivo planteada por el Sindicato de Enfermería (STSE) , Unió General de Treballadors de Catalunya, Confederació Sindical de la Comissió Obrera Nacional de Catalunya (Sindicato CC:OO) a la que se adhirió el Sindicato de Metges de Catalunya contra Unió Catalana d'Hospitals, Consorcio Associació Patronal Sanitaria i Social (CAPSS) y Associació Catalana d'Entitats de la Salut (ACES) declaramos que deben integrar la retribución de las vacaciones anuales de los trabajadores a los que afecta el Convenio Colectivo de Trabajo de los Hospitales de Agudos, Centros de Atención Primaria, Centros Socio Sanitarios y de Salud Mental concertados con el Servei Català de la Salut, además de los conceptos retributivos que ya se tienen en cuenta en la actualidad, el COMPLEMENTO de ATENCIÓN CONTINUADA, las GUARDIAS o RETRIBUCIÓN de la JORNADA COMPLEMENTARIA de ATENCIÓN CONTINUADA y los PLUSES de SÁBADO, DOMINGO, FESTIVO, estos últimos única y exclusivamente los recogidos en los artículos 32-1, 32-2 y 32-3 del aludido Convenio Colectivo, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y absolviendo a los mismos de las demás pretensiones de la demanda . Todo ello sin expresa condena en costas a ninguna de las partes .

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de





Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado, Graduado social colegiado o representante y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 208 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.





Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

