

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

12094 *Resolución de 5 de diciembre de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica la sentencia de la Audiencia Nacional relativa al VI Convenio colectivo estatal del sector de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.*

Visto el fallo de la Sentencia de fecha 10 de noviembre de 2016 dictado por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, recaído en el procedimiento n.º 256/2016, seguido por la demanda de Comisiones Obreras de Construcción y Servicios y la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de CC. OO., contra la Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia (FED), la Federación de Residencias y Servicios de Atención a los Mayores (LARES), la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE), y la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FSP-UGT), y el Ministerio Fiscal, sobre impugnación de Convenio colectivo,

Y teniendo en consideración los siguientes

Antecedentes de hecho

Primero.

En el «Boletín Oficial del Estado» de 18 de mayo de 2012, se publicó la resolución de la Dirección General de Empleo, de 25 de abril de 2012, en la que se ordenaba inscribir en el correspondiente Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo con funcionamiento a través de medios electrónicos de ese centro directivo y publicar en el «Boletín Oficial del Estado», el VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (código de convenio número 99010825011997).

Segundo.

El 17 de noviembre de 2016 tuvo entrada en el registro general del Departamento la sentencia antecitada de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en cuyo fallo se declara no ajustado a derecho el último párrafo del artículo 39 del Convenio colectivo publicado en el BOE de 18 de mayo de 2012.

Fundamentos de Derecho

Primero.

De conformidad con lo establecido en el artículo 166.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, cuando la sentencia sea anulatoria, en todo o en parte, del Convenio colectivo impugnado y este hubiera sido publicado, también se publicará en el boletín oficial en que aquel se hubiere insertado.

En consecuencia, esta Dirección General de Empleo resuelve:

Primero.

Ordenar la inscripción de dicha sentencia de la Audiencia Nacional dictada el día 10 de noviembre de 2016, recaída en el procedimiento n.º 256/2016 relativa al VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo

de la promoción de la autonomía personal, en el correspondiente Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo con funcionamiento a través de medios electrónicos de este centro directivo.

Segundo.

Disponer su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 5 de diciembre de 2016.—El Director General de Empleo, Xavier Jean Braulio Thibault Aranda.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Secretaria doña Marta Jaureguizar Serrano

Sentencia n.º: 167/16

Fecha de juicio: 2/11/2016.

Fecha sentencia: 10/11/16.

Fecha auto aclaración:

Tipo y núm. procedimiento: Impugnación de Convenios 256/2016.

Ponente: Emilia Ruiz-Jarabo Quemada.

Demandante/s: Comisiones Obreras de Construcción y Servicios y Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de CC. OO.

Demandado/s: Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia (FED), la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FSP-UGT), Federación de Residencias y Servicios de Atención a los Mayores (LARES), Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE).

Resolución de la sentencia: Estimatoria.

Breve resumen de la sentencia: Retribución de vacaciones. VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. Complementos de actividad. La AN considera que la retribución de vacaciones se debe integrar con el promedio de lo percibido regular y habitualmente por los trabajadores sin que se puedan exceptuar con carácter general, tal y como se recoge en el convenio, el pago de complementos de actividad porque, tiene declarado la Jurisprudencia que la retribución de las vacaciones ha de comprender todos los conceptos salariales (retribución 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; en su promedio. (FJ 4).

AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

Goya 14 (Madrid).

Teléfono: 914007258.

Equipo/usuario: GCM.

NIG: 28079 24 4 2016 0000274.

Modelo: ANS105 Sentencia.

IMC impugnación de Convenios 0000256 /2016.

Procedimiento de origen:

Sobre: Impugnación Convenios.

Ponente Ilma. Sra.: Doña Emilia Ruiz-Jarabo Quemada.

Sentencia 167/16.

Ilma. Sra. Presidenta doña Emilia Ruiz-Jarabo Quemada.

Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. Magistrados/as:

Don Ramón Gallo Llanos.
Doña María Carolina San Martín Mazzucconi.

En Madrid, a diez de noviembre de dos mil dieciséis.

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

EN NOMBRE DEL REY

han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento Impugnación de Convenios 256/2016 seguido por demanda de Comisiones Obreras de Construcción y Servicios (Ldo. Juan José Montoya Pérez) y de Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de CC. OO. (Ldo. José Manuel Rodríguez Vázquez) contra Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia (FED) (Ldo. José Alberto Echevarría), la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FSP-UGT) (Ldo. Eduardo Soria Flores), Federación de Residencias y Servicios de Atención a los Mayores (LARES) (Ldo. Antonio Molina Schmind), y Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE) (Ldo. Miguel Angel Cruz Pérez) sobre impugnación de convenios. Ha sido ponente el Ilmo. Sra. doña Emilia Ruiz-Jarabo Quemada.

Antecedentes de hecho

Primero.

Según consta en autos, el día 15 de septiembre de 2016 se presentó demanda, que ha sido aclarada mediante escrito de 20 de septiembre de 2016, por don José Manuel Rodríguez Vázquez, letrado en ejercicio del Ilustre Colegio de Madrid, en nombre y representación de la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de Comisiones Obreras, y por don Juan José Montoya Pérez, letrado en ejercicio del ilustre colegio de Madrid, en nombre y representación de Comisiones Obreras de Construcción y Servicios, contra Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia (FED), Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE), Federación de Residencias y Servicios de Atención a los Mayores-Sector Solidario (LARES) y Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FSP-UGT), siendo parte el Ministerio Fiscal, sobre Impugnación de Convenio Colectivo.

Segundo.

La Sala designó ponente señalándose el día 2 de noviembre de 2016 para los actos de conciliación y, en su caso, juicio.

Tercero.

Llegado el día señalado tuvo lugar la celebración del acto del juicio en el que la parte demandante se afirmó y ratificó en su demanda, solicitando que se declare que el último párrafo del artículo 39 del Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, no se ajusta a derecho, ya que en la retribución de las vacaciones se han de incluir todos los complementos o retribuciones, fijos o variables, que se devenguen en la jornada ordinaria

y como tales sean percibidos por los trabajadores en el desempeño de su puesto de trabajo.

Frente a tal pretensión, Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FSP-UGT), se adhiere a la demanda.

AESTE, alega falta de acción y, en cuanto al fondo, se opuso a la demanda, todo ello en los términos que resultan del acta de juicio y de la grabación de la vista oral.

LARES y FED, se oponen a la demanda y se adhieren a lo manifestado por la codemandada.

El Ministerio Fiscal en su informe sostuvo que se debe desestimar la excepción de falta de acción y estimarse la demanda formulada.

Cuarto.

Recibido el pleito aprueba, se practicaron las pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, con el resultado que consta en el acta levantada al efecto.

Quinto.

En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

Resultando y así se declaran, los siguientes,

Hechos probados

Primero.

Por Resolución de la Dirección General de Empleo de fecha 25 de abril de 2012 (BOE número 119, de 18 de mayo), se registra y publica el VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, que entró en vigor el 1 de enero de 2012 y tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2013, encontrándose en el momento actual en fase de ultraactividad. (Descriptor 3, hecho conforme)

Segundo.

El artículo 39 de dicho Convenio colectivo establece:

«Artículo 39. *Vacaciones.*

El período de vacaciones anuales será retribuido y su duración será de 30 días naturales. En aquellos casos que no se haya completado el año de trabajo efectivo, los trabajadores y trabajadoras tendrán derecho a la parte proporcional. Las vacaciones se disfrutaran preferentemente durante los meses de junio, julio, agosto y septiembre.

El período de disfrute vacaciones se fijará en un período de 30 días o en dos periodos de 15 días, no pudiendo realizarse más fracciones, salvo acuerdo entre la empresa y el personal y contando con la aprobación de la representación unitaria o sindical, respetándose siempre en los siguientes criterios:

a) El régimen de turnos de vacaciones se hará por rigurosa rotación anual del personal entre los distintos meses, iniciándose esta rotación el primer año, por antigüedad en la empresa. El personal que fraccionen las vacaciones en dos o más periodos, tan sólo tendrá prioridad de elección en uno de estos periodos. A tal efecto se constituirán los correspondientes turnos de vacaciones. Estos turnos harán de acuerdo con el calendario laboral, según las prestaciones del servicio.

El inicio del período de vacaciones o de disfrute de las fiestas abonables, no puede coincidir con un día de descanso semanal, de forma y manera, que en estos casos se entenderán iniciadas las vacaciones al día siguiente del descanso semanal. Si el regreso

de las vacaciones coincide con el día libre, éste deberá respetarse, reiniciándose el trabajo al día siguiente.

b) El calendario de vacaciones se elaborará antes de la finalización del primer trimestre de cada año y, en todo caso, con un mínimo de dos meses del comienzo del mismo.

Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 y 48 bis del Estatuto de los Trabajadores, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

En el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador o a la trabajadora disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el personal podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.

La retribución de las vacaciones no incluirá en ningún caso el pago de complementos de actividad, excepto el plus de nocturnidad para aquel personal de turno fijo de noche.»

Tercero. El artículo 41 del convenio establece en la siguiente estructura retributiva:

«Artículo 41. *Estructura retributiva.*

La estructura retributiva queda como sigue:

A) Salario base: Es la parte de la retribución del personal fijada por unidad de tiempo y en función de su grupo y categoría profesional, con independencia de la remuneración que corresponda por puesto de trabajo específico o cualquier otra circunstancia. El salario base se corresponde con lo que figura en anexo I. Se percibirá proporcionalmente a la jornada realizada.

B) Plus de antigüedad: Se establece el mismo en la cuantía reflejada en el anexo I por cada tres años de servicio prestados en la empresa. Se percibirá proporcionalmente a la jornada realizada.

C) Plus de nocturnidad: Las horas trabajadas entre las 22 horas y las 7 horas tendrán una retribución específica, según anexo I. Este complemento se percibirá igualmente en la retribución de las vacaciones para el personal con turno fijo de noche.

D) Plus de domingos y festivos: Las jornadas realizadas en domingo o festivo, salvo para aquel personal contratado específicamente para domingos o festivos, tendrán una retribución según anexo I. Estos importes se abonarán por jornada trabajada en domingo o festivo, independientemente de las horas trabajadas.

Para el personal que preste servicios en turno nocturno se considerará domingo o festivo trabajado si ha iniciado su jornada durante el domingo o la festividad.

E) Plus de disponibilidad: Se podrán establecer turnos de disponibilidad, voluntarios, que tendrán una retribución específica por turno, según anexo I.

F) Horas extraordinarias: Las horas extraordinarias que se realicen tendrán una retribución específica, según artículo 43 y anexo I.

G) Gratificaciones extraordinarias: Se abonarán dos pagas extraordinarias, con devengo semestral, equivalentes a una mensualidad de salario base, más antigüedad, la primera con devengo del 1 de diciembre al 31 de mayo y abono el día 15 de junio y la segunda con devengo de 1 de junio al 30 de noviembre y abono el día 15 de diciembre. En ningún caso dichas gratificaciones se abonarán prorrateadas mensualmente, salvo en los contratos menores de seis meses o cuando exista acuerdo con la representación unitaria o sindical.

H) Gastos de desplazamiento: La empresa se hará cargo de los gastos de desplazamiento del personal cuando:

- A requerimiento de la empresa, dentro de la jornada laboral, la realización del servicio comporte la necesidad de utilizar medios de transporte.

La propia naturaleza del servicio y organización del trabajo impliquen la necesidad de utilizar medios de transporte para su prestación. Ello especialmente en los desplazamientos entre servicios de tipo rural o semirural y durante su cumplimentación por cualquier trabajador o trabajadora.

El abono se hará de una de las siguientes formas:

- Haciéndose cargo del importe del transporte en medios públicos (autobús, taxi, etc.).
- Facilitando el transporte en vehículo de la empresa.
- Abonando a 0,18 euros por km si el personal se desplaza con su propio vehículo. En todo caso, los importes derivados no se cotizarán en la medida en que no superen el importe por kilómetro legalmente establecido.»

Fundamentos de Derecho

Primero.

En cuanto a los hechos declarados probados, se obtienen de las pruebas que en ellos se indica, dando con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 97.2 de la LRJS.

Segundo.

La demanda de impugnación de Convenio colectivo interpuesta por Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de Comisiones Obreras y por Comisiones Obreras de Construcción y Servicios, solicita que, se declare que el último párrafo del artículo 39 del Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, no se ajusta a derecho, ya que en la retribución de las vacaciones se han de incluir todos los complementos o retribuciones, fijos o variables, que se devenguen en la jornada ordinaria y como tales sean percibidos por los trabajadores en el desempeño de su puesto de trabajo.

Frente a tal pretensión, Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FSP-UGT), se adhiere a la demanda.

AESTE, alega falta de acción y, en cuanto al fondo, se opuso a la demanda, sostiene que la nulidad de la cláusula solicitada del convenio implicaría la nulidad del artículo 39 y 41 en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio colectivo relativo a la vinculación a la totalidad.

LARES y FED, se oponen a la demanda y se adhieren a lo manifestado por la codemandada.

El Ministerio Fiscal en su informe sostuvo que se debe desestimar la excepción de falta de acción y estimarse la demanda formulada.

Tercero.

AESTE sostiene que no se puede impugnar el convenio cuando en julio de 2016 tuvo lugar una reunión de la Comisión negociadora, sin que constara la ruptura de las negociaciones, sin que se pueda privar a la comisión negociadora del derecho a la negociación. Insiste en que no existe un conflicto real y actual entre las partes, lo que determina falta de acción.

En relación a la falta de acción como ausencia de conflicto en la STS de 18 de julio de 2002 (Rec. 1289/2001) se razona que la denominada «falta de acción» no tiene, al menos desde la visión de los tribunales laborales, un estatuto procesal claramente delimitado que le otorgue autonomía propia. Ello ha propiciado que, según las ocasiones,

se la haya identificado, y no en todos los casos acertadamente, con: A) Un desajuste subjetivo entre la acción y su titular. B) Una inadecuación objetiva del proceso elegido en relación con la pretensión ejercitada. C) La ausencia de un interés litigioso actual y real, de modo especial cuando se ejercitan acciones declarativas. D) Una falta de fundamentación de la pretensión ejercitada.

Como recuerda la STS de 14 de febrero de 2008 (recurso 119/2006), sobre la frontera entre el conflicto colectivo jurídico y el de intereses se ha pronunciado la Sala muchas sentencias, como las de 19 de abril de 2000 (Rec. 2980/1999), (Rec. 3380/00) y de 7 de febrero de 2006 (Rec. 23/2005), entre otras. La última de ellas precisa que conviene poner de relieve las notas identificadoras del conflicto colectivo jurídico, único que puede seguirse por los trámites previstos en la Ley Procesal Laboral.

Conforme a esa jurisprudencia, se viene exigiendo la concurrencia de un triple condicionamiento para la conformación del conflicto colectivo: «el objetivo, en cuando a la generalidad del interés debatido, el subjetivo, que se refiere a los sujetos afectados, y el finalista, caracterizado por el fin perseguido con su planteamiento (...). Precisamente la nota finalista es la que marca la frontera entre el conflicto colectivo jurídico y el de reglamentación, económico o de intereses, y la distinción entre una y otra figura cobra especial interés porque implica la competencia del orden social para conocer solamente de los primeros. La impugnación de convenio presupone la controversia que puede ser solventada declarando si el convenio conculca la legalidad vigente, pues lo que se cuestiona es si un determinado precepto del convenio es ajustada a derecho o no, en tanto que el conflicto de intereses o económico tiene como finalidad la modificación (...) del orden jurídico preestablecido, es decir, cambiando de alguna manera las condiciones de trabajo y, como es lógico, estas controversias no pueden encontrar solución en derecho, ni el Juez puede suplantar la actividad negociadora de las partes, único procedimiento para pacificar la situación».

En el presente caso existe un conflicto jurídico real.

La demanda formulada por Federación de Sanidad y Sectores Socio sanitarios de Comisiones Obreras y por Comisiones Obreras de Construcción y Servicios persigue la obtención de una declaración de no ajustado a derecho del último párrafo del artículo 39 del Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal y, no cabe duda, que existe una efectiva controversia entre las partes y que la acción ejercitada es cauce adecuado para dilucidar quién tiene la razón, al entender los sindicatos accionantes que el precepto convencional es contrario a los preceptos y a la jurisprudencia que citan en la demanda.

La Asociación demandada considera que no se puede impugnar el convenio si se está negociando. En este caso, hay interés real y actual. Se trata de una discrepancia entre las partes sobre la legalidad de un precepto del Convenio Colectivo por el que se rigen las relaciones laborales de sus respectivos ámbitos de representatividad. No hay aquí un interés futuro, sino presente y real, puesto que es un hecho indiscutido el que las asociaciones patronales demandadas se oponen a la declaración de nulidad del precepto y remiten a la negociación entre las partes del precepto que genera la controversia.

La existencia de una negociación, antes e incluso después del acto del juicio, en modo alguno descarta la discrepancia. Que las partes intenten solventar el objeto litigioso al margen del cauce judicial en absoluto supone que no haya posibilidad de residenciarlo ante los tribunales.

Incluso una vez iniciado el procedimiento, recaída la sentencia de instancia cabe que se alcance un acuerdo directo y que se someta a la consideración del Tribunal.

Adicionalmente, la negociación del nuevo convenio no tiene por qué zanjar la discrepancia surgida con ocasión de la legalidad cuestionada del precepto cuya nulidad se postula.

No se trata de decidir cómo han de ser las cosas (conflicto de intereses) sino cómo son a la vista de las normas aplicables (conflicto jurídico).

La impugnación de un precepto del convenio colectivo es materia prototípica del procedimiento de impugnación de convenio y de ello se trata ahora.

Por tanto, la situación derivada de un precepto del convenio denunciado que comporta consecuencias para la retribución de los trabajadores en vacaciones y los sindicatos que asumen la tutela de los derechos de tales trabajadores sí poseen acción, en términos procesales, para residenciar ante los tribunales la quaestio disputata.

Cuarto.

La cuestión litigiosa se centra en determinar si el último párrafo del artículo 39 del Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, se ajusta o no se ajusta a derecho, ya que según la demanda, en la retribución de las vacaciones se han de incluir todos los complementos o retribuciones, fijos o variables, que se devenguen en la jornada ordinaria y como tales sean percibidos por los trabajadores en el desempeño de su puesto de trabajo.

Tal y como se refleja en el ordinal segundo del relato fáctico, el precepto cuestionado en lo que aquí interesa, dispone: «La retribución de las vacaciones no incluirá en ningún caso el pago de complementos de actividad, excepto el plus de nocturnidad para aquel personal de turno fijo de noche.»

El artículo 38 ET establece que el período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a 30 días naturales, no concretando, por consiguiente, que conceptos deben integrar dicha remuneración, por lo que la jurisprudencia ha venido resolviendo en los distintos supuestos que se han planteado, qué conceptos retributivos deben integrar la remuneración de las vacaciones.

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 S Tribunal Supremo Sala 4.ª, S 29-9-2016, n.º 789/2016, rec. 233/2015 y en las sentencias de Pleno n.º 497/2016 y 591/2016, de 8 y 30 de junio de 2.016 (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 7, 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 de esa Sala 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 –artículo 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 artículo 7.1 del Convenio 132 utiliza, de todas las maneras la misma no puede alcanzar la distorsión del concepto «normal o media»- hasta el punto de hacerlo irreconocible, puesto que se trata concepto jurídico indeterminado y como tal ofrece:

a) Lo que se ha denominado «núcleo» –zona de certeza–, que parece debe integrarse, en su faceta «positiva» por los conceptos que integran la retribución «ordinaria» del

trabajador individualizado, como por ejemplo, el salario base, los conceptos –complementos– debidos a «condiciones personales» del trabajador (antigüedad, titulación, idiomas...) y a circunstancias de la «actividad empresarial» (toxicidad; penosidad; peligrosidad...), que siempre son percibidos por los trabajadores individualmente considerados; y en su faceta «negativa», por términos generales, los conceptos retributivos extraordinarios (con carácter general y sin perjuicio de su excepción en singulares circunstancias, los bonus; determinados incentivos; horas extraordinarias...).

b) El llamado «halo» –zona de duda–, que bien pudiera estar integrado por complementos atribuibles a circunstancias relativas al concreto «trabajo realizado» (esporádica nocturnidad; aislada turnicidad; las mismas horas extraordinarias, pero dotadas de una cierta reiteración...), y cuya calificación –como retribución ordinaria o extraordinaria– dependerá de las circunstancias concurrentes (particularmente la habitualidad en su ejecución), y que es precisamente el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva.

Planteamiento, que por fuerza impone a los Tribunales un examen casuístico que en cada supuesto lleve a una conclusión que sea respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero a la vez satisfaga –y este ha de ser el norte de la interpretación judicial– la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas».

En el presente supuesto el Convenio colectivo excluye expresamente de la retribución de las vacaciones «el pago de complementos de actividad» exceptuando el plus de nocturnidad para aquel personal de turno fijo de noche y la Sala considera que, la aplicación del artículo 7.1 del Convenio 132 OIT y de la doctrina jurisprudencial citada nos conducen a declarar que la retribución de vacaciones se debe integrar con el promedio de lo percibido regular y habitualmente por los trabajadores sin que se puedan exceptuar con carácter general, tal y como se recoge en el convenio, el pago de complementos de actividad porque, tiene declarado la Jurisprudencia que la retribución de las vacaciones ha de comprender todos los conceptos salariales (retribución 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; 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, sino que es preciso que el trabajo mismo que se remunera sea también extraordinario. Esta interpretación hace justicia a la expresión empleada en el transcrito párrafo primero del artículo séptimo que se remite a remuneración normal y media, lo que indica que remuneraciones extraordinarias del trabajo realizado en la jornada normal han de computarse en su promedio.

Quinto.

De lo razonado hasta ahora se desprende que, la demanda debe ser estimada previa desestimación de la excepción de falta de acción invocada por Aeste tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, sin que la Sala puede entrar a resolver por no ser objeto del presente procedimiento sobre la alegación de la demandada relativa a la nulidad del artículo 41 en relación con el artículo 10 del Convenio.

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

FALLAMOS

Desestimamos la excepción de falta de acción invocada por AESTE. Estimamos, la demanda formulada por don José Manuel Rodríguez Vázquez letrado en nombre y representación de la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de Comisiones Obreras y por don Juan José Montoya Pérez, letrado en nombre y representación de

Comisiones Obreras de Construcción y Servicios contra Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia (FED), Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE), Federación de Residencias y Servicios de Atención a los Mayores –Sector Solidario– (LARES) y Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FSP-UGT), siendo parte el Ministerio Fiscal, sobre impugnación de Convenio Colectivo, declaramos que el último párrafo del artículo 39 del Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal, que establece: «la retribución de las vacaciones no incluida en ningún caso el pago de complementos de actividad, excepto el plus de nocturnidad para que el personal de turno fijo de noche» no se ajusta a derecho.

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

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el artículo 229.1.b) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el artículo 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la calle Barquillo, 49, si es por transferencia con el número 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el número 2419 0000 00 0256 16; si es en efectivo en la cuenta número 2419 0000 00 0256 16, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Comuníquese la sentencia a la Autoridad Laboral y publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

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

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.